

Dolo, ventaja injusta y rescisión por lesión en los contratos

Nieves Fenoy Picón

Prólogo: **Antonio Manuel Morales Moreno**



Derecho Privado

DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS 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.

**DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN
POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS
(Código Civil, Código Civil de Cataluña,
Fuero Nuevo de Navarra)**

NIEVES FENOY PICÓN



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2023

Primera edición: diciembre de 2023

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.

© Nieves Fenoy Picón
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

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

NIPO: 090-23-161-3 (edición en papel)
090-23-160-8 (edición en línea, PDF)
090-23-159-5 (edición en línea, ePUB)
ISBN: 978-84-340-2954-5
Depósito legal: M-34011-2023

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

*A Jesús, Fernando y Carlos
A mis padres*

*Este trabajo se inserta en el Proyecto de investigación La protección del
consumidor en la era digital, PID2021-122985NB-I00*

ÍNDICE

	Páginas
PRÓLOGO	15
ABREVIATURAS	21
INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS, ESTRUCTURA Y METODOLOGÍA DEL TRABAJO	25
CAPÍTULO I. EL DOLO EN EL DERECHO CIVIL ESTATAL	65
1. La estructura de mi análisis.....	65
2. La presentación del dolo en el Código civil. Antecedentes (textos jurídicos)	65
3. El análisis del dolo	78
3.1 Dos aspectos previos y generales de los vicios del consentimiento.....	78
3.1.1 Su tipificación e interpretación	78
3.1.2 Lo insuficiente del enfoque voluntarista para la regulación de los vicios del consentimiento.....	83
3.2 El concepto de dolo: la tesis estricta (o restringida) y la amplia. El debate sobre el abuso de posición/influencia indebida: posibles alternativas de regulación. El estado de necesidad, el estado de peligro y el temor ambiental: su solución y encaje normativo.	87
A) La doctrina de los autores	87
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	128
3.3 La doble naturaleza del dolo: vicio del consentimiento e ilícito civil (conducta antijurídica)	153

	Páginas
3.3.1 A qué aspecto de la voluntad contractual (al conocimiento o/y a la libertad de decisión) afectan los vicios del consentimiento y, en particular, el dolo	155
A) La doctrina de los autores	155
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo	158
3.3.2 El ilícito civil	160
A) La doctrina de los autores	160
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo	162
3.4 Los requisitos del dolo	172
A) Una breve y básica síntesis	172
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo	173
3.5 El dolo ha de existir en el momento de la celebración del contrato.....	177
A) La doctrina de los autores.....	177
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo	178
3.6 La intención del que comete el dolo (<i>animus decipiendi</i> ; elemento subjetivo del dolo). La inexigibilidad de la intención de dañar o beneficiar al otro contratante, o de beneficiarse (o lucrarse) a sí mismo	185
3.6.1 La intención del que comete el dolo (<i>animus decipiendi</i> ; elemento subjetivo del dolo).....	185
A) La doctrina de los autores	185
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo	188
3.6.2 La inexigibilidad de la intención de dañar, o de beneficiar al otro contratante, o de beneficiarse (lucrarse) a sí mismo	188
A) La doctrina de los autores	188
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo	194
3.7 Las palabras y las maniobras (un posible elemento material u objetivo del dolo)	207
A) La doctrina de los autores	207
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	208
3.8 El <i>dolus bonus</i>	216
A) La doctrina de los autores	216
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	220

3.9 La reticencia dolosa (o dolo omisivo o dolo pasivo; otro posible elemento material u objetivo del dolo). Su relación con el deber (obligación) de informar al otro contratante	228
A) La doctrina de los autores	228
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	239
3.10 El dolo causal (o causante o principal) y el dolo incidental (o incidente).....	260
A) La doctrina de los autores.	260
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	286
3.11 El dolo grave	291
A) La doctrina de los autores.	291
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo	312
3.12 El dolo y la excusabilidad/inexcusabilidad del error	332
A) La doctrina de los autores	332
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	347
3.13 El dolo de parte y el dolo de tercero	364
A) La doctrina de los autores	364
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	378
3.14 El dolo recíproco	396
A) La doctrina de los autores	396
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	406
3.15 La inexigibilidad de que la víctima del dolo haya de sufrir daño, ni lesión, para anular el contrato. Dolo (causal e incidental) y lesión, figuras distintas. El <i>dolus in re ipsa</i>	406
A) La doctrina de los autores	406
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	419
3.16 La prueba del dolo. El incumplimiento de deberes de información en relación con la prueba del dolo, y del error del artículo 1266 CC	427
A) La doctrina de los autores.	427
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	438

	Páginas
4. Los efectos del dolo	462
4.1 Una cuestión previa: la anulación, la indemnización de daños y perjuicios y la adaptación del contrato, ¿pueden constituir un sistema precontractual y unitario de remedios? ¿Qué sucede con los vicios del consentimiento del Código civil, y con los de los PECL?	462
4.2 La anulación del contrato	471
4.2.1 El ejercicio de la acción de anulación (demanda, demanda reconvenzional). La excepción del dolo	475
A) La doctrina de los autores	475
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo	480
4.2.2 La naturaleza de caducidad del plazo de la acción de anulación	488
A) La doctrina de los autores	488
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo	490
4.2.3 El <i>dies a quo</i> para la acción de anulación por dolo	495
A) La doctrina de los autores	495
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo	509
4.3 La indemnización de daños y perjuicios	541
4.3.1 Siendo el dolo causal	541
4.3.1.1 El dolo causal y la indemnización de daños y perjuicios: las posibles opciones en el ejercicio de acciones	541
A) La doctrina de los autores	541
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo	547
4.3.1.2 La acción de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad precontractual: aplicación de las normas de la responsabilidad contractual o de la extracontractual. Particular atención al plazo de ejercicio y cómputo	557
A) La doctrina de los autores	557
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo	564
4.3.1.3 La extensión de los daños indemnizables habiendo dolo causal: interés contractual negativo/	

interés contractual positivo. La incorporación al contrato de la representación hecha dolosamente como cláusula contractual y los remedios indemnizatorios.....	572
A) La doctrina de los autores	572
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	585
4.3.2 Siendo el dolo incidental	593
4.3.2.1 El criterio de imputación para la indemnización de daños y perjuicios: dolo y culpa lata.....	593
A) La doctrina de los autores	593
B) La inexistencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo. La SAP de Murcia, secc. 1.ª, 03.01.2005.....	598
4.3.2.2 El posible contenido de la indemnización de daños y perjuicios. La posibilidad de que los propios contratantes solucionen el dolo: la renegociación del contrato (novación modificativa)	601
A) La doctrina de los autores	601
B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	629
CAPÍTULO II. EL DOLO EN EL DERECHO CATALÁN.....	639
1. El Libro VI del Código civil de Cataluña. La aplicación de los artículos 1269 y 1270 CC.....	639
2. El concepto de dolo: la tesis restringida (o estricta) y la tesis amplia. La ventaja injusta. La lesión en más de la mitad	641
3. La reticencia dolosa (o dolo omisivo, o dolo pasivo) y el deber de informar.....	684
4. Los efectos del dolo	687
CAPÍTULO III. EL DOLO EN EL DERECHO NAVARRO	689
1. La presentación de la regulación del dolo.....	689
2. El concepto de dolo. La influencia indebida y el abuso de influencia. La rescisión por lesión	690
3. Los requisitos del dolo	718
4. Los efectos del dolo. El plazo de ejercicio de la anulación del contrato.....	719

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

	Páginas
RECAPITULACIÓN CRÍTICA Y VALORACIÓN PERSONAL	721
1. Para el derecho civil estatal.....	721
2. Para el derecho catalán.....	748
3. Para el derecho navarro.....	753
BIBLIOGRAFÍA	757
ANEXO DE SENTENCIAS.....	773
A) SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO: HECHOS	773
B) SENTENCIA DE AUDIENCIA PROVINCIAL: HECHOS	896
LISTADO DE SENTENCIAS CITADAS	898
A) SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO	898
B) SENTENCIAS DE AUDIENCIA PROVINCIAL	903
C) SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA.....	903

PRÓLOGO

1. «Dolo, ventaja injusta y rescisión por lesión», título de este libro, delimita un ámbito problemático vivo y lleno de interés en el momento actual, en el derecho español. Por varias razones que resalta el contenido de este libro.

Hoy se discute entre nosotros, pensando en la modernización del Código civil aún pendiente en materia de obligaciones y contratos, si conviene añadir a la lista de vicios del consentimiento, acuñada al hilo de la formación del concepto de contrato y recogida en el Código civil de 1889, otro vicio, la ventaja injusta, conviviendo con el dolo. La idea favorable a su admisión ha cobrado cuerpo tanto en la Propuesta de Modernización del Código civil de 2009 (art. 1301), como en la de 2023 (art. 1297). De prosperar, la tipificación de la ventaja injusta ha de producir importantes consecuencias, que analiza Nieves Feñoy Picón en este libro. La primera sería redefinir el concepto de dolo, en la medida necesaria para que su supuesto de aplicación sea compatible con el de la ventaja injusta. Más concretamente, sustituir el concepto amplio, utilizado en ocasiones en el derecho español, por un concepto más estricto. La segunda consecuencia, de mayor calado, conduciría a reelaborar la propia noción de vicio del consentimiento; pues el supuesto de la ventaja injusta no toma en cuenta, exclusivamente, el defecto de la voluntad del contratante, sino que añade otro elemento, el efecto económico desfavorable para el mismo. Y así, la idea de lesión está presente en la ventaja injusta.

La ventaja injusta no es, por el momento, un vicio del consentimiento en el Código civil español, aunque, tras la reforma del artículo 1302.3 CC por la Ley 8/2021, de 2 de junio, sea tomada en cuenta como requisito de ejercicio del derecho a anular contratos celebrados por personas con discapacidad. La ventaja injusta, en cambio, está regulada en el Código civil de Cataluña y en

el Fuero Nuevo de Navarra. El estudio que hace la autora de estos dos cuerpos normativos es por tanto de enorme interés. Nos permite aproximarnos a dos sistemas jurídicos en los que la ventaja injusta comparte espacio con el dolo y con la rescisión por lesión, que pervive en ambos.

Estudiar la ventaja injusta nos hace comprender cómo, cada vez más, resulta necesario revisar la doctrina tradicional de los vicios de la voluntad en el contrato. Esa revisión plantea, en primer lugar, el problema de su tipificación. Hay que determinar en qué supuestos (o por qué razones) atribuimos a un contratante la facultad de desvincularse de un contrato (anularlo) por una causa que se sitúa en el momento de contratar. Esa causa, caracterizada hasta ahora como un defecto de la voluntad de contratar, ha de ser repensada si, la ventaja injusta pasa a ser, junto al dolo, un supuesto añadido de anulabilidad. Este libro de Nieves Fenoy Picón que ahora presento, lo pone de manifiesto, al tratar de la coexistencia del dolo con la ventaja injusta.

2. Volvamos a las cuestiones centrales de este libro. La primera es esta a la que ya me he referido: el reconocimiento de la ventaja injusta como vicio del consentimiento exige precisar su concepto para que pueda coexistir con la ventaja injusta. Hay que sustituir el concepto amplio de dolo, que incluye cualquier actuación ilícita orientada a captar la voluntad del otro contratante, por un concepto estricto que lo entienda como un error provocado por el otro contratante, de modo consciente y voluntario. Esta reducción del concepto de dolo, para hacerlo compatible con la ventaja injusta (para que pueda convivir con ella), no deja de plantear problemas. Puede dejar fuera de consideración conductas ilícitas (dolosas en un sentido amplio) que no tengan cabida ni en la ventaja injusta ni en el dolo estricto.

La tipificación de la ventaja injusta como vicio del consentimiento nos obliga, además, como antes dije, a reconsiderar cuál es la verdadera naturaleza de estos vicios; o, dicho de otro modo, cuál es la razón que justifica la protección del contratante que ha incurrido en uno de ellos. Los vicios enumerados en el artículo 1265 CC y regulados en los artículos siguientes, han venido caracterizándose porque la voluntad de contratar se ha formado defectuosamente. Exclusivamente por esto. No se ha contemplado en ellos el efecto económico lesivo que hayan podido producir en el contrato celebrado. Así lo indica claramente el artículo 1300 CC: los contratos pueden ser anulados «aunque no haya lesión para los contratantes». Pero la ventaja injusta construye su supuesto teniendo en cuenta el efecto económico lesivo producido en el contrato celebrado. Incorpora a su supuesto un efecto económico lesivo no exigido en la construcción tradicional de los vicios.

Aunque la construcción tradicional de los vicios del consentimiento sea esa, a la que me acabo de referir, es forzoso reconocer que quienes se han aproximado al estudio de ellos en el contrato han destacado, con frecuencia, sus consecuencias económicas. Así, en el error, se ha señalado que el mismo, a menudo, da lugar a un contrato lesivo. Y hoy, tanto en los textos normativos de *soft law* como en la Propuesta de Modernización del Código civil de 2023, se reconoce el deber de indemnizar el daño producido por el error, cuando este es imputable al otro contratante, aunque no haya dolo. El error se conecta con un daño. En el dolo, tradicionalmente sí se ha contemplado el daño que el mismo provoca. Y así, junto al derecho a anular el contrato, fundado en el vicio del consentimiento, se ha reconocido al que lo sufre el derecho a obtener una indemnización de los daños causados por el mismo (dolo incidental). Y del mismo modo ocurre en la violencia e intimidación. El efecto económico desfavorable, o si se prefiere decir de otro modo, el daño, es un componente presente en una visión realista del problema que subyace en los vicios del consentimiento. Por eso, es necesario repensar su tratamiento jurídico. Como hace años señaló Luis Díez-Picazo, lo importante no es tanto si la voluntad es o no perfecta, sino si es justo que el contratante que se halla en una de estas situaciones quede vinculado. Creo que hay que dotar a los vicios del consentimiento de un sistema más amplio de remedios que el de la anulabilidad (forma concreta de producirse en ellos la desvinculación del contrato). Un sistema que comprenda la indemnización y la adaptación del contrato. Y hay que repensar también si el remedio de la anulación, con los efectos que produce sobre el tráfico en un sistema causal de transmisión de la propiedad como el nuestro, es el modo más adecuado de satisfacer el interés del contratante que padece el vicio en desvincularse del contrato. Por eso resulta de gran interés el estudio que nos ofrece Nieves Fenoy Picón en este libro sobre el tratamiento de la ventaja injusta en el Código civil de Cataluña, pues su efecto es la rescisión y no la anulabilidad del contrato.

3. La columna vertebral de este libro es el dolo en el sistema del Código civil español. A partir de él, se considera su ensamblaje con la ventaja injusta. Para estudiar el dolo, la autora descompone las cuestiones que plantea; nos sumerge en la discusión de las mismas en la doctrina y presenta las soluciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con cada una de ellas. El diálogo entre los autores, en los puntos concretos en los que la autora articula el tratamiento del dolo, discurre del siguiente modo. Comienza con una presentación de cada uno de los problemas previamente elegidos. Tras esa presentación, la autora va cediendo la palabra a cada autor y este participa en el diálogo con sus propias palabras, que muestran la riqueza del desarrollo completo de su idea. Aflora así viva la gran variedad de matices entre quienes

podríamos creer que piensan lo mismo. Tras la dialéctica de los autores se da paso a las soluciones de la jurisprudencia, presentadas teniendo en cuenta el caso. Esto nos sitúa ante la realidad de nuestro ordenamiento. Una realidad propia del momento, pero abierta al cambio.

4. Una parte de este libro, como ya he dicho, trata del dolo y la ventaja injusta en el derecho catalán y en el navarro (influencia indebida, abuso de influencia), sistemas en los que conviven estas figuras y en los que se añade a ellas, la rescisión por lesión. La rescisión por lesión, reconocida tanto en Cataluña como en Navarra, aunque no sea un vicio del consentimiento, permite al contratante que lo padece desvincularse del contrato, por la magnitud de la lesión sufrida, sin tener que probar que se cumplen los requisitos de un vicio.

Son interesantes las peculiaridades del derecho catalán. El Código civil de Cataluña, como es sabido, carece de una regulación general del contrato y esto hace que sea necesario aplicar la regulación de los vicios del consentimiento del Código civil español. Pero, en cambio, sí regula en la compraventa la ventaja injusta (artículo 621-45 CCCat) y la rescisión por lesión en más de la mitad del precio (artículo 621-46 CCCat). La regulación de ambas figuras, aunque se sitúa en la compraventa, se extiende a los demás contratos onerosos. Lo peculiar de este sistema es que en la ventaja injusta, el contratante cuenta con el remedio de la rescisión y no con el de la anulación del contrato.

Los autores catalanes consideran que la combinación de los textos del Código civil español y del de Cataluña es difícil, porque responden uno y otro a principios distintos, difícilmente compatibles. La doctrina catalana se ha visto en la necesidad de diferenciar el supuesto de dolo, regulado en el Código civil español, y el de la ventaja injusta. Y respecto a esta se ha señalado que es distinta de un clásico vicio del consentimiento. Hay una valoración del contenido contractual, impropia de los puros vicios del consentimiento. Además, en Cataluña resulta obligado acoger un concepto de dolo estricto que evite invadir el supuesto de hecho de la ventaja injusta.

El Fuero Nuevo de Navarra articula de un modo diferente al del Código civil de Cataluña la regulación del dolo y la ventaja injusta. Tiene su propia regulación de los vicios del consentimiento, que incluye al dolo (ley 20 FN), la influencia indebida y el abuso de influencia (art. 21 FN). Tanto el dolo como la influencia indebida y el abuso de influencia son considerados vicios del consentimiento y dan derecho a anular el contrato. El Fuero Nuevo de Navarra también regula, en otro lugar, la rescisión por lesión. Esta figura ofrece también protección al contratante que ha padecido un vicio, sin tener que probarlo.

5. En esta obra de Nieves Fenoy Picón, catedrática de derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid, hay que destacar, en primer lugar, como

señalé al principio, el interés que tiene el tema elegido, en el momento actual, en derecho español. La posible tipificación legal de la ventaja injusta como vicio del consentimiento (o causa de anulabilidad del contrato) obliga a delimitar cuál es el espacio del dolo y cuál el de esta nueva figura. Para ello hay que conocer con precisión cuál ha sido la función que hasta ahora el dolo ha cumplido. A este interés del tema se añade el acierto con el que se articula el estudio de las cuestiones tratadas. El estudio es exhaustivo. La autora lo desarrolla de manera muy viva, de la mano de las discusiones mantenida en la doctrina y de las soluciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El gran valor de esta obra es su extraordinaria utilidad. El estudioso encuentra en ella una extensa selección de fuentes, ordenadas al hilo de los problemas, que le ayudan a alcanzar sus propias conclusiones. Y al operador jurídico le permite encontrar el apoyo que necesita para la tesis que tiene que defender. Hay que agradecer a la autora, que cuenta con un largo *curriculum* como investigadora, la enorme dosis de tiempo y de paciente trabajo vertido en este libro, solo explicable en quienes, como ella, creen en aquello a lo que se dedican y cumplen seriamente el compromiso de su profesión.

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho civil
AH	Antecedente de hecho
APCC 1882-1888	Anteproyecto de Código civil de 1882- 1888
AP Laurent	<i>Avant-Projet de révision du Code civil, François Laurent</i>
APDC	Asociación de Profesores de Derecho civil
Art./Arts.	Artículo/Artículos
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BON	Boletín Oficial de Navarra
BW	Burgerlijk Wetboek
C	Código
CC	Código civil de 1889
CCA	Código civil argentino de 1869
CCB	Código civil belga
CCCA	Código civil y comercial argentino de 2015
CCCat	Código civil de Cataluña
CCF	Código civil francés
CCI 1942	Código civil italiano de 1942
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CCP 1966	Código civil portugués de 1966
CDCC	Compilación de Derecho civil catalán
Cdo	Considerando
CESL	<i>Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law</i>
Cfr.	Confróntese
CO	Código de comercio de 1885

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

CO 1911	<i>Code des obligations (Loi fédérale complétant le Code civil suisse, Livre cinquième: Droit des obligations), 1911</i>
CP	Código penal
D./D. ^a	Don/Doña
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
DOGC	<i>Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya</i>
DD	Disposición derogatoria
DF	Disposición final
Excmo./Excma.	Excelentísimo/Excelentísima
EM	Exposición de Motivos
FD	Fundamento de derecho
FN	Fuero Nuevo (Compilación del Derecho civil Foral de Navarra)
JORF	<i>Journal Officiel de la République française</i>
Ilmo./Ilma.	Ilustrísimo/Ilustrísima
LC	Ley concursal
LCS	Ley del contrato de seguro de 1980
LEC	Ley de enjuiciamiento civil de 2000
LEC 1881	Ley de enjuiciamiento civil de 1881
LM	Ley de montes
LU	Ley sobre nulidad de los contratos de préstamos usuarios
n.º	Número
Núm.	Número
P	Partida
p./pp.	Página/Páginas
PCC 1836	Proyecto de Código civil de 1836
PCC 1851	Proyecto de Código civil de 1851
PCCAPDC	Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i>
PMCC de 2009	Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009
Principios UNIDROIT 2016	Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 2016
Pte.	Presidente
RAE	Real Academia Española
RDC	Revista de Derecho Civil
RDCI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDL	Real Decreto Ley
RDP	Revista de Derecho Privado
RdP	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
Rdo	Resultando
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra

SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
Sec.	Sección
Sr./Sra.	Señor/Señora
ss	Siguientes
SS	Sentencias
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STSJ/SSTSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña/ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
STS/SSTS	Sentencia del Tribunal Supremo/Sentencias del Tribunal Supremo
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias de 2007
TRLS	Real Decreto 1346/1976, de 09.04, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y orde- nación urbana
TS	Tribunal Supremo
<i>Vid.</i>	Véase

INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS, ESTRUCTURA Y METODOLOGÍA DEL TRABAJO

[1] En el año 2020 publiqué en el *Anuario de Derecho* civil un trabajo titulado «El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga»¹. Como en el título del trabajo apunté, analicé el dolo en el *derecho francés* bajo la regulación anterior a la reforma del *Code civil* por la *Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*² y bajo la posterior y vigente regulación, fruto de dicha *Ordonnance* y de la *Loi n.º 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n.º 2016-131*³. Para el *derecho belga*, analicé su (entonces) vigente regulación sobre el dolo, esto es, la originaria del *Code civil* francés de 1804⁴ y analicé la (entonces) *proyectada* regulación del dolo en la *Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil* de 2019 (*hoy* derecho vigente)⁵.

Una vez terminados los anteriores análisis jurídicos, concluía, entre otras cosas, afirmando que los derechos francés y el belga «son unos *muy interesantes* modelos de regulación del dolo dentro del Derecho comparado, que, además, nos son *muy cercanos* en cuanto a cultura y pensamiento jurídico, y nos

¹ FENOY PICÓN, *ADC* (2020) pp. 1331-1499.

² *JORF 11 février 2016*. Sobre la regulación de esta etapa, FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [12]-[39] pp. 1351-1387.

³ *JORF n.º 0093 du 21 avril 2018*. Sobre la regulación de esta etapa, FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [40]-[67] pp. 1387-1437.

⁴ Al respecto, FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [69]-[85] pp. 1437-1458.

⁵ Al respecto, FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [86]-[97] pp. 1459-1471.

Hoy, como digo en el cuerpo del texto, derecho vigente (el Livre 5 se aprueba por la *Loi* 28.04.2022, publicada en el *Moniteur Belge* de 01.07.2022, entrando en vigor el 01.01.2023).

permiten reflexionar sobre la corrección o incorrección de la regulación del dolo del Código civil español (arts. 1265, 1269 y 1270 CC). Esto es, *en qué medida y cómo habría de reformarse el dolo del Código civil español*. Pues, el Derecho francés anterior a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* y el [entonces] vigente Derecho belga se han enfrentado a un conjunto de cuestiones, a las que también se enfrenta el Derecho español, y aquellos Derechos las han solucionado de modo similar en algunas ocasiones, y de modo divergente en otras. En *supra* [...], apunté una serie de cuestiones que el dolo puede suscitar e intenté centrar, sintéticamente, la esencia de su problemática, pudiendo comprobarse en los anteriores [...], también sintéticamente, las soluciones adoptadas en los Derechos francés y belga. *En el Derecho español también se plantean las expuestas cuestiones a propósito del dolo*» (cursiva del original) ⁶.

Pues bien, a continuación *reproduzco* las cuestiones que apuntaba en el trabajo de 2020, constituyendo la guía de mi análisis para los derechos civil estatal, catalán y navarro, *en este presente trabajo*.

[A] «En el dolo están presentes, entre otras, las siguientes cuestiones, objeto de mi análisis. Para facilitar la posterior exposición, las desgloso ya mismo. En concreto:

a) *El dolo y la influencia indebida (o ventaja excesiva): su relación.*— Quien lleva a cabo el dolo provoca, deliberadamente, un error en su víctima. El autor del dolo tiene el ánimo de engañar al otro (elemento intencional o subjetivo). Ahora bien, el dolo ¿puede tener *un mayor campo de aplicación*? Por ejemplo, ¿puede abarcar y solucionar casos de indebida influencia (o ventaja excesiva) de un contratante sobre el otro, si esta última figura no tiene una particular regulación?

b) *El dolo activo y el dolo pasivo (o dolo omisivo, o reticencia dolosa). El dolus bonus.*— El dolo puede *materializarse* de distintas formas (elemento material u objetivo). Puede materializarse a través de maniobras o/y declaraciones —mentiras, afirmaciones no completas y por ello incorrectas, afirmaciones vagas sin la necesaria precisión, etc.— o/y callando cuando se tenga que informar sobre ciertos aspectos. El Derecho ¿ha de *hacer expresa mención de esas materializaciones del dolo*? Además y para el dolo pasivo, si el silencio del autor del dolo debe relacionarse con un deber (obligación) de información, ¿cuál es su fuente? ¿La buena fe, los usos, o/y la ley?

En cuanto al *dolus bonus* ¿su concepto y efectos *debe regularlos el Derecho*?

c) *El dolo causal (o principal) y el dolo incidental.*— Si el dolo provocó en su víctima que consintiera a la celebración del contrato, ya que, sin él, no lo hubiera celebrado, se está ante el llamado *dolo causal (o principal)* que le permite anular el contrato. Frente al dolo causal, en el llamado *dolo incidental* sucede

⁶ FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [100] pp. 1492-1493.

que su víctima no habría celebrado el contrato en los términos en los cuales lo celebró y puede exigir la oportuna indemnización de los daños y perjuicios sufridos. La anterior visión tradicional y dual del dolo ¿debe mantenerse o suprimirse? Ello ¿debe reflejarlo el Derecho?

d) *La conducta de la víctima del dolo (la excusabilidad e inexcusabilidad de su error).*— Junto con considerar la conducta del autor del dolo para apreciar si hubo dolo ¿*ha de tenerse en cuenta si su víctima fue negligente, o no?* Circunstancias personales suyas tales como su candidez, inexperiencia negocial, etc., ¿han de considerarse para emitir el oportuno juicio jurídico acerca de la existencia del dolo?

e) *El dolo de parte. El dolo de tercero. Comparación con la regla aplicable a la violencia/intimidación de tercero.*— El dolo causal, *que procede del otro contratante* (esto es, el dolo de parte), permite a su víctima, reuniéndose los oportunos requisitos, la anulación del contrato. Sin embargo, sucede a veces que el dolo no procede del otro contratante, *sino de un tercero*. ¿Qué consecuencias jurídicas ha de tener el dolo de tercero?

Diversos elementos deben valorarse a efectos de adoptar la solución. Ciertamente la víctima del dolo de tercero merece protección dado que sufrió un vicio en su voluntad —así, puede permitírsele que anule el contrato, además de poder exigir la oportuna indemnización de los daños y perjuicios—. Pero también puede considerarse adecuado que lo que procede es la protección del otro contratante *si este fue totalmente ajeno al dolo de tercero* —pues confió en la validez del contrato y su posible impugnación por la víctima del dolo de tercero le causará al menos el perjuicio de la pérdida de ese contrato, por lo que lo oportuno es el mantenimiento del contrato—. Añadiré a lo anterior que la protección de la seguridad del tráfico jurídico, que se traduce en el mantenimiento del contrato, es otro elemento también a tener en cuenta. ¿Qué solución es más adecuada? ¿Permitir la anulación del contrato, o no?

Apuntado lo anterior, en el dolo de tercero subyace otra cuestión: pero ¿quién realmente es tercero? Ya que, *habiendo intervenido el tercero*, puede entenderse que lo que hay es un *dolo de parte* (o al menos, que este último *asume* el dolo de tercero). Por ejemplo, si el tercero es *representante legal o voluntario del contratante que no sufrió el dolo*. Lo mismo, si el dolo lo realiza un *dependiente (un auxiliar) de dicho contratante*. E igualmente, si el contratante que no sufre el dolo *participa con el tercero en su desarrollo material (colabora)*. En tales casos, por haber dolo de parte, su víctima podrá anular el contrato o/y exigirle la oportuna indemnización. Y más allá de lo anterior, ¿qué sucede si el contratante que no sufre el dolo y materialmente no participa en el dolo de tercero, *sabía del mismo y se aprovecha de él?* ¿Qué sucede, *si debía haberlo sabido?* Si se entiende que en estos dos últimos casos, el contratante que no sufre el dolo debe asumir el dolo de tercero (esto es, que el contrato puede anularse), *en los contratos onerosos, el dolo de tercero se reduce al del tercero totalmente ajeno, en donde la víctima del dolo no podrá anular el contrato, sin perjuicio de que pueda exigir del tercero la oportuna indemnización de daños y perjuicios*.

En otro orden de consideraciones, si bien conectado con lo anterior, si se admite para el dolo de tercero totalmente ajeno, que, siendo el contrato oneroso,

su víctima *no* pueda anularlo, y para la *violencia e intimidación* de tercero totalmente ajeno al contratante que no la ejerce, se adopta la solución contraria de que *sí* puede anularse el contrato, ¿que justifica la diferente solución jurídica? ¿El Derecho romano? ¿Subyace un distinto conflicto de intereses en ambos supuestos? *O ¿es mejor adoptar una solución uniforme para ambos vicios, el de la posible anulación contractual y con qué alcance? ¿Podría haber otra solución?*

Por último, para la *donación*, dada su naturaleza gratuita, el dolo de tercero totalmente ajeno al donatario ha de permitir que el donante pueda anularla. El supuesto requiere de una particular solución en el Derecho.

f) *El dolo recíproco.*— Dada la riqueza de la realidad, no es descartable que *ambos contratantes puedan haber actuado con dolo al celebrar el contrato*, produciéndose el *dolo recíproco*.

¿Cuál es la solución oportuna? El contrato ¿es válido, pero cualquiera de las partes puede anularlo? *O ¿es válido y ninguna de ellas puede anularlo?* Además, *el Derecho ¿debe dar una específica respuesta al dolo recíproco, o no?*

g) *La prueba del dolo.*— *Quien alegue haber sufrido dolo, ha de probarlo.* La prueba del dolo suscita algunas cuestiones. Por ejemplo, su víctima ¿*puede utilizar cualquier medio de prueba?* El dolo ¿podría presumirse? ¿Conviene admitir el llamado *dolo in re ipsa*? *O ¿el dolo nunca se presume?* Y si se entiende que lo procedente es no presumirlo, el Derecho ¿*debe expresamente indicarlo?*

h) *Los efectos del dolo causal (o principal).*— Este dolo permite a su víctima anular el contrato con su efecto liberatorio y en su caso, efecto restitutorio. Sin embargo, la anulación y la oportuna restitución pueden no ser suficiente para la víctima del dolo, que puede sufrir daños conectados a la celebración del contrato e imputables al autor del dolo. Dado que en el dolo causal, además de dar lugar a un vicio del consentimiento en la víctima del dolo, es un hecho ilícito por parte de su autor, la víctima puede exigirle que le indemnice los oportunos daños y perjuicios no solucionados con la anulación del contrato.

¿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 indemnizables? 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?*

i) *Los efectos del dolo incidental.*— Este dolo permite a su víctima exigir la oportuna indemnización de daños y perjuicios. ¿Qué régimen de responsabilidad procede aplicar: el contractual o el extracontractual? ¿Cómo ha de ser esa indemnización? Esto es, ¿tiene necesariamente que ser pecuniaria, o cabe la reparación *in natura*? Y si se admite esto último, ¿cuáles son sus posibles contenidos? ¿La reparación del bien? ¿La desvinculación contractual? ¿La supresión de la cláusula, o cláusulas, resultado del dolo incidental? ¿La remodelación del contenido del contrato? ¿La reducción del precio? Etc. *El Derecho ¿debe regular lo anterior? ¿Ha de regular la responsabilidad precontractual?*

j) *El plazo para anular el contrato, su naturaleza e inicio de su cómputo. Su relación con el plazo para exigir la indemnización de daños y perjuicios. El*

ejercicio de la anulabilidad mediante excepción o por reconvencción.— ¿Qué plazo puede considerarse razonable para que la víctima del dolo pueda anular el contrato? El plazo ¿debe ser de prescripción o de caducidad? Y ¿qué momento es el adecuado para iniciar su cómputo? ¿Desde que la víctima del dolo lo descubre, o debiera haberlo descubierto (criterio subjetivo)? O ¿desde que el otro contratante cumplió con su prestación (principal o esencial) con la víctima del dolo, o desde que el contrato se consumó (criterio objetivo)?

Si la víctima del dolo principal ejercita, de modo *acumulado*, la anulación del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, ¿es conveniente que el plazo para exigir la indemnización de daños y perjuicios sea el mismo que el de la anulación del contrato? Y en cuanto a su cómputo, ¿conviene también que se inicien en un mismo momento?

Por último, frente a la pretensión de cumplimiento del contrato por parte del autor del dolo, su víctima ¿puede oponerle la excepción de anulación por dolo, o ha de reconvenir?»⁷.

[2] El *trasfondo* de la primera cuestión que planteo *supra*, [1], en caja más pequeña —«a) *el dolo y la influencia indebida (o ventaja excesiva): su relación*»— es la de *cuál es el alcance del dolo*; dicho de otro modo, el dolo ¿*qué supuestos abarca*?

Para responder, he tener en cuenta *dos factores*. *Uno*, el que se defienda una tesis amplia de dolo, en la que dolo supone captación de la voluntad del otro contratante, haya este padecido o no error, o una tesis estricta (o restringida), en la que el dolo se limita y supone un error provocado (o inducido) al otro contratante. *El segundo factor* consiste en que, en el mayor o menor alcance del dolo, *incidirá* el hecho de que un ordenamiento *no regule como figura autónoma al dolo, o si lo regula, cómo*, supuestos en los que una persona *vulnerable por distintas causas* celebra con otra un contrato, aprovechándose esta última de la primera de modo injusto y de esa vulnerabilidad, y, la persona vulnerable no hubiera celebrado el contrato, o no, con las estipulaciones con que lo celebró. La vulnerabilidad puede deberse, por ejemplo, *a que* la persona se encontraba en una previa situación de necesidad (económica, de urgencia), *a que* tuviera unas previas y particulares condiciones personales (inexperiencia, posesión de escasos conocimientos, escasas habilidades, etc.) o a la relación que antes mantuviera con el otro contratante (de dependencia, de confianza).

Pues bien, si un ordenamiento *no regula* específicamente la situación que acabo de describir, o *solo la regula contemplando algunos de esos supuestos*, la protección de la persona vulnerable puede intentarse, según sean las carac-

⁷ FENOY PICÓN, ADC (2020) [2] pp. 1334-1337.

terísticas del caso, *a través del dolo*, o de la violencia, o de la intimidación y *ello, sea forzando o aprovechando* el tenor literal de la regulación legal de cada uno de esos vicios del consentimiento. *Esto último sucede con la regulación del Código civil en el que solo se recogen como vicios del consentimiento al error, al dolo, a la violencia y a la intimidación* (art. 1265 CC), y algunos autores y la jurisprudencia del Tribunal Supremo vienen acudiendo, para conseguir la oportuna protección de la persona vulnerable, al dolo (arts. 1269 y 1270 CC; esto bajo la tesis amplia).

[A] *La noción de vulnerabilidad relacional y la dificultad del encuadre normativo de solución*

Ciertamente, de un tiempo para acá, la vulnerabilidad va adquiriendo mayor relieve jurídico y, de las dos cuestiones apuntadas en el el título de esta [A], se ocupa Hualde Manso.

[A.1] *Sobre la vulnerabilidad*, esta autora expone, cómo «[d]esde hace unos años[,] se está prestando una especial atención al tratamiento jurídico que deberían recibir las situaciones en las que la contratación entre particulares se lleva a cabo en circunstancias de diversa índole que evidencian una disparidad de los poderes de negociación de las partes en un negocio»⁸. Advierte, que «la fenomenología del desequilibrio es amplísima, tiene orígenes y causas variadas, puede deberse a defectos estructurales de un grupo o colectivo al que un individuo pertenece o a situaciones puramente personales e individualizadas, puede ser un desequilibrio simplemente conyuntural y pasajero o permanente» y «estas situaciones de asimetría pueden tener efectos en ámbitos diversos de la vida negocial; así p. ej. afectar a actos gratuitos, a actos onerosos, a actos de disposición por causa de muerte o a actos *inter vivos*...»⁹. A lo anterior se añade, «que, desde un punto de vista económico, las consecuencias de un desequilibrio contractual sean muy significativas porque el valor de las prestaciones es muy desigual o sean nimias»¹⁰. Ahora bien, «[l]a preocupación *actual* versa sobre situaciones que no cabe encuadrar en la tipología de la asimetría estructural del poder económico entre un sujeto fuerte y un sujeto débil (como es significativamente la relación de consumo o la relación laboral), sino *sobre un conjunto de situaciones heterogéneas en las que una parte se encuentra en el momento de expresar su consentimiento negocial en una coyuntura de debilidad, de fragilidad, de sufrimiento, de necesidad ...*» (cursiva mía)¹¹; «[s]on realidades o escenarios personales determinados por un peculiar estado psicológico, físico o cognitivo, pero también y a la vez por la colocación de esa

⁸ HUALDE MANSO (2021) p. 48; añade que «[l]a falta de igualdad en la negociación –en la realización de actos jurídicos en general– no es desde luego una cuestión que haya surgido en la actualidad»; «[e]s una cuestión inveterada».

⁹ HUALDE MANSO (2021) p. 49.

¹⁰ HUALDE MANSO (2021) p. 49.

¹¹ HUALDE MANSO (2021) p. 49.

persona en una determinada posición en una relación de confianza, de dependencia, de subordinación e incluso de sugestión, o veneración frente a la otra parte del negocio»¹².

Hualde Manso ilustra las realidades a las que se refiere. Así, «sujetos que carecen de formación y de conocimientos financieros pero que depositan su confianza entera en quien les ha venido asesorando y que se benefician de esa ignorancia para mover la voluntad del «ignorante» para la contratación de un producto bancario de que él obtiene un beneficio económico; personas de edad avanzada y con limitaciones o mermas cognitivas y/o de movilidad y que, ante la posibilidad de perder a la persona que les cuida y de la que dependen, realizan a su favor transmisiones de bienes; personas que por una subyugación religiosa o ideológica disponen de bienes a favor de una asociación o de una comunidad de la que uno de sus miembros –conocedor de esa circunstancia– se aprovecha; sujetos con algún tipo de discapacidad intelectual que les lleva a tener una obsesión con determinado equipo o deporte y que son objeto de utilización en juegos de apuesta diseñados para perder»¹³.

En tales «ejemplos y en otros muchos que podríamos imaginar se dan citados factores», explicando Hualde Manso al respecto que, «*[p]or un lado* [cursiva mía], [existe] una situación de debilidad o fragilidad cuyas causas u orígenes son de lo más variado» («enfermedad [...] ancianidad [...] falta de madurez [...] penuria económica»)), y *por otro lado*, «una concreta relación con la otra parte en el negocio, relación que se caracteriza por notas específicas y a veces difícilmente calificables: estados de dependencia (que a su vez admite subcalificaciones como económica, vital...), de sujeción, de temor, de confianza, de influenciabilidad...», y *esto último* «se introduce en la fase de formación del consentimiento negocial, lo penetra y lo perturba de tal manera que provoca que la voluntad no se forme enteramente libre, sino que se pliega y se subyuga a los deseos de la otra parte»¹⁴. Pues bien, «*[c]on el fin de abarcar las situaciones en las que a la vulnerabilidad de la persona se asocia la influencia externa y el condicionamiento psíquico que provoca otro sujeto, se utiliza la expresión* [hasta aquí, cursiva mía] *de vulnerabilidad relacional*» (esta otra cursiva de la autora)¹⁵.

¹² HUALDE MANSO (2021) p. 49; «[I]a columna vertebral de este tipo de situaciones lo constituye la debilidad humana».

¹³ HUALDE MANSO (2021) p. 50.

¹⁴ HUALDE MANSO (2021) p. 50; continúa, «[c]iertamente ambos elementos –debilidad y relación– se condicionan y retroalimentan porque es precisamente en los momentos o circunstancias de mayor fragilidad cuando la persona se encuentra expuesta a posibles influencias externas que condicionan sus decisiones».

Más adelante, sobre la vulnerabilidad, HUALDE MANSO manifiesta que, «quien se encuentra en aquella situación no tiene plena capacidad de autodeterminación; de ahí que se producen relaciones con otros sujetos cuya función consiste precisamente en amparar esa fragilidad. Puede tratarse de una situación *per se* del sujeto vulnerable como la que se produce en la infancia o en la vejez en las que la relación con los otros se convierte inevitablemente en dependencia: la persona vulnerable tiene *necesidad* de la presencia de otro para satisfacer las necesidades físicas y jurídicas. Otras veces la relación con otro puede sujetarse sobre una situación del todo contingente en un momento concreto de la existencia en el que se genera una necesidad; así ocurre en la enfermedad y en lo que se refiere a la relación médico-paciente» (p. 52).

¹⁵ HUALDE MANSO (2021) pp. 52-53.

Apoyándose en Maillard, destaca Hualde Manso, «no se trata solo de que existen al lado de individuos autónomos, personas vulnerables y dependientes (enfermos, discapacitados, personas seniles), *sino también de señalar que existe vulnerabilidad esencial en las personas autónomas*¹⁶, *así como el carácter relacional de la existencia humana*»; en suma, «[d]ebe concluirse que cualquier persona puede encontrarse en determinados momentos relacionales bajo situaciones de vulnerabilidad y que personas per se vulnerables están en muchos momentos expuestas a esa vulnerabilidad añadida» (cursiva mía)¹⁷.

¹⁶ Sin perjuicio de lo indicado en el cuerpo del texto, existe el binomio persona en sí misma vulnerable y persona autónoma. Sobre la autonomía, HUALDE MANSO expone: «[...] supone la independencia del individuo respecto al poder de otro y que se contrapone así al sentido negativo de la debilidad o de la dependencia, propio de la vulnerabilidad. A la autonomía se le pueden anudar sentidos diversos: la capacidad de gobernarse con normas y principios propios, la independencia, la capacidad de pensar y de gestionar libremente sin experimentar influencias extrañas. La autonomía se utiliza en el lenguaje jurídico en conexión con la noción de acto jurídico. Al realizar el acto jurídico se ejercita esa prerrogativa de la persona que es la autonomía, la autodeterminación. Además la autonomía se liga a voluntad, de forma que llevar a cabo un acto con autonomía es una manifestación de voluntad con el sujeto que regula sus propios intereses y al que la lega unos efectos correspondientes a la voluntad manifestada» [(2021) p. 52; *vid. además desde p. 51*].

¹⁷ HUALDE MANSO (2021) p. 53.

E insiste más adelante en la necesidad de esos «dos elementos caracterizadores». Dice: «Lo que caracteriza a todos los casos de vulnerabilidad en una situación de relación interpersonal es la presencia de una vulnerabilidad (debilidad, fragilidad, sufrimiento) en la que se encuentra uno de los sujetos del contrato o del negocio, pero sin que tales circunstancias personales tengan entidad suficiente como para que por sí solas puedan provocar la invalidez del negocio. Es decir, esa debilidad no tiene una entidad suficiente como para superar el umbral requerido que se necesita para lograr la invalidez del acto, siendo hipótesis que, como se ha dicho, observados de modo aislado tampoco encuentran un acomodo jurídico en la categoría de la falta de capacidad natural, en la situación fáctica de ausencia total de entendimiento y voluntad./ Aparece un ulterior elemento de enorme significado que tiñe toda la estructura fáctica de esas hipótesis, caracterizando de una determinada manera la relación entre las partes en el negocio o entre una de las partes y un tercero: la confianza total, la subordinación psicológica, la relación de sujeción o de dependencia física... relaciones que se insinúan en la formación de la voluntad hasta el punto de dotar a la hipótesis en concreto de una especial autonomía. La concurrencia de este dato relacional podría no incidir de manera determinante en la formación de la voluntad, pero adquiere relevancia cuando se sitúa en combinación con el primero de los elementos./ El tipo de relación humana que media entre las dos partes en un negocio jurídico puede llegar a tener un peso determinante en la formación y la expresión de la voluntad de una persona cuando ésta se encuentra en las señaladas condiciones de fragilidad, de cansancio profundo, de enfermedad, de discapacidad, de no autosuficiencia, de declive de las fuerzas y de vitalidad, de vejez. En estas condiciones la capacidad de comprender, de valorar, de expresar un consentimiento contractual –es decir, de ejercitar consciente y libremente la propia soberanía– se convierte en un proceso muy frágil y complejo en el que puede interferir la relación con la contraparte a la que el sujeto está ligado por relación de subordinación de valoración o de confianza./ Cuando se produce una impropio persuasión de un individuo sobre otro aprovechando la relación establecida entre ambos basada en la confianza y en la credibilidad que provoca que éste tome decisiones en beneficio de aquel, nos encontramos siempre con un problema relacional, no con una enfermedad ni con un trastorno. Podrá darse el caso de que en la persona de la que se abusa concurre una enfermedad o un trastorno pero no es eso lo que importa, sino que una de las partes logre una ventaja o beneficio minando la voluntad de otro, aprovechándose de determinadas circunstancias (la ignorancia, la confianza, la discapacidad intelectual, la dependencia, la angustia...) y utiliza estrategias como el aislamiento para lograr su fines» (pp. 54-55); *vid. además nota 9 de p. 55*, en la que la autora hace referencia a «diversos medidores para la detección de la existencia de abusos de influencia» en la «psicología forense».

[A.2] *Sobre la necesidad de protección*, Hualde Manso manifiesta con carácter previo, que «[l]a esencia del Derecho estriba en la protección y la tutela de la vulnerabilidad»¹⁸.

Ahora bien, «[e]n la dogmática clásica de la teoría contractual o negocial, el tipo de situaciones a las que nos hemos referido tiene dificultades –por una u otra razón– para encuadrarse dentro de los esquemas y requisitos de las herramientas tradicionales: no son negocios viciados en la concepción codificada de los vicios de la voluntad; tampoco puede decirse que se trate de supuestos que encajen en la categoría de la falta de capacidad para entender y querer, ni encuentran acomodo exacto en la categoría de los negocios rescindibles»¹⁹. En suma, «[s]e trata de situaciones sombrías y borrosas que precisan de un tratamiento jurídico específico»²⁰.

En opinión de Hualde Manso, «[l]a vía por la que debería discurrir la solución jurídica para tales situaciones ha de conjugar la vulnerabilidad personal de la persona afectada y posición que ocupa respecto de la otra del negocio» y «[e]n este planteamiento el aplicador del Derecho debe adoptar una perspectiva de análisis doble y llegar así a establecer binomios acomodados a cada una de las situaciones que se le presenten y que encajen de forma realista en la problemática que describimos: vulnerabilidad-necesidad económica, vulnerabilidad-confianza, vulnerabilidad-dependencia, vulnerabilidad-sujeción, etc.»²¹.

[3] *Señalado lo anterior con carácter general e introductorio, ya mismo he de dar cuenta para el derecho civil estatal de los tres siguientes datos, unos relativos a la ventaja injusta, otro, al consumidor vulnerable.*

a) *El primer dato* consiste en que, desde hace algunos años, se viene defendiendo con fuerza y por parte de algunos autores (sobre ello *infra*, [20] [A]) la conveniencia de incorporar al Código civil una *específica y general regulación* para los descritos, *supra*, [2], supuestos de vulnerabilidad y, *si así sucediese, ello podría incidir en el entendimiento del dolo del Código civil. Por esto que indico, mi estudio sobre cómo sería esa nueva figura jurídica, considerada en sí misma y en su incidencia en el dolo del Código civil. Pienso en la denominada ventaja injusta, o abuso de posición o de situación, o aprovechamiento de una dada situación, u otras denominaciones que al respecto puedan emplearse.*

b) *El segundo dato* es que, por obra 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*

¹⁸ HUALDE MANSO (2021) p. 56; pues, «[l]as normas jurídicas deben manifestarse proclives a la protección de lo vulnerable, de lo que es débil, endeble, frágil, indefenso o desvalido», y «[l]a justicia exige igualdad y no discriminación, de forma que cuando la norma trata igual a quienes no lo son incurre en injusticia intrínseca y cuando alguien demanda una protección por su situación de debilidad o vulnerabilidad deben articularse herramientas que compensen esas situaciones».

¹⁹ HUALDE MANSO (2021) p. 56.

²⁰ HUALDE MANSO (2021) p. 56.

²¹ HUALDE MANSO (2021) p. 56.

discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (Ley 8/2021)²², nuevos artículos del Código civil mencionan, en el régimen de la anulabilidad contractual, a la ventaja injusta. Por ejemplo, para la legitimación activa, el artículo 1302.3 CC, además de reconocérsela a la propia persona con discapacidad provista de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar y que prescindió de ellas al contratar; y a sus herederos (párrafo I), se la reconoce a la persona que hubiera correspondido prestar el apoyo, diciendo textualmente para la misma, que «la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera concededor 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» (cursiva mía; párrafo II)²³.

²² BOE núm. 132, 03.06.2021; entró en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE (DF 3.º).

²³ Más allá de lo expuesto en el cuerpo del texto:

a) En la anulabilidad, también se refieren a la ventaja injusta los artículos 1304 y 1314 CC. En otros ámbitos, la ventaja injusta se ha incorporado a los artículos 1163.I, 1765, segunda regla, CC.

b) Sobre el plazo de ejercicio para la anulación y fecha de inicio del cómputo, en lo que ahora interesa, el artículo 1301 CC dispone: «La acción de nulidad caducará a los cuatro años. Este tiempo empezará a contar:/ [...] 4.º 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» (cursiva mía).

GARCÍA RUBIO, y ÁLVAREZ LATA destacan, entre otras cosas, la seguridad que se obtiene fijándose la fecha de cómputo de los cuatro años desde la celebración del contrato:

b.1) La primera, GARCÍA RUBIO, informa que el texto del artículo 46 del *Anteproyecto de Ley de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación de 31.07.2018* era: «El artículo 1301 se redacta conforme se indica a continuación:/ La facultad de anular el contrato caducará a los cuatro años y este tiempo empezará a computarse:/ [...] 4.º Cuando la facultad se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad, desde que dejen de precisar apoyo para celebrar el contrato. En todo caso, no podrá ejercitarse pasados cinco años desde la celebración del contrato./ [...]» (pp. 638-639). Este artículo 46 lo recogió «el Anteproyecto remitido al Parlamento por el Ministerio de Justicia el 3 de julio de 2020, con la salvedad de que en este último se numeraba como art. 51; asimismo, se mantuvo idéntico en el Proyecto de Ley, publicado en el BOCG de 17 de julio de 2020» (p. 639). Añade, que «[e]n el curso de la tramitación parlamentaria del proyecto de LRAPD en el Congreso de los Diputados se presentaron varias enmiendas al art. 1301 CC [...], siendo «[e]l sentido de todas ellas, salvo la del G.P. Popular, [...] aclarar que la norma solo se refería [a] las personas con discapacidad que precisaren apoyo para celebrar el contrato» (p. 641). En lo que ahora interesa, el G.P. Popular proponía la modificación del «numeral 4.º en el siguiente sentido: «Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo cuando fueran precisas, desde la celebración del contrato» y esto «pasó al informe de la Ponencia, el cual resultó levemente modificado en el Senado para eliminar la coma que anteceda en el numeral 4.º a la palabra cuando, por obra de la enm. núm. 268 del Grupo Parlamentario Socialista» (p. 641). En suma, antes de que se aprobase la enmienda del G.P. Popular, el artículo 1302 CC recogía dos plazos, *cuatro años desde* que la persona con discapacidad dejare de precisar el apoyo para celebrar el contrato, con el presupuesto de que la anulación del contrato no se podía ejercitar transcurridos *cinco años desde* la celebración del contrato, y *después solo* hay un plazo de *cuatro años* computado desde la celebración del contrato.

En su valoración del plazo de cinco años, GARCÍA RUBIO cree que «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 años [...]. 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

De este artículo 1302.3 CC *me interesa* subrayar que, *por vez primera, aparece en el Código civil la expresión ventaja injusta*. Por esto y por lo que después diré sobre *cómo* se entiende esta ventaja injusta y *su alcance* en relación con el contrato celebrado por la persona con discapacidad que contaba con medida de apoyo y que prescindió de ella al celebrar el contrato, en la siguiente [A] expongo primero y *desde la perspectiva que me interesa*, los hitos legislativos seguidos por aquel artículo hasta su actual redacción. Se constatará *la complicada tramitación legislativa seguida, con relevantes cambios de redacción*, y solo adelantaré, que la ventaja injusta aparece en la correspondiente tramitación, en el Senado. *Tras ello, me centraré en la opinión de algunos autores sobre determinadas cuestiones, que el artículo 1302.3 CC ya ha suscitado.*

[A] *Las distintas redacciones del artículo 1302 CC para el contrato celebrado por persona con discapacidad, hasta su actual redacción*

Sin pretensión alguna de exhaustividad y centrándome en lo que me interesa:

a) En el *Anteproyecto de Ley de la Comisión General de Codificación*, el artículo 1302 CC prescribía:

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 art. 13 CDPD. *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 contrato, días a quo que otorga un plus de seguridad jurídica a la situación y que es también el adoptado en el art. 226-5 del CCCat, tras la modificación operada por el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto»* (cursiva mía; p. 644). Todas las citas de GARCÍA RUBIO (2022b).

b.2) Sobre que el momento de cómputo de los cuatro años sea, según el artículo 1301.4.º CC, «desde la celebración del contrato», ÁLVAREZ LATA considera que «[e]llo incorpora una dosis de certidumbre al cómputo del plazo para anular el negocio; [...]. Claramente, además, este nuevo momento de cómputo reduce el tiempo de impugnabilidad del negocio, y, como consecuencia, el de pendencia del mismo: transcurridos los cuatro años desde el momento de la celebración en [sic; del] contrato se confirmará si no ha habido impugnación por parte de algunas de las personas legitimadas para proceder a su anulación –tén-gase en cuenta que el plazo es de caducidad–. *Puede concluirse que, [...], la norma actual no favorece los intereses de la persona con discapacidad, que ve acertado su margen de instar la ineficacia del negocio. No obstante, entendemos [ÁLVAREZ LATA] que este efecto es precisamente el que pretende la norma, coherente, en este caso, con la «regla de la no protección», con el principio general de evitar tratamientos distintos y discriminatorios (incluso aunque sean protectores) de los contratantes por razón de su discapacidad. Téngase en cuenta que ahora la persona con discapacidad puede por sí anular el negocio con los apoyos necesarios, sin que haya de esperar a que cese la causa de discapacidad o las propias medidas de apoyo (cfr. art. 1302 CC)»* [cursiva mía; «Artículo 1301» (2021) pp. 1010-1011].

«Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo, por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan, o 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»²⁴.

Dicho sintéticamente, se legitima para anular el contrato a la persona con discapacidad que contaba con medida de apoyo de la que prescindió y cuando la misma se hubiere extinguido; a la persona que correspondía prestar la medida de apoyo; y a los herederos de aquélla. Sobre la legitimación para anular el contrato de la persona con discapacidad cuando la medida se hubiera extinguido, Pantaleón Prieto entendía que era frase «poco afortunada: [pues] las personas con discapacidad perfectamente podían y tenían que poder ejercitar antes la facultad de anular el contrato, con las medidas de apoyo que precisaren» (la última cursiva mía)²⁵. Por otro lado, en el artículo 1302 del Anteproyecto nada se dice sobre la ventaja injusta.

b) En el Proyecto de Ley de 17.07.2020, el artículo 1302 CC disponía:
«[...].

Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan. 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.

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

[...]»²⁶.

En lo que interesa para la legitimación para anular el contrato, ahora no se menciona a la persona que corresponda prestar la medida de apoyo, como advierte por ejemplo Pantaleón Prieto, señalando que «[s]e proyectaba, pues, eliminar la legitimación de «aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo» (cursiva del original) y que no tenía «datos para saber con certeza por qué», y

²⁴ La transcripción del artículo de PANTALEÓN PRIETO, *Almacén El Derecho*, 07.04.2021, p. 6.

²⁵ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén El Derecho*, 07.04.2021, p. 6. *En el momento en que escribe* (el 07.04.2021), PANTALEÓN PRIETO se manifiesta «mucho más cerca de las propuestas de regulación del Anteproyecto de Ley [esta cursiva, negrita en el original], corrigiendo defectos de redacción como alguno arriba señalado» (p. 10). Según el autor, «estoy convencido de que el tenor de la Convención de Nueva York no obliga a tratar a las personas con discapacidades intelectuales o psicosociales, en materia de Derecho de la contratación, igual que a las personas no afectadas por tales discapacidades, también para eliminar toda norma de privilegio a favor de aquellas: estoy convencido de que no prohíbe la discriminación positiva [esta cursiva, negrita en el original]» (p. 10).

Sobre las distintas valoraciones de la redacción del artículo del Anteproyecto, vid. MUNAR BERNAT (2021) pp. 187-188.

²⁶ BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A, 17.07.2020, núm. 27-1, p. 34.

«[q]uizás se debiera, no tanto a un deseo de reforzar «la estabilidad de los contratos», como a la idea de que mantener esa legitimación comportaba admitir que la persona con discapacidad dejase de ser dueña de la decisión sobre el contrato: aquel a quien correspondiera prestar la medida de apoyo podría anular el contrato sin o, incluso, contra la voluntad de aquella»²⁷. *Por otro lado, nada se dice sobre la ventaja injusta.*

c) En el *Informe de la Ponencia del Congreso de Diputados*, el artículo 1302 CC ordenaba:

«[...].

Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por dichas personas.

Cuando haya existido mala fe por parte del otro contratante, los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de ellas cuando fueran precisas podrán ser anulados, además de por las personas enumerados en el párrafo anterior, por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo.

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.

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.

[...]»²⁸.

Ahora, *se legitima* para anular el contrato a la persona con discapacidad provista de apoyo y que prescindió de la medida de apoyo; a la persona que hubiera correspondido prestar el apoyo; y a los herederos. *Por otro lado, aparece para poder anular el contrato la exigencia de que el otro contratante hubiera sido de mala fe, ello tanto si quien ejercita la anulación es la persona con discapacidad, como si el que lo ejercita es la persona a la que correspondía prestar el apoyo. Se habla de mala fe y no de ventaja injusta.*

d) En el texto aprobado por la *Comisión con competencia legislativa plena* del Congreso de los Diputados, el artículo 1302 CC ordenaba:

«[...].

Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de ellas

²⁷ PANTALEÓN PRIETO *Almacén El Derecho*, 07.04.2021, p. 7; añade: «Ahora bien, además de que una interpretación sensata impondría rechazar esta última hipótesis, ¿se ha olvidado el caso en que la medida de apoyo fuese, excepcionalmente, la curatela representativa? ¿Y no se generaba una patente contradicción de valoración con la legitimación para anular que, en el párrafo tercero del mismo artículo 1302 CC [del *Proyecto de Ley*], se continuaba reconociendo al Ministerio Fiscal?».

²⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A, 18.03.2021, núm. 27-3, p. 63.

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen²⁹.

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.

Estos contratos también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo cuando haya existido mala fe por parte del otro contratante»³⁰.

En lo que interesa, se *sigue* con la legitimación para anular el contrato de la persona con discapacidad provista de medida de apoyo y que prescindió de ella; con la de los herederos; y con la de la persona a la que le hubiera correspondido prestar el apoyo. *También se habla de la mala fe del otro contratante, solo para el caso de que quien anule sea la persona a la que hubiere correspondido prestar el apoyo. No se habla de ventaja injusta.* Para Pantaleón Prieto, «[I]a reaparición de la legitimación de *«la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo»*, pero sólo para el supuesto de que *«haya existido mala fe por parte del otro contratante»*, deja bien claro que el objetivo pretendido no es reservar exclusivamente la decisión sobre el contrato a la persona con discapacidad, sino otorgar prevalencia a la protección *«del otro contratante»* cuando no haya existido su mala fe por parte [*sic*; mala fe por su parte]» (cursiva del original)³¹. En su opi-

²⁹ Teniendo en cuenta lo que he indicado *supra* en la anterior *a*) de [A] del cuerpo del texto y en nota 25, dice ahora PANTALEÓN PRIETO: «Sin duda ha sido un acierto sustituir la frase *«cuando dichas medidas se extingan»* por las palabras *«con el apoyo que precisen»*» [cursiva del original; *Almacén El Derecho*, 07.04.2021, p. 9].

³⁰ BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A, 25.03.2021, núm. 27-4, p. 35.

³¹ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén El Derecho*, 07.04.2021, p. 9.

Caracterizando las distintas concepciones sobre qué se dispone en la CDPD, PANTALEÓN PRIETO identifica: a) «Los antipaternalistas extremos [que] sostienen que la Convención de Nueva York *prohíbe* al legislador español *impedir* que una persona mayor de edad afectada por una discapacidad intelectual o psicosocial, incluso si muy grave o profunda, *sea la dueña de la decisión* de, por ejemplo, comprar, vender o dar en garantía una cosa de extraordinario valor; esto es, sostienen que la referida Convención prohíbe a los legisladores de los Estado Parte disponer que la dueña de la decisión de celebrar contratos como esos haya de serlo otra persona sin tales discapacidades, actuando como representante de aquella. Y, más todavía, si esa otra persona no tuviera posibilidad razonable de saber lo que aquella, según sus deseos y preferencias, habría decidido al respecto; si no tuviese pauta alguna para replicar la hipotética decisión de la persona con discapacidad misma y hubiese de decidir [...] aquello que considerara «objetivamente mejor» para su representada. [...]» (cursiva, negrita en el original; p. 3); b) «[...] los paternalistas extremos [...] se niegan a admitir que sí, a pesar de padecer una importante discapacidad intelectual o psicosocial, el mayor de edad titular de un derecho *tiene capacidad básica o elemental de entender y querer el significado y las consecuencias del concreto acto de ejercicio del derecho de que se trate*, debe ser él el dueño y señor de la decisión de ejercerla o no –ninguna otra persona más capacitada puede tomarla en su lugar–; y que lo que hay que hacer es proveerle de asistencia o apoyo necesario para que pueda decidir él, y actuar conforme a su decisión, aún a riesgo de equivocarse [...]» (cursiva, negrita en el original; pp. 3-4).

Además, PANTALEÓN PRIETO identifica otra posición que «considera «pensamiento único» *ignorar los intereses de los que contratan con las personas con discapacidad»*, sobre la que dice que dicha posición «descubre, a la postre, que su verdadero propósito es debilitar, si no suprimir, la protección privilegiada que tradicionalmente ha reconocido nuestro Derecho civil en el terreno de la contratación a las personas con discapacidad intelectual o psicosocial en aras –se nos dice, en una paradigmática muestra del poder mistificador de las palabras– de «la estabilidad contractual»» (cursiva, negrita en el original; p. 4).

nión, la regla comporta proteger al otro contratante, «frente a la de la persona con discapacidad, mucho más allá de la que normalmente se deriva de la constancia de las medidas de apoyo en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad en los términos prescritos en el mismo Proyecto de Ley» (cursiva mía)³². Además plantea, «¿en qué consistirá dicha mala fe: en que este [el otro contratante] fuera consciente de que estaba contratando con una persona con discapacidad? ¿[H]abría que añadir que, además, haya obtenido ventaja aprovechándose de dicha circunstancia?», y manifiesta «lo extraño [...] [de] que la sanción de la mala fe [del otro contratante] [...] sea la referida ampliación de la legitimación para anular»³³. Concluye con la consideración de que, «[m]e parece una ocurrencia de última hora y bastante insensata»³⁴.

Por su parte, García Rubio y Varela Castro, que también se refieren a las consideraciones de Pantaleón Prieto, apuntan que «[l]a mentada referencia a la mala fe del otro contratante planteaba no pocas dudas interpretativas como, por ejemplo, la de su difícil diferenciación con el supuesto de dolo que ya constituye *per se* una causa de anulabilidad de carácter general, con lo que poco o nada añadiría al sistema, como no fuera el complicarlo de modo innecesario»³⁵.

e) En el *Informe de la Ponencia del Senado*, la redacción del artículo 1302 CC pasa a ser la siguiente (y es la redacción que hoy aparece en el *Código civil*):

«[...]»

3. 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.

Los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, la anulación sólo procederá cuando el otro contratante fuera concededor 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.

4. [...]»³⁶.

En cuanto a la legitimación para anular el contrato, se legitima a la persona con discapacidad que contaba con medida de apoyo y que prescindió de ella cuando era precisa; a los herederos; y a la persona que hubiera correspondido prestar el apoyo, pero para esta última *se exige que el otro contratante conociera de la existencia de la medida de apoyo o se hubiera aprovechado de otro modo*

³² PANTALEÓN PRIETO, *Almacén El Derecho*, 07.04.2021, p. 9.

³³ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén El Derecho*, 07.04.2021, p. 9.

³⁴ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén El Derecho*, 07.04.2021, p. 9.

³⁵ GARCÍA RUBIO/VARELA CASTRO (2022) p. 662.

³⁶ BOCG, Senado, XIV Legislatura, núm. 185, 11.05.2021, p. 41.

*de la discapacidad, obteniendo una ventaja injusta. Se habrá advertido que en la presente redacción del artículo 1302 CC desaparece la anterior mención de la mala fe del otro contratante que contenía la redacción del artículo 1302 que reproduce en la anterior d) y ahora se dice que el otro contratante conocía de la existencia de la medida de apoyo o se aprovechó de otro modo de la situación de discapacidad, obteniendo una ventaja injusta*³⁷. Este cambio, en opinión de Álvarez Lata, supone «[s]implemente [que] ahora se aclara en cierta medida, cual era la mala fe relevante en el otro contratante que abrió la puerta a que los titulares de los apoyos pudieran impugnar el contrato»; esto es, «[l]a regla de base sigue siendo la misma respecto de la versión anterior: si el contratante es de buena fe, el contrato no es anulable por el titular de la medida de apoyo»³⁸.

¿A qué supuestos se aplica la exigencia de la ventaja injusta? ¿En qué consiste la ventaja injusta? Ya hay disparidad de opiniones. Voy a exponer las de García Rubio y Varela Castro, Álvarez Lata, e Infante Ruiz. También las de Gómez Calle, estas en relación con las de los dos primeros citados autores.

b.1) Según García Rubio y Varela Castro, el artículo 1302.3 CC recoge una nueva causa de anulación contractual, la ventaja injusta, pero limitada a que la vulnerabilidad del contratante consista en una situación de discapacidad, suponiendo una *avanzadilla* del reconocimiento que, *de lege ferenda* y con carácter general, habría de tener la causa de anulación de la ventaja injusta. Proponen además la interpretación, de que la exigencia de la ventaja injusta del artículo 1302.3.II CC para que la persona a la que correspondía prestar la medida de apoyo pueda anular el contrato, *también* se exija a la persona con discapacidad y con medida de apoyo, que prescindió de ella para contratar, para que pueda anular el contrato (*esto es, que la ventaja injusta del art. 1302.3.II CC se exija también para el art. 1302.3.I CC*). En apoyo de su interpretación, los autores tienen presentes los sucesivos cambios de redacción habidos en la tramitación legislativa del artículo 1302 CC hasta su vigente redacción [que expuse en la anterior [A]; interpretación teleológica] y acuden a la argumentación *a pari* entre los párrafos I y II del artículo 1302.3 CC, en vez de optar por una contraposición entre los párrafos I y II del artículo 1302.3 CC o acudir a una hipotética interpretación *a contrario*. Finalmente, García Rubio y Varela Castro consideran que, en el artículo 1302.3.II *in fine* CC, se contemplan dos requisitos *acumulativos*, la ventaja injusta y el conocimiento de la

³⁷ GARCÍA RUBIO/VARELA CASTRO señalan que «el Informe de la Ponencia del Senado [...] presentó una propuesta de modificación [del art. 1302 CC] con base en las anteriores enmiendas, juntando y separando párrafos, cogiendo, eliminado o sustituyendo terminología y expresiones de esta u otra enmienda, cuyo resultado fue el precepto finalmente aprobado» [(2022) p. 656].

Sobre la enmienda núm. 164 en el Senado, *infra*, nota 43, a.1).

³⁸ ÁLVAREZ LATA, «Artículo 1302» (2021) p. 1014.

medida de apoyo, o la ventaja injusta y el aprovechamiento de otro modo de la situación de discapacidad. Infante Ruiz comparte algunas de las consideraciones de García Rubio y Varela Castro. Gómez Calle no comparte las consideraciones de estos dos últimos autores.

[A] *Las explicaciones de García Rubio y Varela Castro*

[A.1] *Sobre la ventaja injusta en el artículo 1302.3 CC y su carácter de avanzadilla en el reconocimiento de la ventaja injusta como causa general de anulación contractual en el Código civil*

Los mentados autores manifiestan:

«[c]reemos que habría sido suficiente con que el precepto [art. 1302.3.I CC] se limitase a afirmar que «Las personas con discapacidad también podrán anular, con el apoyo que precisen [léase, quieran] los contratos que celebren por sí solas o con alguna medida de apoyo cuando el otro contratante se hubiera aprovechado de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta»³⁹.

[...]

Así leído [el art. 1302.3.I CC], se equilibra el interés de la persona con discapacidad, quien ve reconocida su capacidad para vincularse jurídicamente a través de contratos, con el interés de la confianza del otro contratante, quien solo se hallará desprotegido si en realidad no merece la tutela por haberse aprovechado de la situación de discapacidad de otro, obteniendo una ventaja injusta. *En consecuencia, la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la persona con discapacidad solo adquiere relevancia anulatoria cuando el contrato resulta injustamente desequilibrado, o lo que es lo mismo, es el desequilibrio y no la discapacidad la razón que hace quebrar la plena validez del negocio.* [...].

Por otro lado, la interpretación descrita cohonesta perfectamente con los postulados de la CDPD, muy distanciados de una concepción de la capacidad basada en las características mentales del individuo (modelo médico), para pasar a considerar los factores ambientales y las particulares circunstancias de la transacción (Varney [apellido, mayúsculas en el original [...)]. [...].

³⁹ Sin perjuicio de la referencia bibliográfica que hago en la siguiente nota a esta, en a), para su propuesta de redacción del artículo 1302.3.I CC (en p. 664), *con anterioridad* (p. 660) GARCÍA RUBIO/VARELA CASTRO dicen: «El legislador ha estado muy atareado en el empeño de comprender y aclarar si la mera discapacidad permitía o no la anulabilidad o si el apoyo era o no condición de la validez del contrato. Pero algunas líneas y probablemente bastantes problemas interpretativos se pudieron haber ahorrado en el 1302.3.I CC afirmando sencillamente que «Las personas con discapacidad también podrán anular, con el apoyo que precisen [léase, quieran] los contratos que celebren por sí solas o con alguna medida de apoyo cuando el otro contratante se hubiera aprovechado de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta». Con la utilización del adverbio «también», hubiera quedado clara cuál era la verdadera innovación legal en sede de anulabilidad y sería bastante más fácil la comprensión de un precepto preñado de giros equívocos susceptibles de las más variopintas interpretaciones, con el consiguiente coste para la seguridad del tráfico [...] y también para el logro efectivo del pleno reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en sede contractual». Todas las citas de (2022).

Por lo demás, lejos de imponer una innovación carente de antecedentes, la norma se inspira en una figura bien conocida en el moderno Derecho de contratos, donde se combinan criterios de justicia sustantiva (ventaja injusta o desequilibrio excesivo en favor de una parte) con otros de justicia procedimental (aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad del otro contratante). Pudiera decirse que en la LRAPD la figura de la ventaja injusta se ha introducido a modo de avanzadilla apenas para el caso de que el vicio procedimental haya consistido, precisamente, en aprovecharse de la vulnerabilidad específica que representa la situación de discapacidad. Desde otro punto de vista, incluso cabe considerar al expediente descrito como un mecanismo de salvaguardia frente a los posibles abusos de terceros, avalado también, aunque sea de modo reflejo, por el art. 12 CDPD. En esta línea, entiende Barceló Compte [apellidos, mayúsculas en el original] [...] que 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.

No es inoportuno preguntar entonces por qué, con ocasión de esta reforma, no se ha introducido una regulación general de la ventaja injusta, en lugar de reservarla 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 contratantes (Barceló Compte [apellidos, mayúsculas en el original] [...]). 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 tutela (Varney [apellidos, mayúsculas en el original] [...]).

Lo cierto es que el objetivo de la LRAPD residía únicamente en la adaptación del ordenamiento español al art. 12 CDPD, quedando muy lejos de su alcance la modificación integral de la teoría general del contrato de 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, como decíamos, a modo de avanzadilla» (cursiva mía)⁴⁰.

⁴⁰ a) GARCÍA RUBIO/VARELA CASTRO (2022) pp. 664-666; continúan: «En tal sentido, transcribimos aquí las palabras de la profesora y diputada Moro Almaraz en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados: «Hemos defendido que debía incorporarse en nuestro código, para alcanzar el mejor equilibrio, el principio de la ventaja injusta respecto a situaciones de vulnerabilidad, en este caso, la discapacidad, como ya se recoge en el derecho comparado. No ha sido posible alcanzar un consenso pleno en ello, pero sí una aproximación (...)» (Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Justicia, núm. 316, 16 de marzo de 2021, pág. 9)» (p. 666).

b) INFANTE RUIZ comparte esa idea de la avanzadilla, que el artículo 1302.3 CC supone de la ventaja injusta: «La inclusión de la «ventaja injusta» de esta guisa, en sede [sic; de] legitimación para impugnar el contrato, quizás no sea la mejor, y da lugar a importantes cuestiones interpretativas. Se ha introduci-

[A.2] *Sobre la exigencia de que la ventaja injusta del artículo 1302.3.II CC también sea exigible para la legitimación activa del artículo 1302.3.I CC*

Para esto otro, explican García Rubio y Varela Castro:

«el segundo escenario sería aquel en el que, aunque no haya certeza o constancia de que se ha renunciado voluntariamente al apoyo, *lo cierto es que el contrato 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 nuestro juicio* [García Rubio y Varela Castro], *si en este caso se pretende la anulación del contrato a instancia del contratante con discapacidad, no basta con la aludida omisión del apoyo para apreciar que efectivamente se produjo una irregularidad contractual*, pues de hacerlo, de nuevo incurriríamos en la situación de discriminación antes denunciada, al contemplar el apoyo como un requerimiento adicional para la plena regularidad del contrato. *Entendemos* [García Rubio y Varela Castro] *que se necesita algo más; algo que no se menciona expresamente en el punto destinado a la legitimación de la persona con discapacidad, pero que sí recoge el segundo párrafo de este numeral tercero del art. 1302 CC cuando contempla la legitimación activa del prestador del apoyo: en concreto, según este texto legal* [art. 1302.3.II CC] *se requiere 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»*. Más adelante nos detendremos [García Rubio y Varela Castro] en el análisis de este enunciado, *limitándonos ahora a señalar que debe entenderse aplicable no solo al caso de 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. Es cierto que según se lee en el texto relativo a la ventaja injusta previsto en el párrafo segundo del art. 1302.3 CC, este se aplica «en todo caso [...] solo [...]», con lo que pudiera derivarse que quede circunscrito exclusivamente al supuesto en que la impugnación proceda de la persona a quien habría correspondido prestar el apoyo; conclusión todavía más reforzada por la división del numeral tercero del precepto [1302 CC] en dos párrafos separados. Sin embargo, creemos* [García Rubio y Varela Castro] *que tal interpretación textual puede ser cumplidamente rebatida, como trataremos de hacer a continuación.*

[...]»⁴¹.

Consideramos [García Rubio y Varela Castro] que en el largo periplo descrito [sobre la tramitación legislativa del artículo 1302 CC] *hay suficiente base para sostener; [...], que el motivo último que estaba barajando el legislador para permitir anular el contrato celebrado por la persona con discapacidad «prescindiendo» de*

do, como expresa García Rubio [apellidos, mayúsculas en el original], «a modo de avanzadilla apenas para el caso de que el vicio procedimental haya consistido, precisamente, en aprovecharse de la vulnerabilidad específica que representa la situación de discapacidad» [(2022) p. 154; *vid.* también p. 161].

⁴¹ En los puntos suspensivos, GARCÍA RUBIO/VARELA CASTRO explican la tramitación legislativa del artículo 1302 CC; (2022) pp. 654-656.

las medidas de apoyo era la obtención por el otro contratante de una ventaja injusta. Este requisito se tuvo muy presente a lo largo de la tramitación parlamentaria, a pesar de que la redacción final del art. 1303.3 CC [sic; 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 y no en el primero. Pero esta lectura dejaría sin identificar el motivo que fundamenta la anulación del contrato en ese párrafo primero. Y aunque se puede considerar que en la tramitación parlamentaria –lugar natural de constantes cambios y reformulaciones– no hay ningún elemento decisivo que sostenga la interpretación que nosotros [García Rubio y Varela Castro] proponemos, en el sentido de entender la vigencia de la ventaja injusta también al primer párrafo del numeral 3, tampoco lo hay para sostener lo contrario.

Lo cierto es que, en vez de contraponer ambos párrafos del art. 1302.3 CC o de recurrir a una hipotética 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: 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; circunstancia que en ambos casos constituye la idéntica, última y nueva razón por la que se concede la protección que significa la anulabilidad del contrato para la persona con discapacidad. Siendo así, la lectura que proponemos [García Rubio y Varela Castro] concuerda con una interpretación teleológica de la norma que trata de conciliar la promoción de la autonomía de la voluntad 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» (cursiva mía)⁴².

⁴² a) GARCÍA RUBIO/VARELA CASTRO (2022) pp. 654-656; *vid.* hasta p. 657.

b) INFANTE RUIZ coincide con García Rubio y Varela Castro. Dice INFANTE RUIZ: «Destaca en especial la contraposición [en el art. 1302.3 CC] entre esta legitimación especial conferida al apoyador para impugnar el contrato por causa de la «ventaja injusta» y la de la propia persona con discapacidad, quien no tendría, de hacerse una interpretación estrictamente literal de la norma, legitimación para impugnar el contrato por este mismo motivo cuando la haya celebrado sin el apoyo necesario. La doctrina más conspicua [se refiere a García Rubio] entiende que esta causa de anulabilidad debe extenderse no sólo al caso de que quien inste la anulabilidad sea quien hubiera debido prestar el apoyo, sino también cuando lo haga la persona con discapacidad. De acuerdo con esta visión la interpretación textual puede rebatirse en virtud de una lectura atenta de las diversas versiones del precepto [art. 1302.3] en su tramitación parlamentaria, el cual sufrió alteraciones, pero siempre estuvo presente en todos los debates la idea de que el trato diferenciado no tiene sentido, siendo que el motivo último que barajó el legislador en todo momento para permitir anular el contrato por la persona con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo era la obtención por el otro contratante de una ventaja injusta. *Esta lectura, que comparto plenamente* [INFANTE RUIZ], se propone como una interpretación teleológica de la norma que trata de conciliar la promoción de la autonomía de la voluntad e independencia de la persona con discapacidad con el derecho a contar con el apoyo que precise. Con ello puede considerarse que de un modo ciertamente excepcional, solo para el supuesto descrito, entra en el Código Civil una modalidad de «aprovechamiento injustificado», el relativo [sic; a] la «ventaja injusta», [...]» [cursiva mía; (2022) pp. 154-155; *vid.* también p. 161].

c) En cambio, GÓMEZ CALLE no comparte la interpretación de García Rubio. Según la primera: «Los argumentos en que se basa García Rubio [mayúsculas, en el original] son, en esencia los siguientes:

a) La necesidad de hacer una interpretación de la norma conforme a la CNUDPD, que no discrimine a las personas con discapacidad (según García Rubio [apellidos, mayúsculas en el original], entender que la falta de apoyo basta para anular el negocio comporta una discriminación directa a las personas con discapaci-

[A.3] *Sobre la relación entre el conocimiento de las medidas de apoyo cuando se contrató por parte del otro contratante o su aprovechamiento de otro*

dad, a las que se exigirá un requisito adicional para la plena regularidad de sus contratos: el apoyo [...] y que trate de conciliar la promoción de su independencia con su derecho a contar con el apoyo que precise [...].

b) El «tortuoso proceso parlamentario» de la Ley 8/2021 y los vaivenes que se produjeron en la redacción de este artículo [1302.3], proceso del que deduce que lo que determinó al legislador para permitir anular el contrato celebrado por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo, era la obtención por el otro de una ventaja injusta [...].

c) lo razonable de hacer una argumentación *a pari* de los dos párrafos del art. 1302.3, «*sin... ilógicas diferenciaciones entre unos y otros legitimados para ejercitar la acción de anulación*» [...].

En mi opinión [GÓMEZ CALLE], y comenzando por el argumento que más comparto [el sub c)], es cierto que *no parece lógico* diferenciar los requisitos exigibles a efectos de legitimación a la persona con discapacidad y a la persona de apoyo. Más aún si se tiene en cuenta el caso de que la persona con discapacidad cuente con un curador representativo: según el párrafo I, podría instar la anulación la persona con discapacidad con el apoyo, esto es, representada por su curador y, según el párrafo II, podría instarla el propio curador; aplicar diferentes requisitos en uno y otro caso no parece tener mucho sentido.

Sin embargo, *el tenor literal* de la norma es muy claro en este punto («en este caso», subraya el párrafo II del art. 1302.3 CC). En este sentido, creo [GÓMEZ CALLE] que el argumento apuntado *supra* en segundo lugar, [sub b)], no es decisivo: precisamente el *iter legislativo* (del que da cuenta García Rubio [apellidos, mayúsculas en el original] [...]) revela que se tuvieron en cuenta las distintas alternativas en cuanto a si exigir mala fe o ventaja injusta del cocontratante solo para legitimar al prestador del apoyo o también para la legitimación de la persona con discapacidad. Si finalmente se eligió la fórmula actual, ¿no habría que entender que el legislador fue consciente de su decisión al exigirlo solo al prestador del apoyo?

Adicionalmente, y desde un punto de vista *sistemático*, de los arts. 1304 y 1314 CC podría deducirse otro argumento a favor de los contratos celebrados por una persona con discapacidad que pueden ser anulados a instancia de esta (no del prestador del apoyo) aunque no se dé ninguna de las situaciones previstas en el art. 1302.3.II CC. El argumento es la operatividad de los privilegios que establecen los arts. 1304 y 1314 CC en favor de la persona con discapacidad (restitución solo si hubo enriquecimiento y pervivencia de la acción de anulabilidad aun en caso de pérdida dolosa o culposa de la cosa a restituir por parte de esa persona) se supedita a que se dé cualquiera de aquellas dos situaciones («*siempre que...*») [esta cursiva del original].

[...].

En definitiva, y *como conclusión de las dos primeras cuestiones planteadas*, cabe decir lo siguiente. La tesis que sostiene García Rubio [apellidos, mayúsculas en el original] llega especialmente lejos en la restricción de la legitimación activa, y, por ende, en la posibilidad de anular los contratos celebrados por personas con discapacidad, en la medida en que, de un lado, reconduce las dos situaciones a que alude el art. 1302.3.II a una sola (la obtención de una ventaja injusta) y, de otro, considera este un requisito aplicable también cuando sea la persona con discapacidad la que inste la anulación. Esto lleva a negar la anulabilidad (a instancias de cualquiera de los legitimados) cuando el cocontratante no se haya aprovechado de la discapacidad para obtener una ventaja injusta.

Por mi parte [GÓMEZ CALLE], en cambio, no veo claro, tal como se han formulado tanto el párrafo II del art. 1302.3 como los arts. 1304 y 1314 CC, que la persona con discapacidad solo pueda anular el contrato en los supuestos apuntados para la persona de apoyo. Y es que cabría entender que lo que ha pretendido el legislador ha sido sancionar por diversas vías a quien contrata con una persona con discapacidad cuando su conducta es particularmente censurable. Esas sanciones consistirían, de un lado, en la ampliación de la legitimación activa para anular, permitiendo hacerlo a la persona de apoyo (art. 1302.3.II CC) y, de otro, en los privilegios previstos en los arts. 1304 y 1314 CC en favor de la persona con discapacidad.

[...].

Pero, aún en el supuesto de que se admitiera que las dos situaciones del art. 1302.3.II han de darse también para que puedan anular la persona con discapacidad o sus herederos (por entenderse que no tiene sentido exigirles a estos requisitos distintos a los exigidos a la persona de apoyo), considero [GÓMEZ CALLE] que cualquier legitimado podría instarla aunque no hubiera ventaja injusta, si el cocontratante conocía la existencia de las medidas de apoyo de las que la persona con discapacidad prescindió» [cursiva, negrita en el original; *Almacén de Derecho*, 03.12.2021]. *Vid.* además siguiente nota, en b).

modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta del artículo 1302.3 CC

Según García Rubio y Varela Castro:

«Con la fórmula finalmente aceptada [del vigente art. 1302.3.II CC], el encargado de prestar el apoyo a la persona con discapacidad, de cuya intervención se prescindió, podrá solicitar la anulación del contrato celebrado por esa persona, *no por la citada omisión, ni tampoco por 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 en lo que aparentemente se presentan como dos escenarios (que, además, habrá de probar): (i) que el otro contratante conocía la existencia de las medidas de apoyo en el momento de la contratación; (ii) que el otro contratante se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta.* Se nos antoja [García Rubio y Varela Castro] que entre ambas razones existen conexiones sutiles que conviene descifrar.

La referencia al conocimiento por la otra parte de la existencia de medidas de apoyo, nos obliga a plantearnos su relación con el régimen de publicidad registral de estas. Nos remitimos [García Rubio y Varela Castro] al comentario de los artículos correspondientes, comenzando por el art. 300 CC y por todos los concordantes de las leyes procesales, hipotecaria y del Reg. Civ. Baste aquí señalar que en la medida en que la inscripción de las medidas de apoyo solo es imperativa en el caso del Reg. Civ., y que, además, se configura en este como un dato especialmente protegido (art. 83.1.b LRC) –de suerte que no es una información accesible a los terceros, salvo que la quiera a dar a conocer la persona concernida– ya no se puede afirmar que la inscripción en el Reg. Civ. de las aludidas medidas pueda ser opuesta a la otra parte contratante, equiparándola a su efectivo conocimiento [...].

Pero además, tal y como está redactado el párrafo [II] del artículo 1302.3 CC que ahora nos ocupa, parece claro que esta primera circunstancia [la del conocimiento de las medidas de apoyo] no puede radicar exclusivamente en el hecho de que el otro contratante conociera la existencia de las medidas de apoyo, sino que, sobremanera, es preciso que de ese conocimiento haya obtenido un aprovechamiento, con el consiguiente quebranto para el contratante con discapacidad, como bien se deduce de la locución «de otro modo» recogida en la norma. Así entendida, esta primera coyuntura es un tanto redundante, incluso por partida doble. Parece que el precepto contempla el caso en que el contratante que conoce que el otro tiene derecho a un apoyo para contratar se lo calla de modo consciente, con el fin de obtener un beneficio patrimonial, con el consiguiente perjuicio para su contraparte; silencio que acaso cabría entender como un dolo omisivo –el primero oculta al segundo una circunstancia susceptible de viciar el consentimiento contractual, obteniendo además una ventaja a su favor–, con lo que se complica la delimitación entre los distintos fundamentos que justifican la anulación del contrato. Además, como decimos [García Rubio y Varela Castro] este supuesto de hecho resulta absorbido por el segundo inciso: aprovecharse

«de [cualquier] otro modo» de la situación de discapacidad del otro contratante, obtenido así una ventaja injusta.

En síntesis, atendiendo a las redacciones barajadas durante la tramitación parlamentaria relativas a la legitimación de la persona a quien habría correspondido prestar apoyo, nos parece [García Rubio y Varela Castro] que hubiera sido más sensato y más claro circunscribir la causa de anulación a la obtención de una ventaja injusta por parte de quien contrató con la persona con discapacidad, tal y como prevenían las enms. núm. 400 y 164 [en el Senado]. No obstante, el resultado no es muy diferente al derivado de la interpretación que proponemos [García Rubio y Varela Castro] para la mucho más compleja fórmula finalmente incluida en el texto legal [del art. 1302.II *in fine* CC]⁴³.

⁴³ a) GARCÍA RUBIO/VARELA CASTRO (2022) pp. 662-663.

En relación con las enmiendas, referidas en lo transcrito en el cuerpo del texto, núm. 400 y 164, según GARCÍA RUBIO/VARELA CASTRO:

a.1) «[...] en el Senado, mediante la enm. núm. 164, se 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, se 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» (p. 655)

a.2) Para la enmienda 400, «se aceptaba que la facultad de anular el contrato pudiese ser ejercitada por la propia persona con discapacidad cuando las medidas de apoyo se extinguieran, por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, así como por aquel a quien correspondería prestar el apoyo, señalando a continuación que «[l]a anulación sólo procederá cuando se pruebe que el otro contratante se ha aprovechado de la situación de discapacidad, obteniendo de ello una ventaja [«injusta»], como añadía la enm. núm. 164 ya vista» (p. 661).

b) GÓMEZ CALLE no comparte la interpretación de García Rubio. Dice: «García Rubio [apellidos, mayúsculas en el original] [...] se inclina por lo segundo [que el art. 1302.3.II *in fine* CC, contempla una sola situación] y sostiene que el primer caso (el conocimiento de la medida de apoyo por parte de quien contrata con la persona con discapacidad) queda absorbido en el segundo; aprovecharse «de [cualquier] otro modo» de la situación de discapacidad del otro contratante, obteniendo de ello una ventaja injusta. Este planteamiento conduce al resultado de que, solo cuando quien contrata con la persona con discapacidad obtiene una ventaja injusta mediante el contrato, este sería anulable. Y esto, [...] no solo a instancia de la persona de apoyo sino también de la propia persona con discapacidad.

Por mi parte [GÓMEZ CALLE] [...] tengo mis dudas acerca de esta interpretación. Y ello no solo por el argumento puramente literal que resulta del empleo de la disyuntiva «o» al mencionar los dos casos y que apunta a que se trata de dos situaciones diferenciadas. En efecto, el hecho de que la expresión «de otro modo» [del art. 1302.3.II *in fine* CC] vaya referida a «aprovecharse» permite entender que, para el legislador, quien contrata con una persona con discapacidad prescindiendo a sabiendas de las medidas de apoyo (a las que la persona con discapacidad no ha renunciado expresamente), «se aprovecha» ya de la situación, lo que justificaría que el prestador de apoyo pueda anular el contrato, aun cuando quien contrató con la persona con discapacidad no hubiera obtenido una ventaja injusta. [...].

En este punto hay que tener en cuenta que la eventual necesidad de apoyo a la persona con discapacidad no se justifica solo por el contenido mismo del contrato y por la posibilidad de que el otro contratante pueda aprovecharse al tiempo de contratar para obtener o no una ventaja injusta, sino que *el apoyo puede ser preciso también después de celebrado el contrato, para evitar que la persona con discapacidad pierda inútilmente la contraprestación recibida*. Dicho de otro modo: el problema que plantean los contratos de las personas con discapacidad no es solo que se puedan aprovechen [*sic*; aprovechar] de ellos *al celebrar* el contrato para obtener una ventaja injusta. Es también que lo haga la persona con discapacidad *después de celebrado el contrato* con la prestación recibida (que lo pierda, que le priven de ello...). Esto último es lo que justificaba los privilegios en materia de restitución y conservación de la acción que establecían los artículos 1304 y 1314 CC en su redacción anterior. La reforma de 2021 los ha mantenido, pero

b.2) Por último, *en su análisis de la ventaja injusta* del artículo 1302.3.II CC, Álvarez Lata tiene presente la regulación de la ventaja injusta del Código civil de Cataluña (art. 621-45 CCCat; que analizo *infra*, [136] [A]) y, para la del artículo 1302.3.II CC considera que la situación del discapacitado es aprovechada por el otro contratante para alcanzar «una posición ventajosa o mejorada

reducidos, en cuanto los circunscribe a los mismos dos casos que menciona el art. 1302.II CC. Si ahora se entiende que esos beneficios solo operan si hay ventaja injusta (tal como entiende García Rubio [apellidos, mayúsculas en el original] [...]), la protección de la persona con discapacidad se vería aún más mermada en ese segundo aspecto (el relativo a lo que puede acontecer después de celebrado el contrato). Y ello porque no disfrutaría de los beneficios de los arts. 1304 y 1314 CC si quien contrató con ellos conocía la existencia de las medidas de apoyo omitidas pero no se aprovechó de la discapacidad para obtener una ventaja injusta (y nótese que esto sería así en todo caso, incluso en aquellos en que el apoyo consistiera en una curatela representativa).

Por todo lo dicho, creo defendible sostener que *cada uno de los dos supuestos* mencionados en el art. 1302.3.II *i. f.* (lo mismo que en los arts. 1304 y 1314 CC) *tiene entidad propia*. Consecuentemente, *si el contratante conocía la existencia de medidas de apoyo, el contrato es anulable, aunque no se hubiera aprovechado de ello para obtener una ventaja injusta* (supuesto primero). *Y si el contratante no conoce la existencia de esas medidas, pero se aprovecha de la discapacidad para obtener una ventaja injusta*, ello determinaría asimismo la anulabilidad del contrato (supuesto segundo). De este modo, si la persona con discapacidad pierde la prestación recibida, el prestador del apoyo (o la misma persona con discapacidad con su apoyo) podría anular el contrato (art. 1314 CC) para recuperar lo que la persona con discapacidad dio y restituir solo en la medida en que se hubiera enriquecido (art. 1304 CC). De aplicarse la interpretación aquí defendida, esto sería posible aun cuando la prestación recibida en virtud del contrato por la persona con discapacidad hubiera sido «justa».

En cambio, conforme a la tesis contraria, si, por ejemplo, la persona con discapacidad vende un bien suyo por un precio justo, sin contar con el preciso apoyo, el contrato no sería impugnabile (ni por la persona con discapacidad ni por el designado para apoyarle) porque el otro contratante no habría obtenido una ventaja injusta, aunque este conociera la existencia de la medida de apoyo de la que se prescindió, y que podría ser incluso una curatela representativa. Y ello, aunque después la persona con discapacidad malgastara o perdiera todo el dinero cobrado. La cuestión es qué forma es esta de proteger y/o apoyar a las personas con discapacidad. [Esta caja más pequeña, en el original]

Por lo demás, la discapacidad también puede llevar a una persona a celebrar contratos que, aunque no proporcionen al otro una ventaja injusta, sí le perjudiquen a ella (o a sus parientes con derecho de alimentos) en otro sentido: pensemos, por ejemplo, en una persona que por causa de su discapacidad malgasta compulsivamente y adquiere bienes costosos y carentes de sentido, persona que antes de la reforma de 2021 podía ser declarada pródiga y, tras ella, ya no. También en este tipo de supuestos puede tener pleno sentido que el contrato sea anulable en los términos señalados, pese a la ausencia de una ventaja injusta.

Se trataría, en fin, de que quien va a contratar con una persona con discapacidad sabiendo que tiene medidas de apoyo, no actúe como si esas medidas no existieran y trate al menos de que ese apoyo se preste Si, habiéndolo intentado, la persona con discapacidad rechaza expresamente recibir el apoyo, probablemente habría que distinguir: si la medida de apoyo es puramente asistencial y la persona con discapacidad tiene capacidad natural de entender y querer, seguramente habría que entender que el contrato es válido, de no mediar otras causas de anulabilidad [así, García Rubio [mayúsculas en el original] [...]]; en cambio, si es una curatela representativa, que abarque precisamente el tipo de contrato en cuestión, esto sería indicativo de que se ha considerado que la persona con discapacidad no estaba en condiciones de celebrarlo, por lo que el tercero debería abstenerse de contratar con la persona con discapacidad que rechaza el apoyo, pues, de otro modo, el contrato sería anulable» [El Almacén de Derecho, 03.12.2021, pp. 7-10].

c) ÁLVAREZ LATA también considera que el artículo 1302.3.II *in fine* CC contempla dos supuestos distintos, uno, que el otro contratante conociera la existencia de apoyos, el otro, que el otro contratante obtuviera una ventaja injusta [«Artículo 1302» (2021) pp. 1017-1020; reproduzo parte de sus consideraciones en relación con el segundo supuesto, a continuación, en el cuerpo del texto, y también *infra*, nota 45].

que no obtendría de no ser por ello», *destacando que «la ventaja ha de ser injusta en sí misma»*; esto es, que no se exige «una cuantificación de la lesión que dicha ventaja produce en la persona discapacitada» (cursiva mía)⁴⁴. Además, considera que el artículo 1302.3.II CC no limita su campo de actuación a los contratos onerosos y puede aplicarse a la donación hecha por el discapacitado, lo que es «claramente conveniente en un ámbito ciertamente propicio para la influencia indebida» y, sobre quién ha de probar la ventaja injusta, será «el titular del apoyo como requisito para su legitimación en orden a impugnar el contrato»⁴⁵.

b.3) Para Infante Ruiz y para la modalidad del «aprovechamiento injustificado» de la ventaja injusta del artículo 1302.3 CC, se «requiere dos elementos: que el tercero que contrata con la persona con discapacidad conozca su situación de vulnerabilidad (elemento subjetivo), lo cual supone que exista *un desequilibrio considerable entre los derechos y obligaciones derivados del contrato*» (cursiva mía)⁴⁶.

c) *El tercer y último dato al que quiero referirme para el derecho civil estatal es que, mediante Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protec-*

⁴⁴ Vid. la nota inmediatamente siguiente.

⁴⁵ ALVAREZ LATA lo explica así: «Se trata [en el art. 1302.3.II *in fine* CC] de que se pueda impugnar la validez de un contrato, incluso en contra de la voluntad de la persona con discapacidad, sobre el fundamento de que ha determinado una ventaja indebida para la otra parte aprovecharse de la situación de discapacidad de la persona, como situación de debilidad o vulnerabilidad contractual (en este sentido, *cfr.*: art. 621-45 CC catalán). Se aprecia claramente un componente subjetivo en este requisito: aprovechamiento, obtención de ventaja injusta, que entraría de lleno en el propio concepto de influencia indebida, que la CDPD trata de evitar.

Aunque no se define por el legislador, y hasta ahora el Derecho contractual español ha permanecido más o menos ajena a ella –al margen de las confluencias con algunos vicios del consentimiento y con el propio tratamiento de la usura–, la regla de la ventaja injusta da relevancia a la situación de vulnerabilidad de una parte contratante –en ese caso, por causa de la discapacidad– y a la actitud desleal o reprochable de la otra –que se aprovecha de dicha circunstancia– para obtener una ventaja a su favor que de otra manera no hubiera tenido. En este caso, la discapacidad de la persona puede determinar la falta de capacidad para prever las consecuencias de sus actos o su inexperiencia o la ignorancia especial respecto del contrato que se celebra, situación que es aprovechada por la contraparte para obtener una posición ventajosa o mejorada que no obtendría de no ser por ello. La ventaja ha de ser injusta en sí misma aunque no exige la norma que el resultado de dicha ventaja sea especial o notoriamente desproporcionado u oneroso para la persona con discapacidad. En otras palabras no hay una cuantificación de la lesión que dicha ventaja produce en la persona con discapacidad.

Tampoco distingue la norma aquí si la regla de la ventaja injusta se aplica a todos los contratos o solo a los onerosos. Así las cosas, dados los términos del art. 1302 CC, pueden anularse por el curador o por los demás titulares legitimados, según hemos dicho, también la donación otorgada por la persona con discapacidad lo que resulta claramente conveniente en un ámbito ciertamente propicio para la influencia indebida. En cualquier caso, la concurrencia de la ventaja injusta habrá de acreditarse por el titular del apoyo como requisito para su legitimación en orden a impugnar el contrato» [cursiva mía; «Artículo 1302» (2021) pp. 1019-1020].

⁴⁶ INFANTE RUIZ (2022) p. 161. Y para el carácter de avanzadilla de la ventaja injusta del artículo 1302.3 CC, *supra*, nota 40 b).

*ción de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (RDL 1/2021)*⁴⁷, y luego, mediante *Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (Ley 4/2022)*⁴⁸, se añade un apartado 2 al artículo 3 TRLGDCU, en el que se define al consumidor vulnerable; en concreto, «[a]simismo, a los efectos de esta ley [TRLGDCU] y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidores vulnerables *respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad*» (cursiva mía)⁴⁹.

[A] *Las explicaciones de la incorporación del consumidor vulnerable al TRLGDCU, según el Preámbulo del RDL 1/2021*⁵⁰

[A.1] Según el I del Preámbulo del RDL 1/2021, teniendo en cuenta al artículo 51.1 CE y las consecuencias sociales y económicas derivadas de la pandemia del COVID-19, «resulta urgente considerar el concepto de persona consumidora vulnerable en la normativa estatal de defensa de las personas consumidoras y usuarias [...] en el sentido de garantizar con un grado mayor de protección a los derechos en determinados supuestos en los que la persona consumidora se ve afectada por una especial situación de vulnerabilidad *que puede incidir en su*

⁴⁷ BOE núm. 17, 20.01.2021; según su DF 5.^a, el RDL 1/2021 entraba «en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»»; esto es, el 21.01.2021. Hoy, disposición derogada.

⁴⁸ BOE núm. 51, 01.03.2022; según su DF 7.^a, la reforma entró «en vigor el día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», a excepción del apartado 10 del artículo primero, de modificación de la letra b) del artículo 80» TRLGDCU, «que entrará en vigor en el plazo de tres meses desde su publicación».

⁴⁹ Según el I del Preámbulo del RDL 1/2021, «[l]a modificación *esencial* del texto refundido [de consumidores] es la que afecta al artículo 3, en relación al concepto general de consumidor y usuario, con la finalidad de incluir la definición de persona consumidora vulnerable» (cursiva mía) y, «[c]omo consecuencia de esta previsión [en el art. 3.2 TRLGDCU], de carácter *esencial* en el texto refundido [de consumidores] al determinarse el concepto de persona consumidora vulnerable, se procede a modificar diversos artículos de dicho texto [refundido de consumidores] con la finalidad de adecuar el régimen de derechos de las personas consumidoras vulnerables en el ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios» (cursiva mía).

En concreto, se modifican, haciendo referencia a las personas consumidoras vulnerables, los artículos 8, 17, 18, 19, 20, 43, 60 TRLGDCU; del artículo 60 TRLGDCU, que versa sobre la información previa al contrato, me ocupo *infra* [51] [A]. La Ley 4/2022 modifica además los artículos 72, 80, 99, 127, 150, 151, 153, 160 y 161.

⁵⁰ Salvo que en el cuerpo del texto o en las notas a pie de página indique alguna diferencia o añadido que contenga el I del Preámbulo de la Ley 4/2022, en su comparación con el I del Preámbulo del RDL 1/2021, habrá coincidencia entre los textos de ambos Preámbulos.

toma de decisiones e incluso, forzarla a aceptar ciertas condiciones contractuales que en otra situación no aceptaría» (cursiva mía). Se reconoce que «*se incluye por primera vez en la normativa estatal de defensa de las personas consumidoras la figura de la persona consumidora vulnerable, que deberá ser objeto de especial atención tanto por parte de autoridades públicas como de empresas privadas en las relaciones de consumo»*⁵¹ y además, «*[m]ás allá de la tradicional alusión a la situación económica de las personas consumidoras a la hora de determinar su situación de vulnerabilidad, se constatan diversas situaciones en las que, agravadas por la actual situación de crisis sanitaria, las circunstancias sociales o personales hacen que se encuentren en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección en sus relaciones de consumo»* (cursiva mía; I del Preámbulo del RDL 1/2021).

Entre los *posibles colectivos* en los que el consumidor puede encontrarse en situación de vulnerabilidad frente al empresario, en el I del Preámbulo se mencionan a «*las personas mayores»*⁵²; «*[a]simismo, se visibiliza cómo la vulnerabilidad también tiene un componente transversal de género»*⁵³ y «*entre las dificultades que impiden el desarrollo en condiciones de igualdad en las relaciones de consumo por cuestiones de género, la violencia de género y la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual han de ser contempladas en razón de su especial incidencia»*, y «*[a]dicionalmente, y en el ámbito de la cuestión de género se encuentran las familiares monoparentales»*; «*[t]ambién se debe prestar especial atención a la situación de los niños, niñas y adolescentes»*⁵⁴; y «*a las personas con discapacidad»*⁵⁵ (I del Preámbulo del Real Decreto-Ley 1/2021).

⁵¹ En vez de la expresión «como de empresas privadas en las relaciones de consumo» del RDL 1/2021, en la Ley 4/2022 se dice «como del sector empresarial en las relaciones de consumo».

⁵² «En muchas ocasiones, factores que pueden estar asociados a la edad, como el estado de salud, el desfase generacional o el nivel sociocultural, influyen en la posibilidad de las personas mayores para desenvolverse como personas consumidoras en igualdad de condiciones, principalmente en la sociedad de la información actual. Además, las personas mayores enfrentan en ocasiones barreras relacionadas con la forma en que se genera o proporciona la información en las relaciones de consumo, *incrementándose el riesgo de que puedan ser inducidas a error*, así como barreras relacionadas con prejuicios y estereotipos asociados a la edad» (cursiva mía; I del Preámbulo del RDL 1/2021).

⁵³ «Entre otros obstáculos que impiden o dificultan el desarrollo en condiciones de igualdad en las relaciones de consumo, la cuestión del género bien puede entenderse como otro de los *factores* de vulnerabilidad» (cursiva mía; I del Preámbulo del RDL 1/2021).

⁵⁴ «En sus relaciones de consumo, los niños, niñas y adolescentes, por ejemplo, presentan una mayor sensibilidad a la publicidad y a las prácticas comerciales agresivas, disponen de menor capacidad para reconocer el peligro, pueden sentirse atraídos por la apariencia de productos que entrañan riesgos para su salud o seguridad, o pueden presentar mayor sensibilidad frente a la toxicidad de determinadas sustancias químicas» (I del Preámbulo del RDL 1/2021).

⁵⁵ «Estas personas se pueden encontrar en diferentes situaciones de vulnerabilidad a la hora de desenvolverse en las relaciones de consumo dependiendo de la capacidad de respuesta. En tal sentido, estas personas están más expuestas a la quiebra y vulneración de sus derechos como personas consumidoras, por cuanto en muchas ocasiones el mercado de bienes, productos y servicios carece de condiciones de accesibilidad universal, dificultando su desempeño como consumidores protegidos. [Igualmente cabe destacar las dificultades en el acceso a la información, la necesidad de una protección más intensa contra exclusiones, discriminaciones y abusos, el sobre coste económico de la discapacidad, entre otras causas]. Por ejemplo, las personas con discapacidad visual pueden ver impedido el acceso a la información que

Sobre los posibles «factores que pueden afectar a la población en general, pero que son susceptibles de hacerlo especialmente a los colectivos que se han identificado previamente como en situación de particular vulnerabilidad cabe aludir [...] al nivel de renta de las personas consumidoras»; «[e]l nivel formativo y cultural también puede incidir de forma importante en las relaciones de consumo, situando en posiciones de vulnerabilidad a aquellas personas consumidoras que cuentan con menores niveles de estudio»⁵⁶; «[o]tro factor que cobra especial importancia es la brecha digital en las relaciones de consumo en la era digital»; «[d]e igual modo, el lugar de residencia también puede ser una causa de vulnerabilidad en las relaciones de consumo» (I del Preámbulo del RDL 1/2021). En suma, «se ve cómo son numerosas las causas tanto endógenas como exógenas que pueden situar a una persona en situación de vulnerabilidad en sus relaciones de consumo, no únicamente sus circunstancias económicas, como tradicionalmente se ha enfocado este asunto a nivel sectorial» (cursiva mía; I del Preámbulo del RDL 1/2021).

[A.2] Por otro lado, *en cuanto al ámbito europeo*, en el I del Preámbulo del RDL 1/2021 se hacen diversas referencias a las *Nueva Agenda del Consumidor* para el período 2020-2025 de la Comisión europea (Comunicación 13.11.2020⁵⁷). Entre esas referencias, se encuentra la de que «[e]l concepto de consumidor vulnerable recogido en la Nueva Agenda del Consumidor *se fundamenta en los estudios teóricos e investigaciones empíricas desarrolladas en los últimos años sobre la vulnerabilidad específicamente referida al ámbito de consumo*», y «dichos avances en el plano académico y en la literatura utilizada por las instituciones internacionales confluyen en una noción de vulnerabilidad en consumo entendida como la probabilidad *ex ante* de que una determinada persona obtenga un posible resultado negativo en su relación de consumo». Se apunta a que «existen algunos consensos básicos dentro del mundo académico» y así, «se asume que la situación de vulnerabilidad *no se deriva de circunstancias estrictamente personales, sino que hay que considerar aspectos de origen demográfico, social e, incluso, relacionados con cada entorno de mercado concreto*»; también «hay consenso general en que las condiciones que predisponen a la vulnerabilidad en las relaciones de consumo *exceden el plano de lo estrictamente económico, tradicionalmente aproximado con indicadores del nivel de renta*»⁵⁸; por último, «los estudios académicos conciben la vulnerabilidad en el

incorporan las etiquetas de los productos cotidianos» (I del Preámbulo del RDL 1/2021, salvo lo indicado entre corchetes que es un añadido en el I del Preámbulo de la Ley 4/2022).

⁵⁶ «[...] actualmente, hay en España en torno a 577.600 personas analfabetas funcionales, según el último dato de la Encuesta de Población Activa, lo que incide de forma directa, por ejemplo, en su capacidad para poder entender de forma precisa la información que se les facilita en sus relaciones de consumo» (I del Preámbulo del RDL 1/2021).

⁵⁷ *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Nueva Agenda del Consumidor Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible*, Bruselas, 13.11.2020 COM(2020) 696 final.

⁵⁸ «Posteriormente investigaciones han venido confirmando que la *multidimensionalidad de la vulnerabilidad de consumo*, es decir, su relación con factores de distintas dimensiones afecta a todos los ámbitos

ámbito del consumo *como un concepto dinámico, en el sentido de que no define a las personas o a los colectivos como vulnerables de una forma estructural ni permanente*»⁵⁹ (cursivas mías; I del Preámbulo del RDL 1/2021). Y «[e]n consonancia con esta aproximación teórica y conceptual, se significa que la normativa europea conmina a proteger a las personas consumidoras vulnerables, *no solo en relación con aspectos económicos, como tradicionalmente se ha hecho en la normativa sectorial, sino también en relación con aquellas otras circunstancias, tales como por ejemplo la edad, sexo, origen nacional o étnico, lugar de procedencia, las personas alérgicas o con algún tipo de intolerancia alimenticia, las víctimas de violencia de género, las familias monoparentales, las personas desempleadas, las personas con algún tipo de discapacidad, las personas enfermas, las minorías étnicas o lingüísticas, las personas desplazadas temporalmente de su residencia habitual, la población migrante o solicitante de protección internacional, así como las personas con carencias económicas o en riesgo de exclusión, o cualesquiera otras circunstancias que puedan incidir, generando desventaja, en sus relaciones de consumo*» (cursiva mía; I del Preámbulo del RDL 1/2021).⁶⁰

Y trasladándome a continuación a los derechos catalán y navarro, estos otros sí regulan específicamente y desde hace relativamente poco tiempo —el catalán desde la Ley 3/2017, el navarro desde la Ley foral 21/2019⁶¹— *los antes descritos contratos en los que uno de los contratantes es persona vulnerable, aprovechándolo el otro contratante*. Me refiero a la ventaja injusta del artículo 621-45 CCCat y a la influencia indebida y el abuso de influencia de la Ley 21 FN. Además, estos derechos catalán y navarro recogen *otra* figura que me interesa, *la rescisión del contrato por lesión* (art. 621-46 CCCat; ley 500 FN), no acogida con carácter general por el Código civil (art. 1293 CC).

de consumo, siendo especialmente patentes en algunos sectores de consumo específicos *como el financiero, el energético o el de comercio electrónico*» (cursiva mía; I del Preámbulo del RDL 1/2021).

⁵⁹ «De esta forma, una persona puede ser considerada vulnerable en un determinado ámbito de consumo, pero no en otros. Además, esa condición de vulnerabilidad podrá variar a lo largo del tiempo según puedan hacerlo las condiciones que la determinan, tanto las de tipo personal como las sociales o de contexto. *En definitiva, las investigaciones especializadas confirman que cualquier persona puede ser vulnerable en algún momento de su vida respecto de alguna relación de consumo específica*» (cursiva mía; I del Preámbulo del RDL 1/2021).

⁶⁰ Más allá de lo expuesto en el cuerpo del texto y oportunas notas, sobre el consumidor vulnerable y el consumidor medio en el marco de la Unión europea, BARCELÓ COMPTE (2019) pp. 44-45; para los distintos tipos de consumidores en el Código civil de Cataluña, también p. 45.

⁶¹ a) *Ley 3/2017, 15.02, 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* [DOGC núm. 7314, 22.02.2017; BOE núm. 57, 08.03.2017].

b) *Ley Foral 21/2019, 04.04, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo* (BOE núm. 137, 08.06.2019). La posterior *Ley Foral 31/2022, 28.11, de atención a las personas con discapacidad en Navarra* (BON núm. 250, 15.12.2022; BOE núm. 310, 27.12.2022) reformó la Ley 21 FN.

[A] *El abuso de debilidad, de confianza, o de dependencia, en el derecho comparado*

Apuntado lo anterior para los derechos civil estatal, catalán y navarro, es oportuno que exponga brevemente, *qué sucede en el derecho comparado*, y a tal fin son útiles las siguientes explicaciones de Palazón Garrido⁶².

[A.1] *Con carácter general*, Palazón Garrido explica:

«1. Uno de los principios fundamentales del Derecho de contratos es el *«pacta sunt servanda»*, conforme al cual los contratos deben cumplirse en los términos que voluntariamente se convinieron. Las partes son libres para determinar el contenido del contrato y una vez perfeccionado, deben cumplirlo en los términos acordados, aunque les resulten perjudiciales. Ahora bien, es posible que el consentimiento de uno de los contratantes no se haya formado con total libertad, y no porque haya incurrido en error, ni haya sido engañado (dolo), o coaccionado (violencia), sino porque su especial situación de debilidad, necesidad, dependencia o la relación de confianza que mantiene con la otra parte, le haya impelido a aceptar unas condiciones contractuales que, en otras circunstancias, no habría aceptado.

En la mayoría de los sistemas jurídicos se ha contemplado la necesidad de dar solución a estos casos en que el contratante beneficiado no crea las condiciones de abuso (como sucede en los vicios de dolo o intimidación), pero sí las aprovecha para obtener la perfección de un contrato en condiciones ventajosas. Siendo este el común punto de partida, sin embargo, el análisis comparado arroja como resultado una gran disparidad en los mecanismos, unas veces jurisprudenciales y otros positivos, con que los distintos ordenamientos dan respuesta al problema.

2. Una simple aproximación a las doctrinas que en el Derecho comparado otorgan remedio a la parte perjudicada en estas situaciones, nos muestra la complejidad de la institución y su carácter poliédrico, al implicar concepciones de justicia conmutativa, por un lado, y el reproche moral y jurídico a la conducta de una de las partes, por otro. En consecuencia, para comprender bien el alcance de la materia que nos ocupa, debemos ir más allá de la pura teoría de los vicios del consentimiento y atender a cuestiones objetivas de injusta falta de equivalencia entre las prestaciones, motivada desde el punto de vista subjetivo porque una parte ha abusado de su situación de superioridad (intelectual, económica...) respecto de la otra, o de una relación de confianza existente entre ambas. *De esta forma, puede afirmarse que como vicio del consentimiento la institución resultaría un híbrido entre la intimidación y el dolo, pero en su configuración también se deben tener en cuenta consideraciones cercanas a la laesio enormis»* (cursiva mía)⁶³.

⁶² *Infra*, [19] [A] y oportunas notas, expongo la regulación del abuso de circunstancias (indebida influencia) en el derecho de los Países Bajos y la comparo con las regulaciones de los *Principles of European Contract Law* y de los *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*.

Infra, nota 185, transcribo el § 138 BGB y los artículos 21 CO 1911 y 1447 y 1448 CCI 1942.

⁶³ PALAZÓN GARRIDO (2016b) pp. 1303-1304.

[A.2] *Sobre el acercamiento jurídico que al problema hacen los derechos continentales*, Palazón Garrido informa:

«23. En ningún ordenamiento continental es posible encontrar una doctrina tan desarrollada sobre el abuso de debilidad, dependencia o confianza como la anglosajona, ni tampoco un cuerpo de jurisprudencia tan rico, que permita extraer principios generales capaces de resolver supuestos de hecho dispares. No obstante en la mayoría de los ordenamientos europeos se contienen normas sobre la cuestión, *a excepción de España o Bélgica, donde ha sido la jurisprudencia la que se ha ocupado de dar solución al problema*⁶⁴, y lo mismo ocurría en Francia hasta la reforma del CC operada por la *Ordonnance* n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016» (la primera cursiva, mía)⁶⁵.

[A.3] *Finalmente y sin perjuicio de mi posterior exposición y análisis del derecho civil estatal (infra, [6] ss)*, Palazón Garrido, *que escribe en 2016*, manifiesta:

«29. En este panorama europeo, el Derecho español se encuadra dentro del grupo minoritario de sistemas que carecen de regulación positiva general en la materia. Y es que, fuera del limitado supuesto del préstamo usurario de la citada Ley de Azcárate y de la Ley 499 de la Compilación del Derecho civil foral de

⁶⁴ a) Palazón Garrido escribe *antes* de la reforma que la materia de obligaciones y en 2022 ha tenido lugar en el Código civil belga (Libro V), con entrada en vigor el 01.01.2023, y de ahí su afirmación en el cuerpo del texto. *Actualmente*, el Código civil belga regula el abuso de circunstancias como vicio del consentimiento. Según el artículo 5.37 CCB: «Abus de circonstances/ Il y a abus de circonstances lorsque, lors de la conclusion du contrat, il existe un déséquilibre manifeste entre les prestations par suite de l'abus par l'une des parties de circonstances liées à la position de faiblesse de l'autre partie./ En ce cas, la victime peut prétendre à l'adaptation de ses obligations par le juge et, si l'abus est déterminant, à la nullité relative».

Dicho artículo 5.37 CCB tiene la misma redacción que el artículo 5.41 de la *Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil belga* de 2019 y, en FENYO PICÓN, *ADC* (2020) [89] pp. 1462-1463, me ocupé del abuso de circunstancias; para la modernización del Código civil belga de obligaciones y contratos, [5] pp. 1339-1346. Sobre el abuso de las circunstancias, decía que «en el *Comentario* de ese artículo 5.41 PLNCCB se reconoce *que a veces se pueden combatir las situaciones de abuso de circunstancias mediante los vicios del consentimiento clásicos, como en otros tiempos, pues la distinción con el dolo y la violencia no es clara en todas las constelaciones de hechos*» (cursiva mía y del original; [89] p. 1461).

b) *Y antes de la referida reforma del Código civil belga*, la jurisprudencia belga desarrolló la teoría de la *lésion qualifiée*, que «ofrece un remedio para aquellas convenciones, manifiestamente desequilibradas, si el desequilibrio responde al abuso, por una de las partes, de la posición de inferioridad de la otra por su ignorancia, sus pasiones, sus necesidades, o su vulnerabilidad» [[73] [A] p. 1440; pp. 1440-1444 para el análisis de esta jurisprudencia, en cuanto al reconocimiento de la figura, requisitos de aplicación, fundamentación jurídica y consecuencias].

Asimismo apuntaba para el (entonces vigente, pero ahora derogado) derecho belga, que el dolo vicio del consentimiento (art. 1116 CCB) había protegido algunas situaciones de vulnerabilidad. En concreto, señalaba: «Wéry informa, además, que *para la Cour de Cassation, el dolo puede resultar del hecho de que una parte se haya aprovechado de la avanzada edad y las vulnerabilidades de su contratante y en tal caso, su distinción con la teoría de la lésion qualifiée deviene algo extremadamente tenue*. Van Omme slaghe apunta que la *Cour de Cassation* («Cass., 5 octubre 1967») admite que aprovecharse de la elevada edad y de la vulnerabilidad intelectual del otro *puede constituer dolo*» [cursiva mía y de mi original; [73] p. 1440].

⁶⁵ PALAZÓN GARRIDO (2016b) p. 1316; la autora da cuenta del derecho francés, pp. 1316-1318. Por mi parte, doy cuenta del derecho francés, en FENYO PICÓN, *ADC* (2020) [46]-[47] pp. 1395-1399 y oportunas notas. *Vid.* también *infra*, nota 220.

Navarra [sobre rescisión por lesión, antes de su reforma en 2019, y ley que transcribo *infra*, nota 1310 a)], no existe norma alguna que otorgue a los contratantes un remedio contra la explotación de debilidad, confianza o dependencia. Por otro lado, el art. 1267 IV CC impide comprender en el vicio de intimidación el llamado «temor reverencial», esto es, el temor a desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto.

30. Sin embargo, *la amplitud con que se define el dolo en el art. 1269 CC, permite según un sector de la doctrina englobar todos los supuestos en que ha habido mala fe en la conclusión del contrato, ya se hayan utilizado engaños, ya imposiciones o captación de voluntad. Esta ha sido también la puerta por la que la jurisprudencia ha introducido en el ordenamiento jurídico la protección de los contratantes en los casos de ausencia de libertad de consentimiento por abuso de situación* [cursiva mía].

31. En efecto, en algunos pronunciamiento (si bien no muy numerosos), *el Tribunal Supremo ha considerado dolo* el aprovechamiento de circunstancias no provocadas por el contratante, que le colocan en una posición negociadora muy favorable, y de las que se prevale para captar la voluntad de la otra parte y obtener un beneficio. En todas estas resoluciones concurren las siguientes circunstancias fácticas: i) debilidad negociadora de una parte que es aprovechada maliciosamente por la otra para inducirla a perfeccionar el contrato; y ii) contenido contractual beneficioso para el agente y perjudicial para el otro contratante. Es importante resaltar que ninguna de estas sentencias decreta la ineficacia del contrato por la existencia de asimetría en la negociación, ni tampoco por la lesión. Antes bien, si se anula el contrato es porque la mala fe del contratante queda demostrada más allá de las circunstancias personales de la otra parte, que aunque son importantes no son decisivas, pues lo necesario es que haya captación de voluntad determinante de un consentimiento gravemente viciado»⁶⁶.

⁶⁶ a) PALAZÓN GARRIDO (2016b) pp. 1322-1323, *vid.* hasta p. 1324; además (2016a) p. 1225.

Por incluirse el abuso de debilidad, de confianza o dependencia en el derecho civil estatal dentro del dolo, PALAZÓN GARRIDO aplica su régimen jurídico. Dice:

a.1) «[p]or cuanto respecta al ordenamiento jurídico español, la consecuencia es también la anulabilidad del contrato, por aplicación del art. 1269 CC» (p. 1328);

a.2) «[p]or cuanto respecta al Derecho español, dado que el abuso de debilidad, confianza o dependencia se subsume en el vicio del dolo, debemos aplicar la regla elaborada por la doctrina para el dolo de tercero, y entender que B podrá anular el contrato por abuso de circunstancias cometido por C, si el contratante A es cómplice y también cuando conociendo la existencia del abuso, se ha aprovechado de él. En esta última hipótesis se podría apreciar incluso dolo omisivo del contratante A» (p. 1332).

b) Da también cuenta de esta situación del derecho civil estatal en su estudio de la *undue influence* como vicio del consentimiento, INFANTE RUIZ. Así:

b.1) «No existe en la jurisprudencia española, por el momento, ningún pronunciamiento expreso sobre la *undue influence* como vicio del consentimiento. El tratamiento jurídico del problema que entraña, en definitiva, depende, según el caso, del concepto de dolo o intimidación que se maneje» (p. 25);

b.2) «[e]n conclusión, las equivalencias del dolo y la intimidación del derecho español con la *undue influence* como genuino vicio del consentimiento del *common law* son muy parciales, y ello siempre que las interpretaciones de los conceptos de dolo e intimidación sean amplias» (p. 28; *vid.* pp. 25-28; RDC (2021)]. También de INFANTE RUIZ (2022) pp. 162-167.

[4] Pues bien, hecha la anterior y amplia introducción, en este trabajo estudio y analizo, *en primer lugar*, el concepto, los requisitos y efectos del dolo en el derecho civil estatal. En el apartado que dedicaré al concepto de dolo, expongo cómo entre los autores se viene proponiendo la oportunidad de que en el Código civil se regule *con carácter general* la figura de la ventaja injusta, pues, *supra*, [3], se vio que el artículo 1302.3.II CC solo la refiere a los contratos celebrados por personas con discapacidad.

En segundo lugar, analizo el dolo en el derecho catalán, en el que se aplican los artículos 1269 y 1270 CC, y asimismo analizo el concepto, los requisitos y efectos de la ventaja injusta (arts. 621-45, 621-47, 621-48 CCCat) y de la rescisión por lesión (arts. 621-46, 621-47.2 y 621-48 CCCat). Advierto que inserto la exposición de la ventaja injusta y de la rescisión por lesión, *en la del dolo* y en caja más pequeña, permitiéndome pronunciarme sobre en qué medida se diferencian del dolo.

En tercer lugar, analizo el dolo en el derecho navarro (ley 20 FN) completado con la regulación del Código civil, así como los conceptos, requisitos y efectos de la influencia indebida y del abuso de influencia (ley 21 FN) y de la rescisión por lesión (leyes 500 ss FN). Al igual que hago en el derecho catalán, para el navarro expongo la influencia indebida, el abuso de influencia y la rescisión por lesión en mi exposición del dolo y en caja más pequeña, lo que también me permite pronunciarme sobre sus diferencias entre ellos.

Termino el trabajo con un apartado de *recapitulación crítica y valoración personal*.

[5] Sobre la *metodología*, tres advertencias.

a) La *primera* es que, *centrando* mi análisis en los derechos civil estatal, catalán y navarro, ello no impide que en ocasiones me refiera a los *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* del Instituto internacional para la unificación del derecho privado, a los *Principles of European Contract Law* de [t]he Commission on European Contract Law, y al *Draft Common Frame of Reference* del Study Group on a European Civil Code y del *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*. Los anteriores son textos que los *autores* que consulto para mi investigación, manejan en los suyos. Además,

Me ocupo del estado de peligro, del de necesidad, del aprovechamiento de la otra parte, del dolo, de la ilicitud de la causa, de la intimidación y de la violencia, *infra*, [18] a); para referencias sobre la *undue influence*, *infra*, nota 184.

en alguna ocasión, *el Tribunal Supremo* también se ha referido en sus sentencias a alguno de los señalados textos jurídicos.

Y por lo anterior y cuando lo precise, me refiero a las regulaciones que del *dolo* se hace en los PECL (art. 4:107), en el DCFR (II.-7:205) y en los Principios UNIDROIT 2016 (arts. 3.2.5), y a las que se hacen del *beneficio excesivo o ventaja injusta* en los PECL (art. 4:109 PECL), de la *explotación injusta* en el DCFR (art. II.- 7:207) y de la *excesiva desproporción* en los Principios UNIDROIT 2016 (art. 3.2.7). Igualmente, mencionaré la regulación de *cómo se relacionan la anulación del contrato por vicio del consentimiento con la indemnización de daños y perjuicios* en los PECL (art. 4:117), en el DCFR (II.- 7:214) y en los Principios UNIDROIT 2016 (art. 3.2.16). Todo ello, sin perjuicio de que en alguna ocasión haya de mencionar otros artículos de los citados textos jurídicos.

[A] *Los textos de los PECL*

Artículo 4:107 PECL (versión española): «Dolo

(1) Una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe.

(2) La actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar.

(3) Para determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias, y en especial:

- (a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia;
- (b) el coste de obtener dicha información;
- (c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y
- (d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte»⁶⁷.

⁶⁷ BARRES BENLLOCH/EMBIID IRUJO/MARTÍNEZ SANZ (2003) p. 360; otra traducción al español en DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES (2002) p. 43.

Artículo 4:107 PECL (versión oficial): «Fraud/ (1) A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party's fraudulent representation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith and fair dealing it should have disclosed./ (2) A party's representation or non-disclosure is fraudulent if it was intended to deceive./ (3) In determining whether good faith and fair dealing required that a party disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:/ (a) whether the party had special expertise;/ (b) the cost to it of acquiring the relevant information;/ (c) whether the other party could reasonably acquire the information for itself; and/ (d) the apparent importance of the information to the other party» [Lando/Beale (ed.) (2000) p. 44].

Artículo 4:109 PECL (versión española): «Beneficio excesivo o ventaja injusta

(1) Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión:

(a) dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y

(b) la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo.

(2) A petición de la parte interesada, y si resulta oportuno, el juez o tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual.

(3) La parte a quien se comunica el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por beneficio excesivo o por ventaja injusta, puede igualmente solicitar del juez una adaptación del contrato, siempre que esta parte informe de ello sin dilación a la parte que le comunicó el ejercicio de su acción y antes de que dicha parte actúe en función de ella»⁶⁸.

Artículo 4:117 PECL (versión española): «Daños y perjuicios

(1) La parte que denuncia [*sic*; anula] un contrato en virtud del presente capítulo podrá solicitar de su contraparte una indemnización de daños y perjuicios que le permita volver a una situación lo más parecida posible a la que tendría de no haberse celebrado el contrato, siempre que la otra parte hubiera sabido o hubiera debido saber que existía error, dolo, intimidación, un beneficio excesivo o una ventaja injusta.

(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 [Plazos; artículo este que transcribo *infra*, nota 902 b)] o 4:114 [Confirmación], puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios como señala el apartado (1), limitada a las pérdidas sufridas como consecuencia de error, dolo, intimidación, beneficio excesivo o ventaja injusta. Los mismos criterios se aplicarán para el cálculo de los daños cuando la parte hubiere actuado

⁶⁸ BARRES BENLLOCH/EMBIID IRUJO/MARTÍNEZ SANZ (2003) p. 375; otra traducción al español en DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES (2002) pp. 43-44.

Artículo 4:109 PECL (versión oficial): «Excessive Benefit or Unfair Advantage/ (1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:/ (a) it was dependant on had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking skill, and/ (b) the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit./ (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been followed./ (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for excessive benefit or unfair advantage, provided that this party informs the party which gave the notice promptly after receiving it and before that party has acted in reliance on it» [Lando/Beale (ed.) (2000) p. 44].

erróneamente en función de una información incorrecta en el sentido del artículo 4:106 [que transcribo *infra*, nota 849, y para su comentario nota, 860 c)].

(3) Por lo demás y con los ajustes que correspondan, se aplicarán a la indemnización por daños y perjuicios las disposiciones correspondientes de la sección 5 del capítulo 9»⁶⁹.

[B] *Los textos del DCFR*

Artículo II.-7:205 DCFR (versión española): «Dolo

(1) Una parte puede anular un contrato cuando ha sido inducida a contratar mediante una declaración dolosa de la otra, sea de palabra o de acto, o porque le ha ocultado dolosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado conforme al principio de buena fe contractual o hubiera cumplido con su deber de información precontractual.

(2) Una declaración falsa es dolosa si se hace con el conocimiento o en la creencia de que la declaración es falsa y su finalidad es que el destinatario incurra en un error.

(3) Para determinar si, de acuerdo con la buena fe contractual, una parte tenía la obligación de comunicar a la otra una información concreta, deberá atenderse a todas las circunstancias, entre ellas:

- (a) si la parte tenía conocimientos especializados sobre la materia;
- (b) el coste para la parte de obtener la información relevante al respecto;
- (c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por otros medios; y
- (d) la importancia que, aparentemente, tenía dicha información para la otra parte»⁷⁰.

⁶⁹ BARRES BENLLOCH/EMBED IRUJO/MARTÍNEZ SANZ (2003) p. 406; otra traducción al español en Díez-Picazo/Roca Trías/Morales (2002) pp. 46-47.

Artículo 4:117 PECL (versión oficial): «Damages/ (1) A party which avoids a contract under this Chapter may recover from the other party damages so as to put he avoiding party as nearly as possible into the same position as if it had non concluded the contract, provided that the other party knew or ought to have known of the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage./ (2) If a party has the right to avoid a contract under this Chapter, but does not exercise its right or has lost its right under the provisions of Articles 4:113 [Time Limits] [artículo este que transcribo *infra*, nota 902 b)] or 4:114 [Confirmation], it may recover, subject to paragraph (1), damages limited to the loss caused to it by the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage./ The same measure of damages shall apply when the party was misled by incorrect information in the sense of Article 4:106 [Incorrect Information] [que transcribo *infra*, nota 849]./ (3) In other respects, the damages shall be in accordance with the relevant provisions of Chapter 9, Section 5, with appropriate adaptations» [Lando/Beale (ed.) (2000) p. 50].

⁷⁰ Revisión de la traducción por Bosch Capdevila (2015) p. 105.

Artículo II.-7:205 DCFR (versión oficial): «Fraud/ (1) A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by a fraudulent misrepresentation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual information duty, required that party to disclose./ (2) A misrepresentation is fraudulent if it is made with knowledge or belief that the representation is false and is intended to induce the person from whom the information is withheld to make a mistake./ (3) In determining whether good faith and fair dealing required a party to disclose particular information, regard should be had to all circumstances, in-

Artículo II.-7:207 DCFR (versión española): «Explotación indebida

(1) Una parte puede anular un contrato si, en el momento de su conclusión:

(a) tenía una relación de dependencia o de confianza con la otra, se encontraba en dificultades económicas o tenía necesidades urgentes, era imprevisora, ignorante, inexperta o carente de habilidad en la negociación; y

(b) esta otra parte lo sabía o es razonable suponer que lo sabía y, atendidas las circunstancias y la finalidad del contrato, se aprovechó de la situación de la primera parte para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta.

(2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el juez puede, si lo considera oportuno, adaptar el contrato con el fin de ajustarlo a lo que se hubiera acordado si se hubiesen respetado las exigencias de la buena fe contractual.

(3) El juez también podrá adaptar el contrato a petición de la parte que haya recibido la notificación de su anulación por explotación indebida, siempre que ésta informe sin demora excesiva a la que solicitó su anulación y antes de que dicha parte actúe en consecuencia»⁷¹.

Artículo II.-7:214 DCFR (versión española): «Indemnización por daños

(1) La parte que, conforme [a] las reglas de la presente Sección, tiene derecho a anular el contrato (o que tenía dicho derecho antes de perderlo por caducidad o por confirmación del contrato), está legitimada, tanto si el contrato es anulado como si no, para solicitar a la otra parte una indemnización por los daños sufridos a consecuencia del error, dolo, coacción, amenazas o explotación injusta, siempre que esta otra parte conociese o fuera razonable esperar que conociese dicha causa de anulación del contrato.

(2) La indemnización que pueda solicitar la parte perjudicada es la que, en la medida de lo posible, le permita volver a colocarse en la misma situación en la que se encontraría si el contrato no se hubiese celebrado, con la limitación adicional de que, si dicha parte perjudicada no anula el contrato, la indemniza-

cluding:/ (a) whether the party had special expertise;/ (b) the cost to the party of acquiring the relevant information;/ (c) whether the other party could reasonably acquire the information by the other means; and/ (d) the apparent importance of the information to the other party» [Von Bar/Clive (ed.) (2009) p. 492].

⁷¹ Revisión de la traducción por BOSCH CAPDEVILA (2015) p. 106. Para las explicaciones *oficiales* de la figura *infra*, nota 115.

Artículo II.-7:207 DCFR (versión oficial): «Unfair exploitation/ (1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:/ (a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill; and/ (b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage./ (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been observed./ (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair exploitation, provided that this party informs the party who gave the notice without undue delay after receiving it and before that party has acted in reliance on it» [Von Bar/Clive (ed.) (2009) p. 507].

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

ción no podrá exceder de las pérdidas causadas por el error, dolo, coacción, amenazas o explotación injusta»⁷².

[C] *Los textos de los Principios UNIDROIT 2016*

Artículo 3.2.5 Principios UNIDROIT 2016 (versión oficial): «(Dolo)

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial»⁷³.

Artículo 3.2.7 Principio UNIDROIT 2016 (versión oficial): «(Excesiva desproporción)

(1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

(a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y

(b) la naturaleza y finalidad del contrato.

(2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

(3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el

⁷² Revisión de la traducción por BOSCH CAPDEVILA (2015) p. 108.

Artículo II.-7:214 DCFR (versión oficial): «Damages for loss/ (1) A party who has the right to avoid a contract under this Section (or who had such a right before it was lost by the effect of time limits or confirmation) is entitled, whether or not the contract is avoided, to damages from the other party for any loss suffered as a result of the mistake, fraud, coercion, threats or unfair exploitation, provided that the other party knew or could reasonably be expected to have known of the ground for avoidance./ (2) The damages recoverable are such as to place the aggrieved party as nearly as possible in the position in which that party would have been if the contract had not been concluded, with the further limitation that, if the party does not avoid the contract, the damages are not to exceed the loss caused by the mistake, fraud, coercion, threats or unfair exploitation./ (3) In the others respects the rules on damages for non-performance of a contractual obligation apply with any appropriate adaptation» [Von Bar/Clive (ed.) (2009) p. 528].

⁷³ Para este artículo 3.2.5 Principios UNIDROIT 2016 y para los dos siguientes que transcribo en el cuerpo del texto, artículos 3.2.7 y 3.2.16 Principios UNIDROIT 2016, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>, *Black-letter rules Spanish.docx*

contrato. Se aplicará, por consiguiente, el párrafo (2) del Artículo 3.10 [*sic*; 3.2.10]»⁷⁴.

Artículo 3.2.16 Principios UNIDROIT 2016 (versión oficial): «(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».

b) La *segunda advertencia* metodológica es sobre los *derecho civil estatal, catalán y navarro*.

b.1) Y así, para el *derecho civil estatal*, analizo *lo manifestado por los autores y el Tribunal Supremo*. Para *los autores*, procuro recoger la doctrina de quiénes han sido y son especialistas en la materia. Además, me ha interesado dar particular cuenta de lo que opinaban al respecto los más significativos autores del derecho civil del siglo XIX previos al Código civil (Gutiérrez Fernández, Gómez de la Serna, Del Viso, Escriche) y los más relevantes y primeros comentaristas del Código civil (Scaevola, Manresa y Navarro). Actuar de este modo me permite comprobar *el estado de una cuestión en un dado momento temporal y percibir en qué medida ha, o no, habido evolución*.

Por lo que respecta a la *jurisprudencia del Tribunal Supremo*, que expongo en el trabajo *tras* la doctrina de los autores, *selecciono* qué sentencias desarrollo, *bien* por considerar que es sentencia *emblemática (de cita clásica)*, *bien* por entender que *ilustra adecuadamente* el problema que expongo y oportuna solución, *ello independientemente de la mayor o menor antigüedad de la resolución*. Si bien en el trabajo expongo la esencia (o el resumen básico) de los hechos del caso, algo clave en el estudio de una figura como la del dolo, al trabajo adjunto un *Anexo de sentencias* en donde describo con mayor detalle los hechos y decisiones de primera y segunda instancia y del Tribunal Supremo. Finalmente advierto, que de algunas sentencias doy cuenta *en diversos apartados del trabajo* por su interés para el concreto aspecto que del dolo expongo y, a fin de evitar al lector la incomodidad de tener que ir a buscar la

⁷⁴ En las versiones de 1994 y 2004 de los Principios UNIDROIT, el artículo 3.10 era el equivalente al *posterior* y que reproduzco en el cuerpo del texto, artículo 3.2.7 Principios UNIDROIT (en las versiones 2010 y 2016).

Para las explicaciones *oficiales* del artículo 3.2.7 Principios UNIDROIT 2016, *infra* nota 155 a); sobre cómo se llegó a la redacción de la excesiva desproporción de los Principios UNIDROIT, *infra* nota 155 b).

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

oportuna referencia previa, reitero la esencia o resumen básico de los hechos cada vez que desarrolle dicha sentencia.

b.2) *En cuanto a los derechos catalán y navarro*, me centro en la oportuna consulta de los autores, sin perjuicio de que haga alguna que otra mención y análisis de sentencias.

c) La *tercera advertencia* metodológica se refiere al *derecho comparado*. A él acudo cuando lo preciso *por las propias necesidades de mi estudio del derecho interno*. Por ejemplo, para mi *exposición sobre el derecho civil estatal*, consulto el *Traité du dol et de la fraude* de Chardon, o el *Avant-Projet de révision du Code civil* de Laurent por su influencia en el Anteproyecto de Código civil 1882-1888. De Laurent también consulto sus *Principes du Droit Civil*. La misma justificación, la de su influencia en el Proyecto de Código civil 1882-1888, guía mi consulta de las notas de Vélez Sarsfield al Código civil argentino de 1869. *Y otro mero ejemplo más*. De Rogron consulto sus comentarios al Código civil francés, motivado en que, cuando García Goyena comenta la regulación del dolo del Proyecto de Código civil de 1851, acude a dicho autor.

CAPÍTULO I

EL DOLO EN EL DERECHO CIVIL ESTATAL

1. LA ESTRUCTURA DE MI ANÁLISIS

[6] *En primer lugar*, reproduzco distintos textos jurídicos sobre el dolo, de los que me sirvo en mi posterior exposición. En concreto, reproduzco los artículos del Código civil que regulan el dolo en los contratos. Tras ello, hago lo correspondiente para los antecedentes españoles más próximos al Código civil, como los Proyectos de Código civil de 1836 y 1851 y el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888. Asimismo, presento los artículos sobre el dolo del derogado Código civil argentino de 1869, que influyó en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, y también presento los artículos del vigente Código civil y comercial argentino de 2015. Luego, me ocupo de las Partidas de Alfonso X el Sabio. Y finalizo con la reproducción de algunos textos del Digesto y del Código.

En segundo lugar, procedo al concreto análisis de la regulación del dolo del Código civil para los contratos. Analizo aquí el concepto de dolo, sus requisitos y efectos, empleando, como antes avancé, la doctrina de los autores y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

2. LA PRESENTACIÓN DEL DOLO EN EL CÓDIGO CIVIL. ANTECEDENTES (TEXTOS JURÍDICOS)

[7] El artículo 1265 CC *enumera* los vicios del consentimiento. Del *dolo*, se ocupan, específicamente, los artículos 1269 y 1270 CC.

[A] *Los textos del Código civil*

Artículo 1265 CC: «Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo»⁷⁵.

Artículo 1269 CC: «Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho».

Artículo 1270 CC: «Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes.

El dolo incidental solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios»⁷⁶.

[8] Los artículos 966 y 976 a 979 del Proyecto de Código civil de 1836, los artículos 988, 992 y 993 del Proyecto de Código civil de 1851 y los artículos artículos 1278, 1282 y 1283 del Anteproyecto de Código civil 1882-1888 son los preceptos equivalentes a los antes reproducidos artículos 1265, y 1269 y 1270 CC.

[A] *Los textos del Proyecto de Código civil de 1836*

Artículo 966 PCC 1836: «No es válido el consentimiento cuando ha sido prestado por error, arrancado por violencia o conseguido con dolo».

Artículo 976 PCC 1836: «La ley declara que hay dolo cuando, con palabras engañosas o con maquinaciones, induce uno a otra persona a celebrar un contrato de tal manera que sin aquel engaño no hubiera contratado».

Artículo 977 PCC 1836: «El dolo nunca se presume y es necesario probarlo».

Artículo 978 PCC 1836: «Cuando el dolo no es causa del contrato, sino que sobreviene durante éste, no causa nulidad; pero el que engañó estará obligado a indemnizar al que padeció el engaño».

[B] *Los textos del Proyecto de Código civil de 1851*

Artículo 988 PCC 1851: «No es valido el consentimiento prestado á virtud de instrumentos falsos ó por error, ni el arrancado por violencia, intimidacion ó dolo».

⁷⁵ Para el artículo 1265 CC, MANRESA Y NAVARRO apunta *en 1901*: «Códigos extranjeros.— Principio general, universalmente aceptado, el contenido en este artículo, tiene también su expresión en el 988 de nuestro Proyecto de 1851, y en los 1109 del código francés; 1357 del holandés; 1108 del italiano; 656 del portugués; 18, 24 y 26 del federal suizo de obligaciones; 869 y siguientes del austriaco; 1813 del de la Luisiana; 1414 del de Guatemala; 1372 del de Honduras; 1080 del de Venezuela; 1508 del de Colombia; 1106 del de Bolivia; 1451 del de Chile; 1158 del argentino, 1230 del uruguayo» [«Artículo 1265» (1901) p. 610].

⁷⁶ Para los artículos 1269 y 1270 CC, MANRESA Y NAVARRO apunta *en 1901*: «Códigos extranjeros.— Concuerdan estos artículos [1269 y 1270 CC] con la doctrina contenida en los 992 y 993 de nuestro Proyecto de 1851, y corresponden á los 1116 del código francés; 1364 del holandés; 1115 del italiano; 663 del portugués; 24 y 25 del federal suizo de obligaciones; 874 del austriaco; 123 del alemán; 519 del general de los bienes de Montenegro; 1841 y 1842 del de la Luisiana; 1413 y 1414 del de Méjico; 1409 y 1411 del de Guatemala; 1376 y 1377 del de Honduras; 1087 del de Venezuela; 1515 del de Colombia; 1458 y 1459 del chileno; 931, 932 y 934 del argentino, 1236 del uruguayo» [«Artículos 1269 y 1270» (1901) pp. 625-626].

Artículo 992 PCC 1851: «Hay dolo, cuando con palabras ó maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contrayentes, es inducido el otro á celebrar un contrato que en otro caso no hubiera otorgado»⁷⁷.

Artículo 993 PCC 1851: «El dolo incidente en los contratos no produce la nulidad de estos».

[C] *Los textos del Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*

Artículo 1278 APCC 1882-1888: «Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo (988 Proy. [esto es, del PCC 1851])»⁷⁸.

Artículo 1282 APCC 1882-1888: «Hay dolo, cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contrayentes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera otorgado. (992 Proy. [esto es, del PCC 1851])»⁷⁹.

Artículo 1283 APCC 1882-1888: «Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. (Nuevo: 932 argentino, menos el § 3.º).

El dolo incidente sólo impone al que lo empleó la obligación de indemnizar daños y perjuicios. (1066 Laurent y 934 argent.)»⁸⁰.

[9] Se habrá apreciado *supra*, [8] [C], que para el *párrafo I* del artículo 1283 APCC 1882-1888 se indica que *es* «Nuevo» (cursiva mía) y *se cita al artículo 932 CCA*. En cuanto al *párrafo II* del artículo 1283 APCC, *se menciona al artículo 934 CCA*. A continuación voy a reproducir los artículos 932 y 934 CCA y también el resto del articulado del dolo del Código civil argentino de 1869, en donde se hace remisión a los artículos 941, 942 y 943 CCA, referidos estos últimos a la fuerza o intimidación. En las notas a pie de página de cada uno de esos artículos transcribo, además, las oportunas e interesantes anotaciones de Vélez Sársfield⁸¹. Por último,

⁷⁷ En la STS, 1.ª, 05.09.2012 (Pte. Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel), a propósito del dolo omisivo y en su FD 3.º, que transcribo *infra*, [55] [A.5], se menciona este artículo 992 PCC 1851. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

⁷⁸ LASSO GAITE (1970) p. 670.

⁷⁹ LASSO GAITE (1970) p. 670.

En la STS, 1.ª, 05.09.2012 (Pte. Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel), a propósito del dolo omisivo y en su FD 3.º, que transcribo *infra*, [55] [A.5], se menciona este artículo 1282 APCC 1882-1888 PCC 1851. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

⁸⁰ LASSO GAITE (1970) pp. 670-671.

⁸¹ Trabajo con el libro *Código civil con las anotaciones de Vélez Sársfield y Leyes Complementarias*, ediciones Arayú, Librería Editorial Depalma, Buenos Aires, 1952. En la nota preliminar de este libro y en lo que me interesa, el editor informa: «En cuanto a las notas, con respecto a las cuales, por no ser texto legal, el editor puede tomarse algunas libertades mayores, se ha seguido fundamentalmente la edición del Establecimiento «La Pampa», Buenos Aires, 1883, en la que se corrigieron múltiples errores de la de Nueva York, siguiendo las indicaciones que formulara Segovia [apellido, mayúsculas en el original]; por nuestra parte, hemos salvado algunos en que incurrió la edición de «La Pampa» y que no existían en la de Nueva York, y también otros evidentes de ambas ediciones; la mayoría de estas diferencias consisten

transcribo los artículos 271 a 275 del vigente Código civil y comercial argentino de 2015 que regulan el dolo.

[A] *Los textos del Código civil argentino de 1869*

Artículo 931 CCA: «Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin»⁸².

Artículo 932 CCA: «Para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes:

- 1.º Que haya sido grave;
- 2.º Que haya sido la causa determinante de la acción;
- 3.º Que haya ocasionado un daño importante;
- 4.º Que no haya habido dolo por ambas partes»⁸³.

Artículo 933 CCA: «La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa»⁸⁴.

Artículo 934 CCA: «El dolo incidente no afectará la validez del acto; pero el que lo comete debe satisfacer cualquier daño que haya causado. Es dolo incidente el que no fue causa eficiente del acto»⁸⁵.

Artículo 935 CCA: «El dolo afectará la validez de los actos entre vivos, bien sea obra de una de las partes, o bien provenga de tercera persona. Si proviene de tercera persona, regirán los artículos 941, 942 y 943»⁸⁶.

en errores en las citas, que aparecen rectificadas./ En síntesis, podemos decir que en la presente edición [...], y en cuanto a las notas, que han sido depuradas para que la búsqueda de los antecedentes no ofrezca dificultades a quien la realice» [(1952) p. VIII].

⁸² VÉLEZ SARFIELD: «931.- La ley romana define el dolo: *Omnis calliditas, fallatio, machinatio ad fallendum alterum aut decipiendum adhibita* (L. 1, § 2, Dig. De dolo). Según los intérpretes, *calliditas* significa la disimulación artificiosa; *fallatio*, el lenguaje embustero; *machinatio*, la intriga urdida para conseguir el objeto. Esta definición abraza efectivamente todos los medios que se pueden emplear para engañar. La definición de la Ley de Partida casi es igual: *Enartamiento, dice, que fazen algunos omes los unos a los otros, por palabras mentirosas, o encubiertas, e coloradas, que dizen con intención de los engañar e de los decebir*. L. 1, Tít. 16, Part. 7.ª Falta la expresión correspondiente a *calliditas* de la ley romana; pero designando la ley de Partida las acciones dolosas, dice: *La segunda es, quando preguntan algun ome sobre alguna cosa, e el callasse engañosamente*

Conforme con el artículo: Cód. francés, art. 1116 – napolitano, 1070 – sardo, 1203 – holandés, 1364 – de Luisiana, 1844 – Sobre las diferencias entre el dolo y el fraude, Chardon [apellido, mayúsculas en el original] las expone en el tomo I, pág. 4, *Del Dolo y Fraude*» [cursiva del original; «Anotación del artículo 931» (1952) p. 222].

⁸³ *Infra*, [66] [A] transcribo la anotación del artículo 932 CCA.

⁸⁴ VÉLEZ SARFIELD: «933. – Las citas del art. 928. Véase L. 1, tít. 16, Part. 7.ª» [«Anotación del artículo 933» (1952) p. 223].

Y esas citas del artículo 928 CCA son: «Véase sobre las cualidades accidentales de las cosas, L. 10, Tít. 2 Part. 4.ª» («Anotación del artículo 928», p. 221).

⁸⁵ Transcribo la anotación del artículo 934 CCA *infra*, [60] [B.1].

⁸⁶ VÉLEZ SARFIELD: «935. – Así está dispuesto en el art. 942 respecto a los actos ejecutados por violencia o intimidación. Los autores en general no dan este efecto al dolo de un tercero, y con ellos está

Artículo 941 CCA: «La fuerza o la intimidación hacen anulable el acto, aunque se haya empleado por un tercero que no intervenga en él»⁸⁷.

Artículo 942 CCA: «Si la fuerza hecha por un tercero, fuese sabida por una de las partes, el tercero y la parte sabedora de la fuerza impuesta, son responsables solidariamente para con la parte violentada, de la indemnización de todas las pérdidas e intereses»⁸⁸.

Artículo 943 CCA: «Si la fuerza hecha por un tercero, fue ignorada por la parte que se perjudica con la nulidad del acto, el tercero será el único responsable de todas las pérdidas e intereses»⁸⁹.

[B] *Los textos del Código civil y comercial argentino de 2015*

Artículo 271 CCCA: «Acción y omisión dolosa.

Acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación».

Artículo 272 CCCA: «Dolo esencial.

El dolo es esencial y causa la nulidad del acto si es grave, es determinante de la voluntad, causa un daño importante y no ha habido dolo por ambas partes».

Artículo 273 CCCA: «Dolo incidental.

El dolo incidental no es determinante de la voluntad; en consecuencia, no afecta la validez del acto».

Artículo 274 CCCA: «Sujetos.

El autor del dolo esencial y del dolo incidental puede ser una de las partes del acto o un tercero».

Artículo 275 CCCA: «Responsabilidad por los daños causados.

El autor del dolo esencial o incidental debe reparar el daño causado. Responde solidariamente la parte que al tiempo de la celebración del acto tuvo conocimiento del dolo de tercero».

conforme Goyena [apellido, mayúsculas en el original], art. 992. La razón es de muy poco peso. Dicen que la violencia quita la libertad al consentimiento, mientras que el dolo no impide que las partes hayan consentido libremente; pero debía decirse que han consentido engañadas sobre la causa principal del acto. Tampoco la violencia quita la libertad, rigurosamente hablando, porque ha podido elegirse el mal mayor. En nuestras leyes, cuando el dolo da causa al acto, no se hace diferencia si es causado por una de las partes o por un tercero» [«Anotación del artículo 935» (1952) p. 223].

⁸⁷ VÉLEZ SARSFIELD: «941.– Cód. francés, art. 1111 – napolitano, 1065 – sardo, 1198 – holandés, 1359 – de Luisiana, 1844. – Pero el Cód. de Baviera, Lib. 1, Cap. 4, art. 25, establece lo contrario, y sólo concede recurso contra el tercero, autor de la violencia o miedo. El Cód. de Austria, art. 875, sólo anula el acto cuando el tercero ha ejercido la violencia, a instigación o con conocimiento de una de las partes. Las leyes romanas son conformes al artículo: L. 9, § 1, Tít. 2, Lib. 4, Dig., y L. 5, Tít. 20, Lib. 2, Cód. romano. Ha faltado la libertad de acción, y poco importa la persona que nos haya privado de ella» [«Anotación del artículo 941» (1952) p. 225].

⁸⁸ VÉLEZ SARSFIELD: «942. – Véase L. 3, Tít. 16, Part. 7.^a, verso otro sí.– L. 17, Tít. 3, Lib. 4, Dig.» [«Anotación del artículo 942» (1952) p. 225].

⁸⁹ VÉLEZ SARSFIELD: «943. – Regla 18, Tít. 34, Part. 7.^a» [«Anotación del artículo 943» (1952) p. 225].

[10] Asimismo se habrá apreciado *supra*, [8] [C], que para el artículo 1283.II APCC se cita además al artículo 1066 del *Avant-Projet de révision du Code civil* de Laurent. Este artículo 1066 AP Laurent es el único del citado *Avant-Projet* que regula el dolo vicio del consentimiento.

[A] *El texto del Avant-Projet de révision du Code civil de Laurent*

Artículo 1066 AP Laurent: «(C. N., 1116.⁹⁰)

Le dol est une cause de nullité de la convention, lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles que, sans ces manoeuvres, l'autre n'aurait pas contracté. Toutes autres tromperies donnent lieu à une action en dommages-intérêts»⁹¹.

[11] *Retornando a los antecedentes nacionales*, en las Partidas de Alfonso X el Sabio interesan la P 5.5.57 que se ocupa del dolo causal y del incidental; la P 7.16.1, que versa sobre sobre las modalidades de engaño; la P 7.16.2, que diferencia el dolo bueno y el malo, y explica; y la P 7.16.3, sobre la legitimación activa y prueba del dolo, y sobre la legitimación pasiva.

[A] *Los textos sobre el dolo de las Partidas*

P 5.5.57: «Cómo la vëndida que es fecha engañosamente se debe desfacer

Heredat, ó casa, ó viña ó otra cosa qualquier habiendo algunt home en algunt logar do non estodiese nin sopiese quanto valie, nin la hobiese nunca vista, et non habiendo voluntat de la vender, si otro alguno moviese razones engañosamente, de manera que gela hobiese á vender; decimos que tal vëndida como esta se puede desfacer, et non vale, quier sea fecha por menos de lo que vale quier non. Mas si este cuya fuese la cosa hobiese voluntad de la vender, et el comprador le ficiese engaño encobriendol alguna cosa de las que pertenescen á la heredat ó á la cosa que vendie, ó faciendol creer engañosamente que maguer algunas cosas pertenesciesen á la heredat, dixiese que estaban en poder de alguno que eran malas de cobrar, ó que eran perdidas; entonce decimos que valdrie la vëndida, porquel vendedor hobo voluntad de la facer; pero el comprador es tenuto de emendarle aquel engaño quel fizó, de manera que haya el prescio derecho que podrie valer aquella cosa quel vendió con las sus pertenencias quel fueron engañosamente encobiertas».

P 7.16.1: «Qué cosa es engaño et cuántas manera son dél.

Dolus en latin tanto quiere decir en romance como engaño: et engaño es enartamiento que los homes facen unos á otros por palabras mintrosas, ó encubiertas ó coloradas que se dicen con entencion de los engañar ó de los decebir: et

⁹⁰ Se trata del artículo 1116 del Código de Napoleón, luego Código civil, y *artículo hoy derogado*: «Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Il ne se présume pas, et doit être prouvé».

⁹¹ LAURENT (1884) pp. 30-31.

á este engaño dicen en latin *dolus malus*, que quiere tanto decir como mal engaño. Et como quier que los engaños se fagan en muchas maneras, las principales dellas son dos: la primera es quando se face por palabras mintrosas á arteras; la segunda es quando preguntan á algunt home sobre alguna cosa, et é calla engañosamente non queriendo responder; et si responde dice palabras encubiertas, de manera que por ellas non se puede home guardar del engaño»⁹².

P 7.16.2: «Qué departimiento ha entre los engaños

Departimiento ha entre los engaños; ca tales hi ha dellos que son buenos et atales que son malos. Et los buenos son aquellos que los homes facen con entencion buena, asi como por prender los ladrones, ó los robadores ó algunos otros que fuesen malos ó dañosos al rey ó á los otros de su señorío; ó los que fuesen fechos contra los enemigos conocidos, ó contra otros que non fuesen enemigos et se trabajan de buscar mal engañosamente á algunos, et ellos por se guardar de su engaño engañan á aquellos que los quieren engañar. Et los engaños malos son todos los otros que son contrarios destos. Pero como quier que puede home engañar sus enemigos, con todo eso non lo debe facer en aquel tiempo que ha tregua ó seguridad con ellos, porque la fe et la verdat que home promete débela guardar enteramente á todo home de qual ley quier que sea, maguer sea su enemigo».

P7.16.3: «Quién puede demandar enmienda del engaño, et ante quién et á cuáles

El que recibió el engaño ó sus herederos pueden demandar emienda dél, querellándose antel judgador del lugar, et probando el engaño que les fue fecho. Otrosi decimos que si el engaño es fecho en razon de vëndida, ó de compra ó de camio, ó sobre algunt otro pleito ó postura que los homes facen entre sí, tenudos son los herederos del engañador de facer emienda dél, tambien como aquel de

⁹² En diversas ocasiones, el Tribunal Supremo se refiere a esta P. 7.16.1. *Por ejemplo*, en:

a) La STS, 1.ª, 21.06.1978 (Pte. Excmo. Sr. Jaime de Castro García) y a propósito del dolo omisivo: «no permiten entender que en las vendedoras haya existido una conducta o comportamiento con valor de elemento objetivo del «dolus causam dans» por su índole engañosa y además informado por el «animus decipiendi» o elemento subjetivo, consistente en el turbio propósito de inducir a la contraparte a realizar la declaración viciada, ya que no hay constancia alguna de que fuesen utilizadas palabras o maquinaciones al efecto como conducta insidiosa para provocar la declaración negocial, y aun cuando sea admisible el dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe a [sic; o] los usos del tráfico (el callarse «engañosamente non queriendo responder o si responde dice palabras encubiertas, de manera que por ellas non se puede ome guardar de engaño». Partida séptima, título 16, Ley primera)» (cursiva mía; FD 5.º). Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

b) La STS, 1.ª, 03.02.1981 (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García) y para el dolo omisivo, en su cdo 3.º que transcribo *infra*, [32] [A]. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

c) La STS, 1.ª, 26.10.1981 (Pte. Excmo. Sr. Carlos de la Vega Benayas) y para el dolo omisivo, en su cdo 5.º que transcribo *infra*, [80] [B]. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

d) La STS, 1.ª, 18.07.1988 (Pte. Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López) y para el dolo activo, en su FD 7.º: «[...] y no debe de señalar la doctrina de los autores la amplitud de la noción que viene impuesta por los antecedentes históricos del «Dolum malum» como toda astucia, falacia, o maquinación empleada para suspender, ingeniar o defraudar a otros, que ha pasado a las Partidas como «mal engaño que hacen algunos ornes los unos a los otros por palabras mentirosas o encubiertas que dicen con intención de los engañar e de los recibir» (sentencia 3 de febrero de 1981)» [para esta última sentencia, la anterior b) de esta misma nota].

Y e) la STS, 1.ª, 05.09.2012 (Pte. Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel) y para el dolo omisivo, en su FD 3.º; al respecto *infra*, [55] [A.5]. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

quien ellos heredaron. Mas si el engaño non fuese fecho sobre tal pleyto como alguno destos sobredichos ó sobre otro que le semejase, mas en alguna otra manera en que cayese maldad que no hobiese nombre señalado, asi como adelante se muestra, estonce los herederos del que lo ficiese non serien tenudos de facer emienda dél, fueras ende en tanto quanto se acreció lo que ellos heredaron por razon del engaño et no mas. Otrosi decimos que si muchos se acertasen de so uno á facer algunt engaño, que á cada uno dellos puede demandar el que lo recibió quel faga emienda dél; pero desque hobiese recebido enteramente emienda de alguno de los engañadores, dende adelante non puede demandar mas á ninguno de los otros».

*Y aunque no se ocupe del dolo, sino de la lesión en más de la mitad, llamada engaño en más de la mitad, interesa la P 5.5.56 (y también la ley 2.^a del título 1.^o del Libro 10 de la Novísima Recopilación, que transcribo *infra*, nota 771). Advier-to que la primera parte de la precitada P 5.5.56 se ocupa de la fuerza y del miedo.*

[B] *El texto sobre el engaño en más de la mitad (lesión) de las Partidas*

P 5.5.56: «Cómo se puede desfacer la vëndida que es fecha por fuerza, ó por miedo, ó en que fue fecho engaño de mas de la meytad del derecho prescio

Por miedo ó por fuerza comprando ó vendiendo algunt home cosa de otro, non debe valer, ante decimos que debe seer desfecha la compra, si fuere probado que la fuerza et el miedo fue atal que lo hobo de facer maguer le pesase. Et como quier que tal vëndida como esta fuese firmada por jura, ó por peños, ó por fiadura ó por pena que fuese hi puesta, non debe valer; ca pues que la compra ó la vëndida, que es el principal, non vale, non deben seer valederas las otras cosas que fueron puestas por razon della. Otrosi decimos que se puede desfacer la vëndida que fuese fecha por menos de la meytad del derecho prescio que podiera valer en la sazón que la ficieron; ca si el vendedor podiere esto probar, puede demandar al comprador que cumpla sobre aquello quel habie dado, tanto quanto la cosa podrie entonce valer segunt derecho: et si esto non quisiere facer el comprador, debe desamparar la cosa al vendedor, et rescebir dél el prescio quel habie dado por ella. Et por menos del derecho prescio serie fecha la vëndida quando la cosa valiese diez marevedis, et fuese vendida por menos de cinco. Otrosi decimos que si el comprador podiese probar que dió por la cosa mas de la meytad del derecho prescio que podiera valer en aquella sazón que la compró, que puede demandar que se desfaga la compra ó que baxen del prescio aquello que de mas dio: esto serie como como si la cosa valiese diez maravedis, et diese por ella mas de quinze. Et esto decimos que puede facer et demandar al vendedor ó el comprador, non seyendo la cosa que se vendió perdida, nin muerta nin mucho menos empeorada; ca si alguna destas cosas le acaesciese, non podrie después facer tal demanda. Otrosi decimos que si el comprador ó el vendedor jurase quando ficiese la vëndida ó la compra que maguer la cosa valiese mas ó menos, que nunca podiese demandar que fuese desatada la vëndida, si fure mayor de catorce años el que vendio quando la jura fizo, debe seer guardada la jura, et non se puede entonce desatar la compra nin la vëndida por tal razon; mas si fuese

menor de catorce años, non valdrie la jura, et desatarse hie la compra ó la vendida, tan bien como si non hobiese jurado»⁹³.

[12] En cuanto al derecho romano, del Digesto y para el dolo interesan los siguientes textos, cuyo contenido apunto a continuación escuetamente: D 4.2.14.13, referido a que, el que causó miedo, está también obligado por dolo; D 4.3.1 principio, que señala que la finalidad del Edicto del pretor es contra los falaces y dolosos; D 4.3.1.1 acerca de que si hubiere dolo malo y no hubiera otra acción, habiendo justa causa, se dará acción; D 4.3.1.2 acerca de cómo ha de entenderse el *dolus malus* y D 4.3.1.3 sobre el *dolus bonus*; D 4.3.7 sobre el menor de veinticinco años, engañado por su esclavo, manumitiéndolo el comprador, y dándose la acción de dolo contra el esclavo; D 4.3.7.3, en cuanto que la acción de dolo ha de darse, si no hubiera otra acción y si se dudare que la haya; D 4.3.9, sobre la venta de herencia, no habiendo acción de dolo al bastar la de venta; D 4.3.18.3 a propósito del dolo de tercero; D 4.3.36[37] para el dolo recíproco; D 4.3.37[38] sobre lo que dijo el vendedor por recomendación (no hay acción) o por engaño (hay acción de dolo); D 4.4.16.4 sobre la licitud de engañar en el precio por vendedor y comprador; D 17.2.3.3, en donde, habiéndose referido a la sociedad, se apunta que la buena fe es contraria al fraude y al dolo; D 18.1.57.3 referi-

⁹³ ÁLVAREZ VIGARAY/DE AYMERICH DE RENTERÍA sintetizan las normas de la P 5.5.56 *sobre la rescisión por lesión* así: «1.º) Admite, al igual que el Derecho justineano, la rescisión de la venta hecha por menos de la mitad del «derecho precio que podría valer en la sazón en que la facieron»; 2.º) De mismo modo que ya había hecho el Fuero Real, extiende el ámbito objetivo de aplicación del remedio a las cosas muebles, al no hablar para nada de la naturaleza inmueble de la cosa; 3.º) Además, reconoce al comprador un derecho paralelo de rescisión, siempre que pueda probar que dio la cosa por su valor y más de la mitad del mismo. Rechaza, pues, la opinión de Placentino [autor, mayúsculas en el original] que, como se indicó, exigía en este caso una lesión *ultra duplum* [sobre esto, en esta misma nota, el siguiente párrafo]; 4.º) La posibilidad que se deja al vendedor, o en su caso, al comprador, para evitar la rescisión, devolviendo el exceso de lo percibido como justo precio, pagando el suplemento, hasta alcanzar el justo precio, se configuran como obligación facultativa (no alternativa) y, por ello, si la cosa perece e, incluso, si se deteriora, no hay lugar a la rescisión; 5.º) Admite que la facultad de rescindir puede excluirse por juramento, si el que lo presta es mayor de catorce años, pero no si es menor de esta edad; 6.º) Al igual que el Derecho justineano deja en la incertidumbre, sobre si el cauce procesal para obtener la rescisión es una *restitutio in integrum*, una *condictio*, o las *actionis emptio et venditi*; 7.º) No fija expresamente un plazo de prescripción» [cursiva del original; (1989) p. 31].

Y sobre la mención que ÁLVAREZ VIGARAY/DE AYMERICH DE RENTERÍA hacen de Placentino: «Sin duda, corresponde a los glosadores el mérito de haber extendido el ámbito de aplicación del remedio de la *lex secunda*, que [...], en el Derecho Justiniano aparecía vinculado a la venta de fundos y la lesión sólo podía ser alegada por el vendedor. Por el contrario, los glosadores permitieron que pudiera invocarlo también el comprador, cuando el precio por él pagado resulte superior en una mitad al estimado como justo. / Se planteó, con todo, la inverosímil discusión de que si para que el comprador pudiera alegar la lesión debería haber pagado el precio justo y la mitad más (por ejemplo, si el precio justo era 10 que hubiera comprado por 16 o más), lo cual fue mantenido, entre otros, por Azón [autor, mayúsculas en el original], o si debería haber pagado el precio justo y el doble más de su valor (en el ejemplo 21 o más), según opinaba Placentino [autor, mayúsculas en el original]. Ni que decir tiene que esta última opinión rayaba en lo absurdo, pues, según ella, la lesión debería ser uno [*sic*; no] *ultra dimidium* sino *ultra duplum*» (cursiva del original; p. 25).

Sobre la P 5.5.56, también ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES (2010) pp. 51-54.

do a la compensación de los dolos entre vendedor y comprador; D 19.1.13[14] sobre si el vendedor vendió con dolo la casa para obtener más precio, dándose la acción de compra; D 44.4.4.13 en el que se indica que a la excepción de dolo no se da réplica; y D 50.14.2 para el dolo de tercero.

[A] *Los textos del Digesto*

D 4.2.14: «§ 13— Es cierto que el que causó miedo está también obligado por el dolo; y así lo cree Pomponio; y que una acción se extingue por la otra, opuesta la excepción por el hecho»⁹⁴.

D 4.3: «1. ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro XI*.—Con este Edicto subvino el Pretor contra los falaces y dolosos, que con cierta astucia perjudicaron á otros, para que ni á aquellos les sea lucrativa su malicia, ni perjudicial á estos su sencillez.

§ 1. Mas tales son las palabras del Edicto: «Respecto á las cosas que se dijere que han sido hechas con dolo malo, si sobre tales cosas no hubiere otra acción, y pareciere que hay justa causa, daré una acción».

§ 2. Servio definió así ciertamente el dolo malo: cierta maquinación para engañar á otro, cuando se simula una cosa, y se hace otra. Pero Labeon dice, que también sin simulación puede obrarse de modo que se engañe á alguien, y que también sin dolo malo puede hacerse una cosa, y simularse otra, como hacen los que con disimulación de esta naturaleza cuidan y defienden ó sus propios intereses, ó los ajenos. Y por esto lo definió él así: dolo malo es toda astucia, fallacia, ó maquinación empleada para sorprender, engañar, ó defraudar á otro. La definición de Labeon es verdadera»⁹⁵.

§ 3. Mas no se contentó el Pretor con decir «dolo», sino que añadió «malo», porque los antiguos decían que también había dolo bueno, y daban este nombre á la astucia, mayormente si alguien maquinase alguna cosa contra el enemigo ó ladrón»⁹⁶.

D 4.3: «7. ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro XI*.— Y discretamente interpreta Pomponio estas palabras, «si no hubiere otra acción», de esta manera, si de otro modo no pudiere tener salva la cosa aquel á quien la cosa pertenece. Y no parece que se opone á esta opinión lo que escribe Juliano en su libro cuarto, que si un menor de veinticinco años, engañado por el consejo de su esclavo, hubiere vendido á éste con su peculio, y el comprador lo hubiere manumitido, deberá darse contra el manumitido la acción de dolo. Porque esto lo entendemos así, que no

⁹⁴ GARCÍA DEL CORRAL (1889) p. 349. La leyenda del Título II es «De lo que se hubiere hecho por causa de miedo» (p. 342).

⁹⁵ Se refieren a D 4.3.1.2, las siguientes sentencias:

a) STS, 1.ª, 03.02.1981 (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García) en su cdo 3.º que transcribo *infra* [32] [A]. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

b) STS, 1.ª, 18.07.1988 (Pte. Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López) en su FD 7.º [al respecto *supra*, 92 d)]. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

⁹⁶ GARCÍA DEL CORRAL (1889) pp. 351-352; la leyenda del Título III es «Del dolo malo» (p. 351).

hay dolo en el comprador, de suerte que no puede estar obligado por la compra; ó que es nula la venta, si precisamente para que vendiera fué engañado. Y lo que se dice que fué un menor, no lleva aparejada restitución por entero; porque contra un manumitido no puede tener lugar ninguna restitución por entero.

[...]

§ 3. Mas opina Labeón, que ha de darse la acción de dolo, no solo si no hubiera otra acción, si no también si se dudara si la hay; y pone este ejemplo: Uno que me debía un esclavo ó por venta ó por estipulación, le dio un veneno y lo entregó así; ó me debía un fundo, y mientras lo entregaba, le impuso una servidumbre, ó derribó los edificios, cortó ó extirpó los árboles; dice Labeon, que tanto si se dio caución de dolo, como si no, ha de darse contra él la acción de dolo, porque, si dio caución, es dudoso que competa acción por lo estipulado. Pero es más verdadero, que si realmente se dió caución de dolo, cesa la acción de dolo, porque hay la acción por lo estipulado; si no se dió caución, cesa ciertamente en la acción de compra la acción de dolo, porque hay la de compra; en la de lo estipulado es necesaria la acción de dolo.

[...]»⁹⁷.

D 4.3.9: «ULPIANO; *Comentario al Edicto, Libro XI*. – Si alguno afirmó que una herencia era pequeñísima, y así la compró del heredero, no hay acción de dolo, porque basta la de venta.

[...]».⁹⁸

D 4.3: «18. [19] PAULO; *Comentarios al Edicto, libro XI*.–

[...]

§ 3. Trebacio daba la acción de dolo contra el que á sabiendas hubiese prestado pesas, para que el vendedor pesase las mercancías al comprador. Mas si prestó pesas mayores, aquella mercancía que se dió de más, puede repetirse por la condición; y si menores, puede reclamarse por la acción de compra que se dé la mercancía que falta, á no ser que la mercancía se vendiere con la condición de que se entregaría con aquellas pesas, porque para engañar hubiese él afirmado que tenía pesas cabales»⁹⁹.

D 4.3: «36. [37] MARCIANO; *Regals, libro II*. – Si dos hubieren obrado con dolo malo, no ejercerán recíprocamente la acción de dolo»¹⁰⁰.

D 4.3: «37 [38] ULPIANO; *Comentarios á Sabino, libro LXIV*.– Lo que dice el vendedor por vía de recomendación se ha de reputar así, como si no se hubiere dicho, ni prometido. Mas si se dijo con el fin de engañar al comprador, se ha de entender también de este modo, que no nazca acción contra lo dicho ó prometido, sino la acción de dolo»¹⁰¹.

⁹⁷ GARCÍA DEL CORRAL (1889) p. 353; la leyenda del Título III es «Del dolo malo» (p. 351).

⁹⁸ GARCÍA DEL CORRAL (1889) p. 354; la leyenda del Título III es «Del dolo malo» (p. 351).

⁹⁹ GARCÍA DEL CORRAL (1889) p. 357; la leyenda del Título III es «Del dolo malo» (p. 351).

¹⁰⁰ GARCÍA DEL CORRAL (1889) p. 359; la leyenda del Título III es «Del dolo malo» (p. 351).

¹⁰¹ García del Corral (1889) p. 359; la leyenda del Título III es «Del dolo malo» (p. 351).

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

D 4.4.16: «§ 4.– El mismo Pomponio dice, que en el precio de la compra y de la venta es naturalmente lícito á los contratantes engañarse»¹⁰².

D 17.2.3: «§ 3.– La sociedad, si se hubiera constituido con dolo malo, ó para defraudar, de derecho es de ningún momento, porque la buena fé es contraria al fraude y al dolo»¹⁰³.

D 18.1.57: «PAULO; *Comentarios á Plaucio, libro V.* –
[...]

§ 3. – Mas si uno y otro sabían, así el comprador, como el vendedor, que se había quemado toda la casa, ó parte de ella, no se realizó nada, compensándose el dolo entre una y otra parte, y no permitiendo que subsista la venta la acción que proviene de la buena fé, por venir el dolo de una y otra parte»¹⁰⁴.

D 19.1.13 [14]: «ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro XXXII.* –
[...]

§ 4. – Si el vendedor hubiere obrado con dolo para vender más cara la cosa, por ejemplo, si mintió respecto al oficio, ó respecto al peculio, se obliga por la acción de compra á entregar al comprador cuanto por más hubiese comprado el esclavo, si hubiese tenido tal peculio, ó estado instruido en aquel oficio»¹⁰⁵.

D 44.4.4: «ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXXVI.* –
[...]

§ 13.– Dice Marcelo, que contra la excepción de dolo no se da réplica. Labeon es también de la misma opinión; porque dice que es injusto que la común malicia les sirva ciertamente de premio al demandante, y de pena á aquel contra quien se litiga, pues es muy justo que el actor nada consiga por lo que se hizo con perfidia»¹⁰⁶.

D 50.14: «2. EL MISMO; *Comentarios al Edicto, libro XXXI.*– Si hubiere mediado corredor para constituir un crédito, como suelen hacerlo muchos, veamos si podrá estar obligado como mandante; y no creo que esté obligado, porque éste más bien muestra un nombre, que no que da mandato, aunque elogie el nombre. Lo mismo digo, también si hubiere recibido alguna cosa á título de corretaje, y no habrá la acción de locación y conducción. Ciertamente que si hubiere engaño con dolo y astucia al acreedor estará sujeto a la acción de dolo»¹⁰⁷.

¹⁰² GARCÍA DEL CORRAL (1889) p. 369; la leyenda del Título IV es «De los menores de veinticinco años» (p. 360).

¹⁰³ GARCÍA DEL CORRAL (1889) p. 869; la leyenda del Título II es «De la acción de sociedad» (p. 868).

¹⁰⁴ GARCÍA DEL CORRAL (1889) p. 900; la leyenda del Título XVIII es «De la contratación de la compra, de los pactos concertados entre el comprador y el vendedor, y de las cosas que no pueden ser vendidas» (p. 888).

¹⁰⁵ GARCÍA DEL CORRAL (1889) p. 936; la leyenda del Título I es «De las acciones de compra y venta» (p. 929).

¹⁰⁶ GARCÍA DEL CORRAL (1897) p. 495; la leyenda del Título IV es «De la excepción de dolo malo y de la de miedo» (p. 492).

¹⁰⁷ GARCÍA DEL CORRAL (1897) p. 908; la leyenda del título del Título XIV es «De los corretajes» (p. 908).

En relación al Código, *por un lado*, interesa C 2.4.30 que trata del dolo en la transacción y si, por uno se hizo con dolo, es grave y hasta criminal para el mismo que se renueve la cuestión. *Por otro lado*, trasladándome a la *lesión*, es clave C 4.44.2, sobre la venta por un precio menor del precio de la cosa y las posibilidades de la recuperación del precio y del fundo vendido, o que el vendedor reciba el complemento del precio (la conocida como *Lex Secunda*). Volviendo al Digesto, para la lesión también es de interés D 45.1.36, cuya última parte se refiere al *dolo in re ipsa*.

[A] *El texto del Código para el dolo*

C 2.4.30: «*Los mismos Augustos y Césares á ANTONINO.*— Como, después de hecha una transacción, confiesas que ha habido dolo mas bien por tu parte que por la de aquellos contra quienes suplicas, es grave y hasta criminal para ti que se renueve la cuestión.

Sancionada á 5 de los Idus de Octubre, bajo el consulado de los Césares. [294-305.]»¹⁰⁸.

[B] *Los textos del Código y del Digesto para la lesión*

C 4.44.2: «*Los Emperadores DIOCLECIANO y MAXIMIANO, Augustos, á LUPO.*— Si tú ó tu padre hubiereis vendido por menor precio una cosa de precio mayor, es humano, ó que, restituyendo tú el precio á los compradores, recobres el fundo vendido, mediando la autoridad del juez, ó que, si el comprador lo prefiriere, recibas lo que le falta al justo precio. Pero se considera que el precio es menor, si no se hubiera pagado ni la mitad del verdadero precio.

Publicada á 5 de las Calendas de Noviembre, bajo el segundo consulado de DIOCLECIANO y el de ARISTÓBULO. [285]»¹⁰⁹.

¹⁰⁸ GARCÍA DEL CORRAL (1892) p. 234.

¹⁰⁹ a) GARCÍA DEL CORRAL (1892) p. 508.

b) Según ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES: «el origen de la lesión *ultra dimidium* se encuentra en un rescripto imperial atribuido a Diocleciano y Maximiano [nombres, mayúsculas en el original] y fechado en el año 285, interpolado en el Código de Justiniano [nombre, mayúsculas en el original], dentro del título *rescindenda venditione* (C. 4, 44, 2). Se le conoce con el nombre de *Lex Secunda*./ Del texto de este rescripto, de confusa redacción, se pueden extraer cuatro principios:/ 1.º Que es posible rescindir la compraventa de una cosa —en la hipótesis contemplada era un inmueble (*fundus*)—, cuando el precio pagado por el comprador fuese inferior, en más de la mitad, al valor verdadero de aquélla./ 2.º Que la *ratio* en la que descansa este precepto es de equidad (*humanum est*) y se aplica sólo a través de una acción judicial (*auctoritate iudicis*)./ 3.º Que el comprador tenía la facultad de evitar la rescisión pagando el suplemento de precio (*iustum pretium*) que faltaba para alcanzar el valor real./ 4.º Que solamente era aplicable cuando el precio pagado por el comprador era inferior a la mitad del valor de la cosa vendida./ Una muestra de la deficiente redacción del texto la encontramos en el hecho de que utiliza primero como objeto de la rescisión una cosa (*res*) y, posteriormente, en el mismo texto, se aclara que en ese caso se trata de un fundo (*fundus*). Esto ha planteado el problema de si la norma contenida en el rescripto era de aplicación general a todas las cosas o, por el contrario, solamente se circunscribía a ventas inmobiliarias./ Junto con el supuesto de la compraventa, que es el caso particular previsto en el rescripto, se han encontrado en otros contratos rasgos que indican que la lesión daría lugar a la rescisión: la *datio in solutum* (D. 13, 7, 24), la *aestimatio dotis* (C. 5, 18, 6), la transacción (C. 2, 20, 5), y la partición (C. 3, 38, 3), entre otras; en cambio, en otros contratos parece quedar excluida esa posibilidad; tal sería el caso de la permuta, y el de aquellas

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

D 45.1.36: «ULPIANO; *Comentarios á Sabino, libro XLVIII.*— Si alguno, habiendo convenido obligarse de un modo, se obligó de otro por ardid, quedará ciertamente obligado por rigor del derecho, pero puede utilizar la excepción de dolo; porque como se obligó por dolo, le compete la excepción. Lo mismo es, también si no medio dolo alguno del estipulante, sino que la misma cosa contiene en sí dolo; porque cuando uno pide en virtud de esta estipulación, obra con dolo por lo mismo que pide»¹¹⁰.

3. EL ANÁLISIS DEL DOLO

3.1 Dos aspectos previos y generales de los vicios del consentimiento

3.1.1 SU TIPIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN

[13] De conformidad con el tenor literal del artículo 1265 CC, son vicios del consentimiento el error, la violencia, la intimidación y el dolo. A esta enumeración se la considera exhaustiva (son los vicios que el codificador decidió tipificar) y de ahí la importancia de perfilar con nitidez *en qué consiste cada uno de ellos*. La delimitación de su respectivo campo de actuación permite fijar, *por un lado*, qué concretas situaciones de la realidad *pueden incardinarse* en el error, en la violencia, en la intimidación, *o* en el dolo, y *por otro lado*, qué otras situaciones de la realidad *no están incluidas* en ninguno de los vicios del consentimiento del Código civil (*esto es, lo que queda excluido del campo aplicativo*). Esto que expongo parece, *en el nivel de la abstracción*, de fácil ejecución. *Sin embargo, no lo es tanto con la concreta regulación de los vicios del consentimiento del Código civil, por diversas razones. Una*, porque «el legislador ha dibujado con trazo grueso los perfiles de los distintos vicios del consentimiento»¹¹¹. *Otra*, porque no todos los autores interpretan del mismo modo el alcance de cada uno de los vicios del consentimiento (se defienden nociones amplias y estrictas). *Por último*, porque algunas situaciones de la realidad que, en principio, no parecen directa o expresamente recogidas en el Código civil, merecen para algunos la necesidad de ser protegidas jurídicamente, considerando que habría de permitirse la

compraventas donde la lesión no derive del propio contrato, sino de circunstancias sobrevenidas a su conclusión (C. 44, 44, 8)./ Por todo ello, puede afirmarse que la rescisión por *laesio ultra dimidium* alcanzó con Justiniano [nombre, mayúsculas en el original] un cierto grado de generalidad; y, aunque existen sospechas de que no fue más que una declaración formal legislativa de una institución sin aplicación práctica, sus rasgos quedaron ya definidos en espera de un posterior desarrollo» [cursiva del original; (2010) pp. 36-38, *vid.* hasta p. 40, y nota 12 de p. 33].

¹¹⁰ GARCÍA DEL CORRAL (1897) pp. 526-527.

¹¹¹ GARCÍA VICENTE (2003) p. 1904.

anulación del contrato por la persona afectada (se apunta a la necesidad de la oportuna reforma legislativa).

A modo de mero ejemplo, en tiempo relativamente reciente, con un mayor o menor alcance, y sin perjuicio de la reciente mención de la ventaja injusta del artículo 1302.3.II CC de la que me ocupo supra, [3] b), reflejan, lo que anteriormente he señalado, las siguientes consideraciones de Ribot Igualada, Valpuesta Fernández, García Vicente, Hualde Manso, e Infante Ruiz¹¹²; algunos de estos autores escriben antes de la nueva redacción del artículo 1302 CC por Ley 8/2021, en la que aparece la ventaja injusta.

[A] Para Ribot Igualada:

«Se plantea la duda si pueden invocarse otras anomalías en la formación de la voluntad contractual además de los supuestos expresamente mencionados en el art. 1265, como, por ejemplo, la inexperiencia, debilidad o dependencia que llevan a aceptar la conclusión del contrato o hacerlo en condiciones lesivas [...]. La posibilidad de aplicar por analogía los vicios tipificados a supuestos distintos pero con los que podrían tener identidad de razón no se ha abierto camino en la jurisprudencia. Sí se ha aplicado, en cambio, la regulación de vicios típicos a situaciones que van más allá de su supuesto de hecho, como cuando se admite la acción de dolo para anular contratos celebrados aprovechándose con mala fe de la debilidad negociadora de la otra parte [...] o se dice que existe intimidación cuando se consigue el consentimiento aprovechando la situación económica angustiosa de la otra parte [SSTS 5-4-1993 [...], y 5-10-1995 [...]] o abusando de la propia posición [STS 4-10-2002 [...]]. [...] Hoy pocos dudan que existe una laguna, probablemente deseada por los codificadores para no perjudicar la estabilidad de la contratación, pero que se considera necesario llenar ampliando los supuestos tipificados, más allá de las reglas especiales que desde hace tiempo están en vigor (*v.gr.*, arts. 1 LUs, y 8.II Ley 60/1962, de 24 de diciembre, sobre auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimos¹¹³). Así, la propuesta recogida en el Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos [de 2009] incluye aprovecharse injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de la inexperiencia de la otra parte para concluir un contrato gravemente lesivo para ésta (art. 1301 [PMCC]¹¹⁴; véase, asimismo, arts.

¹¹² Vid. también las consideraciones de LLEBARÍA SEMPER, *infra*, nota 273, b); también de PASQUAU LIAÑO, *infra*, nota 234 b).

¹¹³ Sobre el artículo 8.II de la Ley 60/1962 *infra*, nota 152; para el artículo 1 LU, *infra*, nota 1154 c).

¹¹⁴ Artículo 1301 PMCC de 2009: «Una de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, 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.

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».

II.-7:207 DCFR [que transcribo *supra*, [5] [B]]¹¹⁵ y 4.109 PECL [que transcribo

¹¹⁵ Sobre el artículo II.-7:207 DCFR según las explicaciones del *Comentario oficial* del DCFR [todas las citas de Von Bar/Clive (ed.) (2009)]:

a) *A modo de introducción*, se señala que «el derecho de contratos, en general, no insiste en que los negocios sean justos en el sentido de que lo que se suministra o provee por cada una de las partes sea objetivamente de igual valor» y, «aunque algunos sistemas permiten que los contratos, o ciertos tipos de contratos, sean anulados simplemente con el fundamento de que el precio es extremadamente injusto (*lésion*), comúnmente se sostiene que las partes son los mejores jueces sobre los valores objeto de intercambio» (*Comment A*, p. 507). Ahora bien, «muchos sistemas rehúsan el mantenimiento de los contratos que envuelven una evidente extrema disparidad entre estos valores, cuando aparecen como resultado de alguna debilidad negociadora por un lado y desde el otro lado se es consciente de que se obtiene una ventaja sobre el primero» (*Comment A*, p. 507).

b) Entrando en los *requisitos de aplicación* del artículo II.-7:207 DCFR, *sobre que exista una debilidad o necesidad esencial*, se comenta que «se crearía demasiada incertidumbre si una parte pudiera escapar de un contrato, incluso desventajoso, cuando no hay una aparente razón de por qué la parte no tuvo más cuidado cuando lo acordó» y «el remedio solo debería estar disponible si la parte pueda alegar alguna necesidad, debilidad o discapacidad que pueda explicar lo que ocurrió», lo cual «puede incluir el hecho de que la parte tenga una relación de confianza con la otra y confía en su consejo, si esto significa que la parte no hizo un juicio independiente» (*Comment B*, pp. 507-508).

En cuanto al conocimiento de la parte que obtiene una ventaja, se explica que se crearía demasiada incertidumbre en los contratos, «cuando la parte que obtiene la ventaja no conocía, ni podía razonablemente esperarse que conociera que la otra parte se encontraba en una posición más débil» (*Comment C*, p. 508). «En tales circunstancias, la parte más fuerte no puede razonablemente ser requerida para que tenga especial consideración respecto de los intereses de la parte más débil» (*Comment C*, p. 508).

Sobre el beneficio excesivo, el artículo II.-7:207 DCFR «se aplica cuando el beneficio obtenido por una parte se prueba excesivo comparando con el precio «normal» o con otro retorno semejante contractual» (*Comment D*, p. 508). Ahora bien, «[e]l hecho de que la falta de suministro haya conducido generalmente a precios altos no es fundamento para» aplicar el artículo II.-7:207 DCFR, «incluso si el incremento repentino del precio ha permitido que una parte pueda obtener un provecho anormalmente alto» (*Comment D*, p. 508). Lo reseñado se ilustra en la *Illustration 1* como sigue: «Durante un repentino golpe de frío a principio de verano el precio de los tomates se incrementa drásticamente. B acuerda comprar tomates a A al precio incrementado. B no puede anular el contrato bajo este Artículo [II.-7:207 DCFR], aunque B descubra que A compró los tomates a un precio mucho más bajo antes del verano y los mantuvo en un almacén frío» (*Comment D*, p. 508).

En cambio, «si una parte obtiene una ventaja de la ignorancia o necesidad para hacer un contrato», el artículo II.-7:207 DCFR se aplica (*Comment D*, p. 508). Esto último se ilumina con las ilustraciones 2, 3 y 4. En la *Illustration 2*, «X, una persona ignorante, sin experiencia negociadora, vende cierta propiedad. La persona había contactado con Y que la ofrece comprar la propiedad por una suma mucho más baja de su valor real; le dice a X que debe vender rápidamente o perderá la oportunidad. X acuerda sin consultar a nadie más. X puede anular el contrato» (*Comment D*, p. 508). En la *Illustration 3*, «U y su familia están de vacaciones en el extranjero, cuando se ven involucrados en un accidente de coche y el marido de U es herido gravemente, necesitando urgentemente tratamiento médico, del que no se dispone en la localidad. V acuerda llevarlo en ambulancia al hospital más cercano e importante, cargando una cantidad aproximadamente cinco veces más que la cantidad normal para tal viaje. U está tan preocupada que lo acuerda sin tener en cuenta otros presupuestos y más tarde descubre que ha pagado de más. Ella puede obtener el remedio» (*Comment D*, p. 508). Y en la *Illustration 4*, «los hechos son como en la última ilustración [la 3]. U se da cuenta de que V demanda un precio abusivo, pero la suya es la única ambulancia disponible. Ella [U] puede obtener el remedio» (*Comment D*, p. 509).

Y sobre la ventaja groseramente injusta, «incluso si el intercambio no es excesivamente dispar en términos de valor monetario, [el art. II.-7:207 DCFR se aplica] si una ventaja groseramente injusta ha sido obtenida por otras vías» (*Comment E*, p. 509). «Por ejemplo, un contrato puede ser injusto para una parte que malamente puede permitírsele, incluso si el precio no es irrazonable» (*Comment E*, p. 509). Y en la *Illustration 5* se expone: «X, viuda, vive con sus numerosos hijos en una grande, pero ruinosa casa, la cual Y, un vecino, hace tiempo que quería comprar. X ha venido confiando en los consejos de Y en asuntos de

supra, [5] [A]]¹¹⁶)»¹¹⁷.

[B] Para Valpuesta Fernández:

«La interpretación de este artículo [1265 CC] plantea la cuestión de si los vicios mencionados representan un *numerus clausus* o por el contrario es posible dar trascendencia jurídica a otros supuestos en los que el consentimiento no se emite con plena libertad o conocimiento, bien por condiciones intrínsecas a la persona, como la poca experiencia o tener unos conocimientos muy limitados, o por las circunstancias que le rodean, como tener necesidades urgentes o estar en una situación económica difícil, por poner algunos ejemplos. La lectura del precepto [1265 CC] abona la tesis de la tipificación de los vicios de la voluntad, dado que en el mismo no se establece una exigencia general sobre la calidad del consentimiento para que el contrato sea válido, pues solo se identifican los supuestos en los que éste puede ser invalidado. Ahora bien, si nos atendemos a lo que debe ser el fundamento de esta norma [art. 1265 CC], se podría entender que otros casos de limitación de la libertad de las partes pueden tener relevancia. Sin embargo, no es éste el criterio de la jurisprudencia que se ciñe a la apreciación de los vicios aludidos expresamente, si bien un estudio más atento de los hechos de las sentencias nos revela que se da relevancia a circunstancias intrínsecas o extrínsecas que afectan a uno de los contratantes y revelan una posición de desventaja en la contratación; lo dicho se puede apreciar en la excusabilidad del error o en el tratamiento del dolo»¹¹⁸.

negocios. Y, buen conocedor de esto, lo manipula en su beneficio: la persuade para que se la venda. Le ofrece el precio de mercado, pero sin destacarle que le será imposible encontrar cualquier lugar para vivir en el vecindario por esa cantidad de dinero. X puede anular el contrato».

Por último, el «remedio [del art. II.-7:207 DCFR] no se dará si el aparente perjuicio del negocio es el resultado para la parte que ha apostado» (*Comment F*, p. 509; contratos aleatorios). Si «[e]l contrato no era injusto cuando se hizo, [no lo será] aunque se haya vuelto malo para una parte» (*Comment F*, p. 509).

c) En cuanto a los *remedios*, se apunta que «puede no ser apropiado liberarse simplemente del contrato excesivamente desventajoso», pues «[l]a parte en desventaja puede desear que el contrato continúe modificado», y de acuerdo con el apartado (2) del artículo II.-7:207 DCFR, «el tribunal puede por tanto cambiar a términos justos», lo que conduce más bien a una anulación parcial (*Comment G*, p. 509). *En cambio*, «puede no ser justo que la parte que obtiene la ventaja simplemente anule todo el contrato; podría resultar una injusticia de otro modo» y de ahí, que «el tribunal tenga poder para adaptar el contrato a requerimiento de cualquiera de las partes, con tal de que el requerimiento se haga prontamente y antes de que la parte, que ha recibido una comunicación de anulación, no haya actuado» (*Comment G*, p. 509). «El tribunal solo adaptará el contrato, si es remedio adecuado a las circunstancias» y así, «por ejemplo, la adaptación podría no ser apropiada en un caso como [en la anterior] *Illustration 5* [viuda que vende la casa]» (*Comment G*, p. 509). La parte en desventaja puede «además, o en lugar de la anulación, exigir daños», los cuales «se limitan a la cantidad en que la parte se encuentra dañada, comparada con su posición antes de que el contrato fuera hecho (el «interés de confianza»)» (*Comment G*, p. 509).

Finalmente, dado lo injusto de las situaciones cubiertas por el artículo II.-7:207 DCFR, sus remedios no pueden ser excluidos o restringidos mediante acuerdo (*Comment G*, p. 510).

¹¹⁶ Las explicaciones del comentario oficial del artículo 4:109 PECL son similares a las del comentario oficial del artículo II.-7:207 DCFR, que expongo en la nota inmediatamente anterior a esta; *vid. Lando/Beale* (ed.) (2000) pp. 261-263.

¹¹⁷ RIBOT IGUALADA (2010) p. 1387.

¹¹⁸ VALPUESTA FERNÁNDEZ (2016) p. 624.

[C] Para García Vicente:

«Hay dos situaciones no expresamente contempladas en el Código civil aunque sí, parcialmente, en otras normas y que están emparentadas con los vicios de la voluntad codificados, puesto que tienen el común efecto de distorsionar la libertad para contratar. Son, por un lado, el terror ambiental (en el que la intimidación no procede, como prevén los artículos 1267 y 1268 CC del otro contratante o de un tercero) y, por otro, el aprovechamiento por un contratante de la situación de necesidad, apremio, inexperiencia o circunstancias angustiosas padecidas por su contraparte»¹¹⁹.

[D] Para Hualde Manso:

«El régimen de los vicios de la voluntad contenido en el Código civil se concibió como una especie de fortaleza cerrada, delimitando un ámbito rígido de patologías específicas del consentimiento. Esta concepción es la que hace que casos de abusos de personas vulnerables o de influencias injustas en la voluntad de los vulnerables tengan dificultades para encuadrarse dentro de los contornos de los vicios del consentimiento.

La sanción de anulabilidad que llevan aparejadas los vicios del consentimiento exige un alto nivel de certeza. Dentro de ese perímetro de los vicios, esas exigencias de certeza dejan un limitado margen a aquellas figuras en las que el proceso de formación de la voluntad experimenta una alteración, pero sin un claro acto de amenaza o de un engaño determinantes del consentimiento, como ocurre en las hipótesis en las que un estado de vulnerabilidad se asocia a una relación de confianza exclusiva y excluyente o en las hipótesis de subordinación totalizante frente a la otra parte o frente a un tercero.

A pesar de la diversidad de situaciones en las que podemos encontrar un acto de intimidación o de engaño, no es fácil encajar en tales figuras las hipótesis a las que nos referimos. En el primer caso porque faltaría el elemento de la amenaza que caracteriza a la violencia moral o intimidación. En cuanto al dolo, porque se necesita un comportamiento activo de la contraparte que consista en generar una versión falsa de la realidad. Por el contrario, cuando nos encontramos ante relaciones de dependencia de subordinación no tiene por qué haber engaño. Esa simple relación no tiene por qué constituir un dolo. Desde luego podría concurrir la relación y el engaño, pero entonces la fuerza determinante del engaño adquiere todo el peso invalidante, aunque puedan existir factores relacionales de confianza o de subordinación»¹²⁰.

[E] Por último, para Infante Ruiz:

«La visión escolástica de los vicios del consentimiento en el *civil law* diseñó una arquitectura rígida donde no caben las innovaciones, es una arquitectura, [...], que pone el enfoque en el lado del sujeto que sufre el vicio del consentimiento y que no presta especial atención, salvo en el caso del dolo, a la conducta del demandado. Es por ello por lo que el «aprovechamiento injustificado» en

¹¹⁹ GARCÍA VICENTE, «Artículo 1265» (2013) p. 9095.

¹²⁰ HUALDE MANSO (2021) pp. 57-58.

cualquiera de sus formas (abuso de confianza, de debilidad o de dependencia) no es contemplado y cuando se contempla en alguna de sus hipótesis (*miedo reverencial*) es para excluirlo como vicio del consentimiento (art. 1267.4 CC); supuesto este último donde pesa, de nuevo, el enfoque desde el lado del sujeto que sufre el temor. Esta rigidez se traduce en términos generales en un respecto casi reverencial a la tipificación legal de los vicios del consentimiento excesivamente tributario del principio de legalidad; no hay más vicios del consentimiento que los indicados en la ley, no cabe su extensión analógica a otros supuestos no contemplados en las normas y los requisitos particulares de cada vicio del consentimiento deben interpretarse de manera estricta. Sólo excepcionalmente se admite la entrada de otras hipótesis de vicios del consentimiento siempre que la interpretación permita encajarla sin excesivo incomodo en el supuesto legal previsto. Es el ejemplo de la *violence économique* en el derecho francés y de la amenaza injustificada de incumplir el contrato en la doctrina española»¹²¹.

3.1.2 LO INSUFICIENTE DEL ENFOQUE VOLUNTARISTA PARA LA REGULACIÓN DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

[14] Sabido es que Díez-Picazo y Ponce de León cuestionó, hace ya bastante tiempo, el (puro) enfoque voluntarista de los vicios del consentimiento recogido en el Código civil, apuntado al respecto que «[l]os postulados [...] a los que conduce una concepción del contrato fundada en el voluntarismo jurídico, *se encuentra necesitados de alguna reflexión*» (cursiva mía)¹²². El autor destaca que el artículo 1265 CC dispone «un elenco limitado o una enumeración particularizada de las causas que permiten la anulación del contrato por los llamados vicios del consentimiento»¹²³ y «los Derechos positivos ordenan [...] sólo bajo ciertas condiciones o bajo ciertos requisitos [que] el contra-

¹²¹ INFANTE RUIZ (2022) p. 32.

¹²² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007) p. 185.

Antes, explica sobre «la concepción voluntarista del contrato y la doctrina de los vicios del consentimiento» [mayúsculas, en el original], que «[e]l punto de vista tradicional considera el contrato como un acuerdo de voluntades y, por consiguiente, como algo que es una obra libre y espontánea de sus autores. Para que exista contrato, debe existir un consentimiento, que ha de ser serio, espontáneo y libre. Cuando alguna de estas cualidades o condiciones del consentimiento no se da, se dice que el consentimiento se encuentra viciado, de suerte que en el contrato existe una irregularidad que ha de determinar, o al menos permitir, su invalidación./ Un vicio del consentimiento existe siempre que la voluntad contractual se ha formado defectuosamente. Como presupone un conocimiento suficiente del alcance del negocio, de su objeto y de sus circunstancias y libertad para querer sus consecuencias, falta de conocimiento y falta de libertad, son como dice Puig Brutau [apellidos, mayúsculas en el original] los dos grupos de causas por las que resulta posible pedir la anulación de un contrato y por ello, hablar de vicio de consentimiento contractual» (p. 185).

¹²³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007) p. 185.

to puede ser anulado»¹²⁴. Y esto anterior, entiende Díez-Picazo y Ponce de León, «obliga a pensar que más que en presencia de una dogmática categoría de las voluntades contractuales viciadas, *nos encontramos en presencia de una serie de supuestos en los cuales lo que se hace es decidir la justicia o injusticia de la perpetuación de la vinculación contractual. La decisión no recae tanto sobre si el necesario consentimiento se encontraba o no viciado, cuando sobre si es o no justo que ese contratante quede o no vinculado y continúe o no estándolo*» (cursiva mía), y «[p]ara ello, es necesario valorar su propia diligencia y enjuiciar la dignidad que merezca la situación de la otra parte contratante»¹²⁵. Díez-Picazo y Ponce de León *concluye* señalando que, «más que una monolítica dogmática de vicios del consentimiento contractual, que tenga que ser entendida desde un punto de vista lógico, existe lo que puede llamarse un casuismo dogmatizado o, si se prefiere, *una tipificación legal de casos de justicia o injusticia de la vinculación contractual, atendiendo a los hechos ocurridos en el momento de su constitución, de manera que en algunos casos se permite que quien quedó injustamente vinculado por un contrato, pueda desligarse de él y obtener una decisión judicial en virtud de la cual las cosas se restituyan o devuelvan al estado que tenía cuando el contrato se celebró, siempre que ello sea posible*» (cursiva mía)¹²⁶.

[15] Otro autor que también ha apuntado *a la revisión de la construcción voluntarista de los vicios del consentimiento recogida en el Código civil*

¹²⁴ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007) p. 186.

¹²⁵ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007) p. 186; añade: «[e]llo explica que, a pesar de que en pura teoría pueda hablarse de consentimiento viciado, el contratante quede vinculado si existía por ejemplo embriaguez o miedo leve que no han podido ser reconocidos por la otra parte contratante que tampoco se ha aprovechado de ellos. En cambio, en otros casos se permite al que ha sufrido una situación de voluntad viciada atacar el contrato que fue injustamente vinculado (miedo grave, engaño injusto)».

¹²⁶ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007) p. 186.

Las reflexiones expuestas en el cuerpo del texto ya las había manifestado, como apunta el propio autor en 1979, en 1970: «Lo cual nos lleva a otra importante conclusión y es que, como ha sido señalado, los vicios del consentimiento no son tales por el hecho de que el consentimiento contractual se encuentre efectivamente viciado por falta de libertad para decidir [DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN se está refiriendo a la intimidación], sino sólo en la medida en que esa falta o disminución de la voluntad y esa falta o disminución de la libertad procedan de supuestos típicos articulados por la ley como injustos. Como lo demuestra además de los casos de intimidación ya examinados, el hecho de que tampoco hay general impugnación en los casos de error y de dolo, sino sólo cuando el error y el dolo revisten determinadas características. Y es obvio que no pueda decirse que el error y el dolo invalidantes hayan actuado sobre la libertad de manera distinta que el error y el dolo no invalidantes./ *Por ello señalé ya en alguna ocasión anterior (Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, vol. I, Madrid, 1970) que más que en presencia de una dogmática categoría de voluntades viciadas nos encontramos en presencia de una serie de supuestos, en los cuales lo que hay que hacer es decidir la justicia o injusticia de la perpetuación de la vinculación contractual y que, en definitiva, la decisión no recae tanto sobre si el consentimiento aparece o no viciado cuanto como sobre si es o no es justo que el contratante quede o no vinculado o continúe estándolo*» [cursiva mía; ADC (1979) p. 548].

es Morales Moreno y, entre otras cosas, viene a evocar *cómo actualmente se está en una fase de transición; de evolución hacia otra conceptualización*. Más concretamente, pensando en la regulación de los *Principles of European Contract Law*, pero advierto, sus consideraciones son en esencia igualmente aplicables a la regulación del Código civil, Morales Moreno explica que «[l]a categoría «vicio de la voluntad», sigue siendo todavía el elemento aglutinador de una serie de supuestos de invalidez del contrato; concretamente, los fundados en el error (arts. 4:103, 4:104 PECL ¹²⁷), el dolo (art. 4:107 PECL [que transcribo *supra*, [5] [A]]), la intimidación (art. 4:108 PECL) y la obtención de un provecho excesivo o ventaja desleal (art. 4:109 PECL [que transcribo *supra*, [5] [A]]) ¹²⁸. La categoría de «vicio de la voluntad» permite dar el mismo tratamiento jurídico a todos ellos, la anulabilidad, justificada en el defecto de la voluntad (requisito esencial del contrato). Pero hay que advertir que las situaciones tipificadas como vicio de la voluntad no son todas iguales, pues tienen características que las diferencian suficientemente unas de otras, que pueden quedar eclipsadas bajo la idea de vicio de la voluntad. Una correcta regulación de los vicios de la voluntad exige tomar en cuenta también estas diferencias. *A pesar de ello, la categoría de los vicios de la voluntad sigue siendo, hoy por hoy, un marco conceptual útil para dar solución a ciertos problemas iniciales del contrato, hasta que la dogmática lo sustituya de modo adecuado. Pero esto no excluye que cada vez resulte, en mayor medida, necesario contemplar el problema de los vicios de la voluntad también como un problema de daños (puramente económicos) y tomar en cuenta ciertas diferencias en el modo de manifestarse el problema»* (cursiva mía) ¹²⁹. Trasladándose del marco *general* de los vicios de la voluntad a los *concretos* del error y del dolo, vicios fundamentados «en la utilización de *información incorrecta*» (esta cursiva del original), «la defectuosa información utilizada [indica Morales Moreno] suele afectar no sólo a la decisión de contratar *sino también a la organización de intereses del contrato celebrado (por donde aflora la presencia de daños (puramente económicos))*» (cursiva mía) ¹³⁰. Y más adelante seña-

¹²⁷ Analicé el error en los PECL, en FENOY PICÓN (2017) [17]-[30] pp. 498-508.

¹²⁸ La afirmación de MORALES MORENO es de 2011 (al respecto *vid.* las siguientes notas que siguen a esta), pero advierto que el mismo ya había analizado con detenimiento la regulación de los vicios del consentimiento, además de la imposibilidad inicial y de las cláusulas abusivas no negociadas individualmente, y sus efectos [(2003) pp. 371-397].

Para un análisis de los vicios del consentimiento en los PECL, también MALO VALENZUELA, *RCDI* (2005) pp. 896-925; Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES (2002) pp. 219-247..

¹²⁹ MORALES MORENO (2011) pp. 406-407.

¹³⁰ MORALES MORENO (2011) p. 407; continúa: «Y, además, en ocasiones, la defectuosa información recibida o la falta de información puede también significar un riesgo en la utilización del bien o producto adquirido (producto peligroso)» (p. 407).

la, que «[e]n los PECL [...] existen casos en los que sólo es aplicable la indemnización» de daños y «[e]n ellos, aparece, de nuevo, el problema del daño que implica el propio contrato, comparando sus términos con los que tendría si no se *hubiera* producido la conducta del otro contratante prevista en el supuesto de la indemnización. Por ejemplo, si se hubiera conocido el estado de la cosa, se hubiera pagado menos precio por ella»¹³¹. *La consideración de que el propio contrato celebrado es el que supone un daño puramente económico es algo destacable del pensamiento de Morales Moreno sobre los vicios de la voluntad*¹³², y además, a través de la vía de la indemnización *in natura* del apuntado daño, el autor admite *un abanico* de posibles soluciones jurídicas¹³³. Pero de esto último, del abanico de posibles soluciones jurídicas, me ocupo *infra*, [104] al tratar de los efectos del dolo, y allí remito.

[A] En estos *otros fragmentos* de Morales Moreno, que reproduzco a continuación, se comprueba su visión (o concepción) del contrato como daño a propósito de los vicios de la voluntad:

a) «En cuanto a la *combinación del uso de los remedios*, anulación e indemnización, cuando ambos son oportunos, los PECL ofrecen tres alternativas: (a) la acumulación de ambos remedios [...]; (b) la utilización exclusiva del remedio de la anulación, sin indemnización (aun siendo esta procedente), por renunciar a ella el legitimado; y, por fin, (c) la utilización exclusiva de la indemnización [...], aun siendo (o habiendo sido) procedente la anulación. *La posibilidad de esta última alternativa es muy significativa. Denota ese cambio de enfoque en el tratamiento de los vicios de la voluntad al que antes me he referido. Supone reconocer que, detrás de los problemas formales de construcción del contrato; se esconden problemas económicos, o de daños (patrimoniales). Esta posibilidad de la utilización alternativa (y exclusiva) de la indemnización de daños en vez de la anulación del contrato, debe hacernos pensar que la propia anulación del contrato es, en el fondo, uno de los posibles modos de resolver el problema del daño que implica el propio contrato, cuando este se ha celebrado bajo un vicio de la voluntad.* Esto justifica y favorece la construcción de un sistema de remedios.

Conviene recordar que lo que ha caracterizado la doctrina de los vicios de la voluntad plasmada en los códigos, ha sido considerar el problema de los vicios prioritariamente, desde el ángulo de la voluntad defectuosa, aunque no de modo absoluto. Lo cual tiene una ventaja: al legitimado le basta probar el vicio de la voluntad y no tiene que probar el perjuicio. Pero oculta otros aspectos esenciales del problema (lesión, distribución de riesgo de información). Los

¹³¹ MORALES MORENO (2011) p. 410.

¹³² MORALES MORENO (2011) p. 411.

¹³³ MORALES MORENO (2011) p. 411.

*PECL adoptan una solución más pragmática en la regulación de los vicios de la voluntad»*¹³⁴.

b) «La adaptación del contrato sólo está prevista en los PECL en algunos casos; pero aun así supone un avance importante en el sistema de protección diseñado para los vicios de la voluntad (si se compara con el sistema del CC). Permite satisfacer, razonablemente, el interés del contratante legitimado para anular el contrato (o de ambos contratantes en caso de error común) sin necesidad de anularlo. Está por tanto bajo la influencia del principio de conservación del contrato. *Esta medida pone también de manifiesto que, en los contratos, el verdadero problema que subyace en los vicios de la voluntad no es simplemente un problema de voluntad sino un problema de organización de intereses, de daños. Problema ocultado en el sistema del CC español (y, en general, de los códigos) para agilizar la protección, pero que hoy vuelve a ser tomado en consideración»* (cursiva mía)¹³⁵.

c) «[...], a menudo, en los vicios del consentimiento no hay sólo un problema de defectuosa voluntad, para el que es adecuada la anulabilidad, sino un problema de lesión o daño económico: una diferencia negativa entre la organización real de intereses establecida en el contrato y y [sic] otra tomada como modelo ideal de comparación. Esta otra es, según el vicio del consentimiento de que se trate, la realmente querida, la que habría sido querida de haberse contado con toda la información, o la que puede resultar razonable.

[...] podría permitir, en el futuro, mediante una adecuada articulación de los remedios (a través de la configuración del supuesto específico de cada uno de ellos) resolver más a menudo los problemas no por la vía de la nulidad sino por la de la indemnización [...]»¹³⁶.

3.2 El concepto de dolo: la tesis estricta (o restringida) y la amplia. El debate sobre el abuso de posición/influencia indebida: posibles alternativas de regulación. El estado de necesidad, el estado de peligro y el temor ambiental: su solución y encaje normativo

A) La doctrina de los autores

[16] Su estudio muestra que coexisten dos tesis sobre el concepto (o alcance) del dolo. Una, la tesis estricta (o restringida); la otra, la tesis amplia. Ambas se fundamentan en los artículos 1269 y 1270 CC. *Se trata de diferentes interpretaciones de los textos normativos.*

¹³⁴ MORALES MORENO (2011) p. 411.

¹³⁵ MORALES MORENO (2011) pp. 412-413.

¹³⁶ MORALES MORENO (2011) p. 422.

[17] La *tesis estricta* entiende que el sujeto que padeció el dolo es *engañado* (el *deceptus*). O dicho de otro modo, a causa del engaño del otro contratante, la víctima del dolo, al celebrar el contrato, padecía *un error*. Su consentimiento contractual es el producto del *error provocado* (*del error inducido*). Al error provocado se le equipara «el mantenimiento en el [error] que, *desde antes*, padecía el declarante o el mantenimiento en la ignorancia»¹³⁷.

Esta tesis la defienden autores cercanos cronológicamente al Código civil como Manresa y Navarro, o Scaevola (sus palabras, en las siguientes [A] y [B]). Más tardíamente se encuentra en De Cossío y Corral (en siguiente [C]). Y con mayor posterioridad la defienden Rojo Ajuria, y Carrasco Perera [al respecto *infra*, [19] a) y b), respectivamente], *entre otros autores*¹³⁸.

¹³⁷ ALBADALEJO, *ADC* (1957) p. 996. En el mismo sentido QUIÑONERO CERVANTES: «Cuando de dolo omisivo se trate, éste consistirá en un error mantenido por el silencio o la ocultación; pues el error de la parte que lo sufre, vendrá mantenido por el dolo del que empleó la ocultación o el silencio para sostenerlo en aquella ocasión; y no cabe duda de que así se obra contra la buena fe con el decidido propósito de engañar o confundir» [*RDP* (1979) p. 350].

¹³⁸ a) *Por ejemplo*, ALBADALEJO, *ADC* (1957) pp. 992, 995-996; ESPÍN CÁNOVAS (1979) pp. 462-463; QUIÑONERO CERVANTES, *RDP* (1979) pp. 347, 349, entre otras páginas; VAQUER ALOY, *CCJC* (2001) p. 626; FUENTESECA (2002) pp. 119-120; DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 26.

b) Si el dolo produce un error en el contratante que lo padece, ¿qué lo diferencia del error del artículo 1266 CC? Es esta, cuestión que se plantea entre nuestros autores y su respuesta es *que el dolo abarca más supuestos de error; que los amparados bajo el artículo 1266 CC*. En este sentido, *el dolo incluye al error en los motivos. Por ejemplo*:

b.1) DE CASTRO Y BRAVO, *autor partidario de la tesis amplia del dolo* y cuyo pensamiento expongo en el cuerpo del texto en el siguiente [18] a), explica: «*El dolo como inducción al error*.— Conforme al modo de haberse entendido el texto fundamental de Ulpiano [D 4, 3,1, § 2, que transcribo *supra*, [12] primera [A]], se ha concebido el dolo como un engaño («deciendi causa»), causa del error de quien declara. *De este modo entendido, la consecuencia será concluir: «la poca importancia del dolo como vicio de la voluntad» y hasta su inutilidad como tal figura. En efecto, si el dolo para ser tenido en cuenta, por ejemplo, como vicio de un contrato ha de ser el engaño determinante de su celebración («causam dans»), el error que origina el dolo causará ya por sí mismo, y sin necesidad de acudir al dolo, la anulabilidad del contrato. [¿]Para qué, entonces, utilizar la figura del dolo? Su función se reduciría, en aquellos ordenamientos que limitan demasiado la alegación del error, a la de ser cobertura del error de los motivos; es decir, el dolo sería un «error reforzado por el engaño» o «una ampliación de la esfera del error»» [cursiva mía; (1971) § 195, p. 148].*

Sobre las diferencias entre el error y el dolo, además, LLOBET I AGUADO (1996) pp. 145-149; este autor es también partidario de la tesis amplia del dolo (al respecto *infra*, [18] b) [B]).

b) ALBALADEJO, defensor de la *tesis restringida del dolo* [citado en la anterior a) de esta misma nota] dice: «*Tal error* [provocado por el dolo] *puede ser de cualquier clase, y no es necesario en absoluto que sea de aquellos que permiten impugnar la declaración por error*. Si es así, el engañado tiene dos armas en su mano para atacar tal declaración: la impugnación por error y la impugnación por dolo. Pero precisamente se trata de que cuando por dolo se provoca un error, entonces se pueda impugnar por dolo la declaración, sin necesidad de que el error [sea] de los que permiten por sí impugnarlo./ Únicamente es necesario que el error, dolosamente provocado, sea determinante. [...] *A tenor de lo dicho, basta un error en los motivos, lo que, sin dolo, sería irrelevante. Así, A compra una casa en la montaña porque —con el fin de que la compre— el vendedor B (médico) le ha hecho creer que está enfermo y que allí sanará. El contrato es impugnado por dolo*» [cursiva mía; (1957) pp. 995-996].

[A] Según Manresa y Navarro:

«La esencia de esta especie de dolo se encuentra en el engaño que obtiene un consentimiento del engañado, arrancándolo, ó á lo menos influyendo en él. Esto quieren indicar las palabras «ó maquinaciones insidiosas», á que se refiere la ley, las cuales comprenden las falsas promesas, la exageración de esperanzas ó beneficios, el abuso de confianza, la ficción de nombre, cualidades ó poder, las mil formas, en suma, del engaño, que pueden alucinar á un contratante, produciendo un consentimiento viciado, sin que sea necesario que aquéllas lleguen á constituir estafa, ni entrar bajo otro concepto en la esfera propia del Código penal»¹³⁹.

[B] Scaevola manifiesta:

«El Código civil español, si bien no usa la forma de definición [del dolo], la comprende realmente, desprendiéndose de su artículo 1269, como concepto de dolo, «el empleo de palabras ó maquinaciones insidiosas de uno de los contratantes, inductivas para el otro de la celebración del contrato que, sin ellas, no hubiera hecho».

En el fondo de todos los conceptos¹⁴⁰ late la misma idea: engaño á una de las partes por artificios ó medios falaces que impulsan á la otra á celebrar un contrato convencida de la bondad del mismo en vista de lo manifestado ó hecho por su cootorgante»¹⁴¹.

También de Scaevola:

«Los fundamentos de la nulidad en el dolo causante son dos: primero, el vicio del consentimiento, por estar otorgado bajo la acción de un engaño, siendo la expresión de una voluntad forzada, en el sentido de que, á no mediar aquél, no se hubiera otorgado ésta; y segundo, al amparo y protección de la buena fe y el castigo de la mala, por el motivo de que el dolo no puede favorecer á quien lo comete. *Dolum auctoris bonae fidei emtori non nocere* (Cód., lib. IV, tít. XLVIII, ley 3.^a). «El dolo del vendedor no puede perjudicar al comprador»»¹⁴².

[C] Por último, para De Cossío y Corral:

La «[a]stucia, maquinación, artificio dirigidos a producir un engaño, son los elementos que caracterizan ante todo al acto doloso.

Vid. además DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 321; ESPÍN CÁNOVAS (1979) p. 463; LUNA SERRANO, *infra*, nota 592; MORALES MORENO, *infra*, [56] [A] y [70] b); QUICIOS MOLINA (2020) 203, p. 1589; MONSERRAT VALERO, *infra*, nota 1295 a).

¹³⁹ MANRESA Y NAVARRO, «Artículos 1269 y 1270» (1901) p. 623.

¹⁴⁰ Antes, SCAEVOLA se había referido a la P 7.16.1 (que recuerdo, trata del dolo malo y del dolo activo y del omisivo y la transcribo *supra*, [11] [A]), a los códigos civiles francés y belga, al código portugués, al código argentino, y al código mejicano [(1904) p. 639].

¹⁴¹ SCAEVOLA (1904) p. 639.

¹⁴² SCAEVOLA (1904) p. 643.

La traducción de GARCÍA DEL CORRAL (1892) del citado Cód., lib. IV, tít. XLVIII, ley 3.^a: «*Los mismos Augustos á DIAFANIA.*— Es de derecho cierto, que el dolo del vendedor no le perjudica al comprador de buena fé./ Publicada á 4 de las Calendas de Octubre, bajo el segundo consulado de MÁXIMO, y el de Eliano. [223]» (mayúsculas del original).

[...]

Así la violencia o la intimidación, por ejemplo, constituyen actos dolosos en sentido general, y que suponen también como consecuencia un vicio del consentimiento; pero no por ello pueden ser identificados con el dolo vicio de la voluntad, del que les separan sustanciales diferencias. El *engaño* es, por lo tanto, la esencia del dolo» (cursiva, negrita en el original)¹⁴³.

[18] La *tesis amplia* del dolo incluye el supuesto del error provocado (o inducido; y el error mantenido) y aquellos otros en que, no existiendo error (o no existiendo necesariamente error), el sujeto consiente a la celebración del contrato porque el otro contratante, por ejemplo, le influyó indebidamente o abusó de su posición de superioridad. Hubo un comportamiento contrario a la buena fe. En la tesis amplia, el dolo vendría a funcionar como una especie de refugio para situaciones que no encajan directamente en los otros vicios del consentimiento del Código civil (dados sus requisitos de aplicación).

Defienden la tesis amplia del dolo, De Castro y Bravo, Morales Moreno, Llobet I Aguado, y Díez-Picazo y Ponce de León (este, más matizadamente) como sigue [también la defiende M. J. Marín López, *infra*, nota 236, c)].

a) De Castro y Bravo advierte que «[e]l concepto de dolo, como engaño que induce al error al declarante, ha sido aceptado de modo tan general, que puede parecer temeridad ponerlo en duda»¹⁴⁴. Sin embargo, «examinando con atención las decisiones de los tribunales, antiguas y modernas», se advierte «que se consideran viciados por dolo negocios jurídicos en los que no hubo error, sino indebida influencia sobre la voluntad de quien declara»¹⁴⁵. En su opinión, el tenor del artículo 1269 CC «no requiere que se limite el dolo a las maquinaciones que produzcan error; pues el mismo calificativo que se les ha puesto, «insidiosas», antes alude a las emboscadas («in-sidire»), con sus implicaciones de peligros e intimidación, que al mismo engaño»¹⁴⁶. «[D]e la manera como en el antiguo Derecho se usara la «exceptio doli generalis»¹⁴⁷,

¹⁴³ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 326.

¹⁴⁴ DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 196, p. 148.

¹⁴⁵ DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 196, p. 148.

¹⁴⁶ DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 197, p. 149; «en el dolo, la atención se centra en el carácter reprochable del actuar insidioso de quien induce la declaración».

¹⁴⁷ a) Sobre la *exceptio doli* romana, JÖRS/KUNKEL explican: «2. El dolo se podía combatir por el perjudicado también por vía de excepción al ser demandado por la otra parte. La *exceptio de dolo* (*exceptio doli*) tenía un ámbito de aplicación extraordinariamente extenso, hasta el punto de ser la más importante de todas las excepciones. Los dos aspectos en que se podía proponer la *exceptio doli* vienen reflejados en su fórmula procesal: *Si in ea re nihil dolo malo Aⁱ Aⁱ factum sit neque fiat* (Gayo, 4, 119): El demandado podía alegar que la relación jurídica cuya efectividad pretendía el demandante padecía del vicio originario de dolo, por haberle éste inducido a contraer la obligación valiéndose del engaño (*exceptio*

«[s]e ha hecho posible atender debidamente a la mala fe en la conclusión de los contratos y, así, considerar anulables contratos que no eran impugnables por error, violencia o temor, pero que, eso sí, se habían consentido en virtud de una maquinación inductora de error (sin los requisitos del art. 1266) o que provoca o aprovecha una situación de temor o de falta de libertad (sin las notas del art. 1267)»¹⁴⁸. De Castro y Bravo entiende que el dolo sirve «para poten-

tio doli praeteriti o *specialis: si in ea re nihil dolo mal A¹ A¹ «factum sit»*); o se podía oponer a su demanda con la alegación de que el ejercicio judicial de su acción era un acto desleal y doloso del demandante (*exceptio doli praesentis* o *generalis: si in ea re nihil dolo malo A¹ A¹ ... «fiat»*). Se daba esta segunda hipótesis de excepción de dolo, por ejemplo, si el heredero, contrariamente a la voluntad del causante, por él conocida, aunque no manifestada en la forma que el derecho exige para que obligue, hacía valer un derecho transmitido en la herencia (Jul. D. 39, 6, 18, 2; y Marc., eod., 28). En otros lugares hemos encontrado otros casos de excepción [...]. El objeto de la excepción de dolo presente era privar de fuerza al derecho formal del actor cuando su ejercicio se estimaba contrario a la buena fe y a la lealtad» [(1937) reimp. 1963, § 160 p. 370].

b) Sobre el derecho romano y la *actio de dolo*, también según las explicaciones de JÖRS/KUNKEL, *infra*, nota 282 c).

Sobre el derecho romano, *vid.* además las consideraciones de DE CASTRO Y BRAVO, en la nota inmediatamente siguiente, en b).

¹⁴⁸ a) DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 198, p. 150; continúa: «[m]odo de proceder que, además, lleva a poner en armonía la regulación de la perfección de los contratos con la de los efectos de los contratos; según la que se atiende a la buena fe (art. 1258)».

b) Por otro lado y en diversas ocasiones, DE CASTRO Y BRAVO se refiere al *derecho romano*, que *influye en su entendimiento del dolo del Código civil*:

b.1) En concreto y *con carácter general*, DE CASTRO Y BRAVO precisa, que «[l]os textos romanos sobre la acción y excepción por dolo han sido utilizados en dos sentido principales. Uno, para considerarlo determinante de un vicio de la voluntad, a lo que lleva una cierta semejanza con las reglas sobre la violencia y el error. Otro en el general condena del dolo, como contrario a la buena fe» (§ 194, p. 147; en nota 3 de p. 147 cita D 17, 2, 3, § 3, que transcribo *supra*, [12] primera [A]).

b.2) *Además*, «[...] cuando se ha leído con despacio el referido fragmento de Ulpiano [DE CASTRO Y BRAVO se refiere a D 4, 3, 1, § 2, que transcribo *supra*, [12] primera [A]], surge la duda sobre su significado; porque precisamente la utilización del engaño limitado al error; como carácter esencial del dolo, se encuentra en la definición de Servio, que es la criticada por Labeón; y ésta es una crítica que hace suya Ulpiano. En la definición de Labeón, la calificada de verdadera por Ulpiano, se moteja de dolosa toda astucia, engaño o maquinación dirigida a jugársela, hacer caer o engañar a otro; es decir, se emplea una serie de vocablos, más o menos sinónimos, pero con los que se amplía el ámbito del dolo, hasta comprender cualquier clase de maquinación maliciosa; de modo que no parece que pueda limitarse a la productora de un error: Lo que puede creerse confirmado por la importancia decisiva dada a la protección frente a la malicia [en nota 12 de p. 149 cita D 4, 3, 1, pr y D 17, 2, 3, § 3, los que transcribo *supra*, [12] primera [A]] y a que el mismo Ulpiano diga que quien causó el miedo ha de responder también por dolo [en nota 13 de p. 149 cita D 4, 2, 14, § 13, que transcribo *supra*, [12] primera [A], y Paulo 1, 8,2]» (cursiva mía; § 196, pp. 148-149).

b.3) *Y trasladándose en el tiempo*, DE CASTRO Y BRAVO afirma que «[e]n el Derecho común y en el moderno se facilita la aplicación del calificativo dolo, al perder la «actio doli» su carácter infamante y generalizarse la utilización del principio de la buena fe. La práctica y la doctrina antiguas han venido adjetivando de «maquinaciones dolosas»: la captación, la sugestión, el infundir temor no grave, el ejercitar violencia irresistible, el aprovecharse de la debilidad física o mental; por ejemplo, en casos de constitución de mayorazgos, celebración de esponsales, matrimonio, testamento y, en general en los contratos» (cursiva mía; § 196, p. 149).

Por otro lado, y con apoyo en De Castro y Bravo, M. J. MARÍN LÓPEZ (2020) 140, p. 706 [a coordinar con lo que dice *infra*, nota 236 c)].

ciar aquellos [vicios del consentimiento] que, por sí mismos, no producirían la anulación del negocio»¹⁴⁹.

[A] *El terror ambiental, el estado de necesidad y el de peligro, y el aprovechamiento de la situación de debilidad del otro contratante*

Conectando con lo expuesto por De Castro y Bravo, está la cuestión de, si los contratos celebrados, existiendo terror ambiental, o estado de necesidad o de peligro, o aprovechándose de la situación de debilidad del otro contratante, pueden anularse o considerarse nulos y a través de qué vía jurídica (dolo, intimidación, violencia, causa ilícita, causa inmoral), o si ello no es posible. A continuación expongo, al respecto, las opiniones de algunos autores, permitiendo una visión que complementa a la del dolo, la que me interesa.

[A.1] *El temor ambiental, el estado de necesidad y el de peligro según De Castro y Bravo*

a) *A propósito del terror ambiental*, De Castro y Bravo apunta la exigencia del carácter determinante de la intimidación «se ha tenido en cuenta por los tribunales para rechazar las muchas peticiones de anulación de los contratos realizados en un ambiente inconcreto de temores (guerra civil), y respecto de los que no se había probado la existencia de una intimidación dirigida a la celebración directa y concreta del contrato impugnado (S. 4 julio 1944, 10 junio 1947, 28 octubre 1947). En otras sentencias, sin embargo, se ha tenido en cuenta la existencia de una «situación de terror», dado el «ambiente revolucionario», para la anulación de los contratos. Estas decisiones no parece que deba entenderse que significan el abandono de la doctrina antes referida. *Más que a la intimidación, atienden a la conducta dolosa (art. 1269) de quien «se propuso aprovechar, para obtener ventajas injustas, el temor insuperable que racionalmente pensando había de producir en el espíritu del denunciado»* (S. 18 febrero 1944; comp. también, S. 18 noviembre 1944, 20 febrero 1947, 4 diciembre 1948)» (cursiva mía)¹⁵⁰.

¹⁴⁹ DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 203, p. 152; inmediatamente antes del texto que reproduzco en el cuerpo del texto, decía: «El Código define el dolo describiendo la conducta del contratante que actúa dolosamente; mas en cuanto vicio de la voluntad, no puede dejarse sin considerar el impacto que ella produce en el ánimo de la víctima, del otro que es inducido a celebrar el contrato (artículo 1269). Tal inducción podrá producirse de varios modos; en general afectando al conocimiento o a la libertad de quien hace la declaración».

¹⁵⁰ a) DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 183, pp. 141-142.

b) GARCÍA VICENTE analiza la *jurisprudencia* sobre el terror ambiental, que «se ha suscitado entre nosotros, sobre todo, durante el período de posguerra, la más de las veces al amparo de las normas específicas de impugnación de los contratos celebrados en la denominada «zona roja»» (p. 1915). Explica, «[q]ue sobre todo se ha alegado el artículo 2 de la Ley 5-11-1940, *de anulabilidad de los contratos celebrados en la zona roja*», el cual dispone: «Serán también anulables, con arreglo a las normas de esta Ley, aquellos contratos, que otorgados en la zona y durante la dominación roja, se demostrase que por la violencia o la intimidación de que fue víctima uno de los otorgantes, la coacción que se ejerciera sobre su persona o la de sus familiares, el dolo concurrente en el otro contratante u otras circunstancias suficientes a anular, según las disposiciones del Código civil, la libertad del consentimiento, deben estimarse carentes

b) *Sobre el estado de peligro o de necesidad*, De Castro y Bravo apunta que, «[s]iguiendo la dirección romanista, no se considera impugnabile el contrato celebrado en estado de peligro o de necesidad, aunque éste suponga una situación de grave temor; por ejemplo, contrato de servicios o de donación remuneratoria, para ser liberado de bandidos, extraído de un pozo, ocultado en un momento de persecución»¹⁵¹. Tan sólo en el Derecho marítimo existe una disposi-

de la condiciones de validez». Para atender a las impugnaciones propias de su ámbito de aplicación, la Ley creó [...] un Tribunal de apelación en Madrid, el «Tribunal especial de contratación en Zona roja» [TECZR] y prohibió expresamente el recurso de casación contra sus resoluciones (art. 21). Si se impugna al amparo de esta ley «excepcional» [así, STECZR 15-2-1943 [...] no cabe el ejercicio de las acciones comunes (art. 26.I) lo que explica que haya sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal especial que se pronuncien sobre la eficacia anulatoria del terror ambiental durante la guerra civil» (p. 1915).

Apuntado lo anterior, GARCÍA VICENTE caracteriza la jurisprudencia sobre el contrato celebrado con terror ambiental, señalando que esta «perfila la eficacia del terror ambiental desde dos consideraciones: la primera, *reconduciendo el problema a la imputabilidad de la amenaza a un sujeto concreto*; la segunda, *remitiendo su solución al aprovechamiento de la situación de peligro o temor*» (cursiva mía; p. 1915).

Para la primera consideración, GARCÍA VICENTE informa que «se dice que *no es suficiente para invalidar el contrato que éste se celebrara en un general y público ambiente de coacción moral*: SSTECCR 15-2-1943 [...], 16-6-1944 [...], 21-6-1944 [...], 7-2-1945 [...] y STS 30-4-1947 [...]; aunque desde la perspectiva de la determinación del sujeto que infunde el temor *se acepta la anulación* cuando la amenaza procede de «organizaciones sindicales rojas» u «organismos marxistas», así en la STS 25-6-1953 [...] aunque en el caso se estimara la prescripción de la acción» (p. 1915).

Para la segunda consideración, señala GARCÍA VICENTE que «[e]n ocasiones se acepta el aprovechamiento de la coacción ambiental como causa de impugnación, como ocurre en el caso resuelto por la STS 18-2-1944 [...]». Además, también se acepta la impugnación contractual «cuando esta coacción ambiental concurre con la amenaza procedente de un sujeto determinado [caso de las SSTs 30-6-1944 [...] y 20-2-1947 [...] o de la sentencia TECZR 7-6-1945 [...]]» (p. 1915).

Por otro lado, GARCÍA VICENTE destaca que «[l]a determinación de los casos en que se aprecia la coacción ambiental y su influencia sobre la voluntad de la víctima *esta sujeta a una significativa arbitrariedad judicial, tal vez inevitable en aquella época*. Por ejemplo, no se valora como tal el anuncio de la consignación desde un coche de carabinieri [caso de la STECZR 13-3-1944 [...]] ni tampoco las fechorías, extralimitaciones, incautaciones, expoliaciones y detenciones llevadas a cabo por los «rojos», caso de la STECZR 16-6-1944 [...]. Un ejemplo nítido de la extrema arbitrariedad y sesgo político de las decisiones judiciales en aquella época lo tenemos en el caso resuelto por la STS 30-4-1947 [...] en el que el propósito de ocultar bienes a la acción de los Tribunales constituidos, después de la guerra, para la exacción de responsabilidades políticas es la clave de su solución y del repudio de la pretensión de anulación, como una (implícita) aplicación del principio *tu quoque* (no cabe dar cobijo al recurso al Derecho para eludir las consecuencias sancionadoras de los propios actos). En el caso se trataba de una compraventa en situación de necesidad y temor infundido por la campaña de difamación política a que fueron sometidos los vendedores, al parecer, republicanos» (p. 1916). *En opinión de GARCÍA VICENTE, no le «parece necesario resolver la eficacia anulatoria de la violencia política o ambiental en sede de intimidación [...] porque puede recurrirse al aprovechamiento por el otro contratante de la situación de debilidad psicológica o peligro»* [p. 1916; (2003)].

c) *Vid. infra*, siguiente [A.4] en el cuerpo del texto, la opinión de ROGEL VIDE, que entiende que el contrato celebrado por temor ambiental no puede anularse a través del vicio de la violencia; para el temor ambiental y la intimidación, INFANTE RUIZ (2022) pp. 170-172.

¹⁵¹ *Al referirse a la dirección romanista*, DE CASTRO Y BRAVO cita en nota a pie de página a D 4, 2, 9, § 1 [(1971) nota 18 de p. 142], en el cual se lee: «Se debe, empero, advertir, que en este Edicto el Pretor habla en general y con relación a la cosa, y no añade por quién se obró; y por tanto, ya sea una persona particular, la que infundió el miedo, ya un pueblo, ó curia, ó colegio, ó corporación, tendrá lugar este Edicto. Pero aunque el Pretor comprenda la fuerza hecha por cualquiera, *sin embargo, dice discretamente Pomponio, que si porque mejor te defienda ó te libre de la fuerza de enemigos, ó de ladrones, ó de un pueblo, hubiera yo recibido de ti alguna cosa, ó te hubiera obligado, no debo quedar sujeto á este Edicto,*

ción al respecto. [...] ¹⁵². *Ello no obstante, será posible impugnar los otros contratos celebrados en estado de peligro o necesidad si hubiera dolo (art. 1269) o ilicitud de la causa (art. 1275)*» (cursiva mía) ¹⁵³.

[A.2] *El aprovechamiento de la situación de debilidad en las que se encuentra el otro contratante según García Vicente, y Barceló Compte*

a) Para los contratos en los que hubo «aprovechamiento por un contratante de la situación de necesidad, apremio, inexperiencia o circunstancias angustiosas padecidas por su contraparte; o, desde otra perspectiva, el aprovecharse de la superioridad o prevalencia, social, económica o de otra naturaleza, del intimidante o de un tercero sobre la víctima», García Vicente *no considera la vía de la intimidación y acude a la de la causa inmoral, siendo las anteriores dos figuras distintas* ¹⁵⁴.

Por un lado, García Vicente explica que «[l]a diferencia entre intimidación y el aprovechamiento de una situación de peligro, apremio, angustia económica, o de la inexperiencia o ligereza del otro contratante, se funda en dos consideraciones: la primera [consideración], [es] la provocación e imputación de tales circunstancias al contratante beneficiado, de las que se aprovecha pero que no crea;

salvo si yo mismo envié secretamente contra ti esta fuerza; pero que si soy ajeno á la fuerza, no debo quedar obligado, porque antes bien parece que recibí el pago de mi trabajo» [cursiva mía; GARCÍA DEL CORRAL (1889) p. 344].

¹⁵² a) A los puntos suspensivos del cuerpo del texto de DE CASTRO Y BRAVO corresponde esto: «Todo convenio de auxilio y de salvamento estipulado en el momento y *bajo el influjo del peligro* podrá ser, a petición de las partes, *modificado* por el Tribunal Marítimo Central, si estima que las condiciones estipuladas no son equitativas» (artículo 8, pár. I, Ley 24 diciembre 1962)» [cursiva mía; (1971) § 184, p. 142]. En cuanto al párrafo II de este artículo 8: «En todos los casos en que se pruebe *que el consentimiento de una de las partes ha sido viciado por dolo o engaño, o, cuando la remuneración esté, por exceso o por defecto, fuera de proporción con el servicio prestado, el convenio podrá ser anulado o modificado* por el Tribunal a requerimiento de la parte interesada» (cursiva mía).

b) También se refieren a este artículo 8, al exponer el estado de necesidad o la «violencia económica», DEL POZO CARRASCOA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) pp. 245-246.

c) Y al referirse al «aprovechamiento por un contratante de la situación de necesidad, apremio, inexperiencia o circunstancias angustiosas padecidas por su contraparte; o, desde otra perspectiva, el aprovecharse de su superioridad o prevalencia, social, económica o de otra naturaleza», GARCÍA VICENTE, tras señalar que «[e]sta cuestión carece en Derecho privado estatal de una norma general», apunta que sí hay «alguna mención o norma específica, caso de los artículos 1781 CC; 1.º I de la Ley de 23 de julio de 1908 *de represión de la usura*; y 8.º I de la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, *régimen de auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marinos*» [cursiva del original; «Artículo 1265 CC» (2013) p. 9096, *vid.* hasta p. 9097].

d) El artículo 8 de la Ley 60/1962 lo derogó la Ley 14/2014, 24.07, de navegación marítima. En la actualidad, el artículo 7 del Convenio internacional sobre salvamento marítimo, hecho en Londres el 28.04.1989, dispone: «Anulación y modificación de los contratos/ Un contrato o cualesquiera de sus condiciones podrá anularse o modificarse si: a) en la conclusión del contrato intervino una presión indebida o se concertó bajo la influencia del peligro y sus condiciones no son equitativas, o/ b) el pago pactado en el contrato es excesivamente alto o excesivamente bajo en relación con los servicios efectivamente prestados».

¹⁵³ DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 184, p. 142.

¹⁵⁴ Pero GARCÍA VICENTE reconoce, que «[e]s frecuente» que los contratos que he mencionado en el cuerpo del texto se debatan «en los casos de intimidación» [(2003) p. 1916].

y la segunda [consideración], [es] *la consecución de una ventaja excesiva que no pudiera obtenerse legítimamente* (cfr. arts. 4:109 PECL y 3.10 [hoy 3.2.7] Principios Unidroit [que transcribo *supra*, [5] [A] y [C], respectivamente]¹⁵⁵). Es decir, *el desvalor lo es por el resultado*, por ello se ofrecen como solución los

¹⁵⁵ a) *Sobre la excesiva desproporción del artículo 3.2.7 Principios UNIDROIT 2016, según el Comentario oficial de los Principios UNIDROIT:*

a.1) *Sobre sus requisitos*, se destaca que «la ventaja excesiva debe presentarse en el momento de celebrarse el contrato» y que «[l]a expresión ventaja «excesiva» denota que, para permitir la anulación o adaptación del contrato bajo este artículo [3.2.7 Principios UNIDROIT 2016], no basta una desproporción sustancial entre el valor y el precio o algún otro elemento que rompa el equilibrio entre prestaciones», sino «que se requiere [...] que el desequilibrio de las prestaciones sea de tal magnitud, de acuerdo con las circunstancias, que resulte escandaloso para una persona razonable» (cursiva mía; Comentario 1, p. 120). Además, la ventaja «debe ser [...] injustificada» y para determinarlo «se deben valorar todas las circunstancias del caso», mereciendo «una especial atención» los «dos aspectos concretos», esto es, los de las letras a) y b), del artículo 3.2.7 (1) Principios UNIDROIT (cursiva mía; Comentario 2, p. 120).

El primero de esos dos aspectos del artículo 3.2.7 (1) Principios UNIDROIT, el de la letra a), consiste en «que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación». Se destaca para «la dependencia de una parte frente a la otra, [que] no es suficiente por sí misma que una de las partes mantenga una posición negociadora dominante en razón de las condiciones del mercado» e inmediatamente se pone el «[e]jemplo/ «A», dueño de una planta automotriz, vende una anticuada cadena de producción a «B», una entidad gubernamental de un país ansioso de motar su propia industria automotriz. Sin recurrir a maniobra alguna en cuanto a la eficacia de la cadena de producción, «A» logra fijar un precio manifestamente excesivo. «B» podría anular el contrato al descubrir que ha pagado una suma acorde con la adquisición de una cadena de producción mucho más moderna» (cursiva mía; Comentario 2, p. 121).

El segundo aspecto del artículo 3.2.7 (1) Principios UNIDROIT 2016, el de la letra b), es el de «la naturaleza y finalidad del contrato». «Existen situaciones en las que una ventaja excesiva es injustificada, aun cuando» su beneficiario «no haya abusado de la posición negociadora más débil de la otra parte» y su determinación «dependerá de la naturaleza del contrato y finalidad» (cursiva mía; Comentario 2, p. 121). Se explica al respecto, que «una cláusula del contrato que establezca un plazo demasiado breve para comunicar defectos en las mercaderías o en los servicios, podrá ser considerado una ventaja excesiva para el vendedor o prestador de servicios dependiendo de la especie de mercaderías o servicios de que se trate»; lo mismo, «la comisión cobrada por un agente comercial, establecida en base a un porcentaje del precio de las mercaderías vendidas o servicios prestados, podrá justificarse por la contribución sustancial prestada por dicho agente para celebrar las operaciones, o porque el valor de las mercaderías o servicios no es muy alto, pero podría significar una ventaja excesiva en favor de dicho agente si su participación en dichas operaciones ha sido insignificante, o si el valor de las mercaderías o servicios llegare a ser extremadamente elevado» (Comentario 2, p. 121).

Además de esos concretos aspectos de las letras a) y b), «puede ser necesario tomar otros factores en consideración, tales como los parámetros éticos que prevalecen en una determinada rama del comercio» (cursiva mía; Comentario 2, p. 121).

a.2) *Por lo que se refiere a los remedios para la Excesiva desproporción del artículo 3.2.7 Principios UNIDROIT 2016, para la «anulación del contrato o de cualquiera de sus cláusulas [...] [la misma] se rige por las reglas generales establecidas en los Artículos 3.2.11 a 3.2.16 [Principios UNIDROIT 2016] (cursiva mía; Comentario 3, p. 122). Y para la adaptación del contrato o de la cláusula que el juez podrá hacer a instancia del legitimado para anular el contrato, ajustándolo «a criterios comerciales razonables de lealtad negociada» [art. 3.2.7 (2) Principios UNIDROIT 2016], o que podrá hacer «a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato» [cursiva mía; art. 3.2.7 (3) Principios UNIDROIT 2016], se apunta que si las partes no llegaren «a un acuerdo sobre el procedimiento a seguir [para la adaptación], el tribunal deberá decidir si se anula o adapta el contrato, y, en este último caso, en qué términos ha de realizarse la adaptación» [Comentario 3, p. 122]. Además, «[u]na vez que la otra parte realiza la petición de reajuste, la parte*

legitimada para anular el contrato pierde su derecho a pedir dicha anulación, careciendo de todo efecto cualquier notificación de anulación hecha con anterioridad» [Comentario 3, p. 122].

b) BARCELÓ COMPTE informa detalladamente sobre *cómo se llegó a la redacción de la excesiva desproporción de los Principios UNIDROIT*. En concreto:

b.1) En los trabajos preparatorios de los Principios UNIDROIT, la excesiva desproporción «estaba subdividida en dos artículos».

Uno, el artículo 7 relativo «a la desigualdad en el poder de negociación» («Inequality of bargaining power»), que prescribía: «*A party may avoid a contract when the other party has taken advantage of his dependence, economic distress or urgent needs, or of his improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, to obtain terms which make the contract as a whole unreasonably advantageous for the other party and unreasonably disadvantageous for him*» (cursiva del original). Con la figura de la desigualdad en el poder de negociación, explica BARCELÓ COMPTE, «se persigue que el consentimiento sea emitido de una forma totalmente libre; los redactores de la figura aludían al Derecho comparado (con referencias al § 138.2 BGB [que transcribo *infra*, nota 185 b.1]), al § 31 *Nordic Contract Act*, a las previsiones relativas a la *undue influence* del Derecho inglés o al abuso de circunstancias del Derecho neerlandés, entre otros) para proponer una figura que permitiera anular aquellos contratos en que una de las partes hubiera abusado de una situación de superioridad que le hubiera reportado una ventaja excesiva. La regla solo operaría en los casos en que hubiera un abuso de las circunstancias mencionadas en el precepto» y «[e]l contrato debía proporcionar, además, una ventaja excesiva a una de las partes y una desventaja a la otra («*if a party abuses the other party's dependence to sell him rare goods for a price which is low but not unreasonable, the contract cannot be avoided under the provision although it might confer an unreasonably great advantage upon the buyer*»)» (cursiva del original).

El otro artículo era el 8, referido este «a la excesiva injusticia o «unconscionability» («gross unfairness»), que disponía: «*A party may avoid or have revised a contract if at the time of the making of the contract there is an unconscionable disparity between the obligations of the parties or other unconscionable contract terms which grossly upset the contractual equilibrium*» (cursiva del original). Sobre este artículo 8, BARCELÓ COMPTE apunta que «descansa sobre un fundamento relativo a un defecto de la causa onerosa o en una contravención del orden público, como expresión de un negocio ilícito o inmoral. Los contratos desequilibrados excesivamente permitían, pues, que el juez interviniera con el fin de mitigar el desequilibrio o bien de anular el contrato». La autora advierte «que los casos de *unconscionability* no se referían, pues, a la protección del consentimiento contractual, sino que el objetivo del art. 8 era preservar el equilibrio en cuanto al contenido del contrato en sí mismo; por ello, hubo dudas sobre si la sanción correspondiente debía ser la nulidad del contrato en lugar de la posibilidad de anulación a instancia de parte [...]. Además, la figura se ubicaba en el capítulo de los vicios del consentimiento, cuando lo decisivo en la aplicación del art. 8 no era la protección de la libre formación de la voluntad contractual, sino el resultado material del negocio jurídico [...]. La nomenclatura de «*unconscionability*» también generó dudas entre los académicos por ser una institución propia del Derecho americano y, por tanto, demasiado ligada a un sistema jurídico determinado «*and could therefore give rise to misinterpretation, if adopted at universal level, apart from the extreme difficulty of finding an appropriate translation thereof in other languages*» [...]. Por ello no se contempló la posibilidad de revisión del contrato («*or have revised*» [del art. 8]) y se propuso sustituir el término «*unconscionability*» por el de «*gross unfairness*», «*grossly unfair disparity*» o «*unfair contract clauses*». Finalmente, se destacó el carácter excepcional de la figura, aplicable solo en casos en que el contrato o alguna de sus partes fuera considerado como «*grossly unfair*» (cursiva del original).

b.2) Apuntado lo anterior, BARCELÓ COMPTE explica que «[e]xistía una división de opiniones entre partidarios de fusionar ambos artículos [7 y 8] en una sola figura (alegando que el art. 8 no estaba en consonancia con el resto del articulado, que lidiaban con aspectos relativos a los vicios del consentimiento) y detractores [de la fusión de los arts. 7 y 8] que argumentaban que había casos de excesiva onerosidad que no tenían por qué surgir de una explotación abusiva de una parte sobre la otra [...]. Sin embargo, los redactores del texto no querían incorporar una regla general basada en la histórica lesión en más de la mitad». Y «la unión de los dos artículos [7 y 8] no tardó en llegar», proponiéndose «la nomenclatura de *gross disparity* a modo de maridaje de ambos elementos, objetivo y subjetivos, como expresión de la justicia sustantiva y procedimental, respectivamente». «Fueron los profesores Lando y Hartkamp [apellidos, mayúsculas en el original] los que propusieron un nuevo art. 7 con el nombre de «*gross disparity*», que resul-

remedios rescisorios. Pero la adquisición de la ventaja debe *colorearse de ilegitimidad, no bastando la desproporción objetiva*. Por ello, un buen modo de probar la situación de apremio del contratante es constatar la desproporción o injusticia del precio, esto es, la lesión padecida; así, STS 28-10-1947 [...]./ *La conducta de quien se aprovecha es digna de reproche y en defecto de una respuesta legal general, bien pudiera alegarse la inmoralidad del aprovechamiento y con ella la nulidad del contrato por causa inmoral (arts. 1276 [sic, 1275] y 1303 CC); aunque también se haya propugnado la rescisión por lesión en tanto que será habitual la obtención de ventajas excesivas. En este sentido, Martín Pérez [...] que deriva la rescisión de la infracción de la buena fe (art. 1258 del CC) o como sanción a la ilicitud de la conducta de quien se aprovecha de la inferioridad ajena» (apellidos del citado autor, mayúsculas en el original; cursiva mía)¹⁵⁶.*

tó ser el antecedente del art. 3.10 de los PICC [Principios UNIDROIT] en la versión de 2004, y el art. 3.2.7 en la versión de 2010» con la siguiente redacción: «*Gross disparity. A party may avoid a contract if at the time of the making of the contract there is gross disparity between the obligations of the parties or there are contract clauses grossly upsetting the contractual equilibrium, which is unjustifiable having regard to, among other things, a) the fact that the other party has taken unfair advantage of his dependence, economic distress or urgent needs, or of his improvidence, ignorance, inexperience, or lack of bargaining skill, and b) the commercial setting and the purpose of the contract*». Con lo anterior, «*la excesiva desproporción quedó [...] consolidada en el art. 3.10 de los PICC [Principios UNIDROIT] (en la versión de 2004 en el artículo relativo a la gross disparity era el 3.10) desde la doble vertiente de justicia material y procedimental, aunque recientemente algunos autores como Hesselink [apellido, mayúsculas en el original] anotan que la figura de los PICC sitúa el punto de inflexión en la excesiva desproporción entre las prestaciones, ya que es este el test que permitirá anular o pedir la revisión del contrato, mientras que la ventaja injusta obtenida es una circunstancia cumulativa a otros factores. Es decir, que el elemento objetivo tenía más peso que el subjetivo relativo a las circunstancias de debilidad en que se encontraba una de las partes. Y así lo determina, también, la terminología; es decir, gross disparity (excesiva desproporción) pone el acento en el elemento objetivo de la figura» (esta cursiva mía).*

Todo lo anterior, BARCELÓ COMPTE (2019) pp. 81-87 y notas 3, 8, 11, 14 de dichas páginas; *vid.* además nota 17 de p. 86.

¹⁵⁶ a) GARCÍA VICENTE (2003) pp. 1916-1917.

b) *Sobre la jurisprudencia*, GARCÍA VICENTE señala que «[u]n caso propio de aprovechamiento de la situación de necesidad calificado como intimidación es el finalmente resuelto por la STS 28-12-1918 [...] en el que se modificaron extraordinariamente las condiciones contractuales del contrato con la tripulación de un barco aunque también varían sustancialmente las circunstancias de riesgo que rodean el contrato» (cursiva mía). En cambio, «[n]o se aceptó pese a ser un supuesto claro de aprovechamiento de la situación de necesidad en la STECZR 16-6-1944 [...]: se impugnaba por los vendedores un contrato de compraventa de finca urbana celebrado en Valencia en 1938, alegaron para ello que «las fechorías, extralimitaciones, incautaciones y detenciones llevadas a cabo por los rojos produjeron en los demandantes un profundo estado de abatimiento equivalente a la violencia y desde luego de plena intimidación» agravado por varias circunstancias (su avanzada edad, los registros que sufrieron, la expoliación de los muebles de una casa) que infundió finalmente el temor a perder la finca y la vendieron por mucho menos de su valor real; aunque también aceptaron que el contrato se celebró libremente y que lo hicieron para remediar su situación de necesidad» (p. 1917). Añade GARCÍA VICENTE, que «[e]s preciso el aprovechamiento de la situación de necesidad o angustia, no su simple existencia, caso de la STECZR 10-7-1944 [...]», y que «[l]a situación de necesidad es evidente en aquellos casos en los que no se dispone, por las circunstancias, de un remedio jurídico eficaz para impedir la lesión de los propios derechos; así en el caso de la STECZR 4-6-1945 [...], en el que el despojo era inevitable y había temor cierto a la destrucción y el despojo definitivo en el caso de un triunfo republicano. Propiamente no supera el «test» de la alternativa razonable y por ello hay intimidación relevante. En ocasiones la situación de apremio es aprovechada para obtener ventajas contractuales, así en el caso en que el deudor se aprovecha de la inminente situación

Por otro lado, según García Vicente, «[u]n lugar de colisión entre intimidación y aprovechamiento de la situación de inferioridad lo encontramos en el ámbito de las presiones negociales admisibles» (cursiva mía)¹⁵⁷. Añade, que «[c]iertas presiones negociales son ilícitas (en el caso amenazar con el despido) pero carecen de la gravedad suficiente para configurar la intimidación, así las SSAP Málaga 20-4-1999, sección 6.^a [...] y Málaga 5-10-1999, sección 6.^a [...] o también el señalar las dificultades en la promoción profesional [caso de la SAP Madrid 10-7-1999, sección 10.^a [...]», y en tales «supuestos debe valorarse específicamente la superioridad o prevalencia entre los contratantes que supone un elemento añadido y que configura la presión negocial»; «[e]s decir, la desigualdad entre los respectivos poderes de negociación influye decisivamente en la licitud de ciertas presiones negociales, que, por tanto, no lo son intrínsecamente sino que su ilicitud depende de cuál sea la relación que medie entre los contratantes» (cursiva mía)¹⁵⁸.

b) Por su parte, Barceló Compte, tras referirse a que Díez-Picazo y Ponce de León «vincula la inmoralidad al propósito del fin negocial; es decir, «el estigma de causa opuesta a la moral [...] será merecido cuando, por inmoral, el resultado práctico del negocio lo repugne la consciencia social y ella lo considere indigno de amparo jurídico», se cuestiona si «¿[e]l aprovechamiento de un estado de necesidad de la otra parte que acarree una destrucción del equilibrio económico del contrato puede dar lugar a un contrato con causa ilícita por ser contraria a la moral?», a lo que responde que «[e]ntendemos [Barceló Compte] que podría recurrirse a la moral como herramienta para tutelar el contratante económicamente más débil en aquellos casos en que haya una flagrante e injusta explotación, que vaya en contra de la consciencia pública y de lo que es asumido como justo por la sociedad, a falta de la normalización jurídica de la figura de la ventaja injusta (en el contexto del CCE [Código civil español]). Podría recurrirse a la moral como forma de actuar general para proteger a la parte débil en los supuestos descritos por los casos de explotación injusta, en los que [...] existe una emi-

concurral de su acreedor para obtener de él una condonación parcial de su deuda, caso de la STS 5-4-1993 [...]./ Otras veces la situación de apremio de un contratante, que le obliga a conceder ventajas contractuales sobrevenidas (novación), le es imputable porque, por ejemplo, se ha comprometido con terceros y en tal caso el aprovechamiento es lícito, así en las SSTS 16-1-1987 [...], 22-4-1991 [...] y 16-7-1991 [...]. Pero en otras ocasiones el aprovecharse de los compromisos contraídos con terceros puede dar lugar a intimidación si se acompaña de otras circunstancias, principalmente del ejercicio abusivo de los medios de defensa contractual, en particular prevaliéndose de la tardanza de los medios judiciales coactivos, como ocurrió en el caso de la STS 5-10-1995./ Por último hay ocasiones en que la dinámica de la propia relación contractual impide considerarla como situación de apremio relevante, así en la STS 21-1-1993 [...] donde se impugnó un convenio de liquidación de un seguro de daños con la simultánea renuncia al ejercicio de acciones de resarcimiento ulteriores, por las dificultades financieras de la asegurada si no cobraba rápidamente» [(2003) pp. 1917-1918].

¹⁵⁷ GARCÍA VICENTE (2003) p. 1918.

¹⁵⁸ GARCÍA VICENTE (2003) p. 1918; continúa: «Debemos atenernos a la intensidad de las situaciones de dependencia contractual, que será variable en los contratos de trabajo, de arrendamiento de servicios, o, también, de los de franquicia o concesión». Vid. además, pp. 1924-1928, en donde GARCÍA VICENTE se ocupa de cuándo una presión negocial es lícita y cuándo ilícita, a propósito del vicio de la intimidación.

sión del consentimiento no del todo consciente, por la parte débil, fruto de un contexto negocial determinado que es aprovechado por la otra parte y que resulta en un contrato que le reporta, a esta última, un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta»¹⁵⁹.

[A.3] *El estado de necesidad según Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy y Bosch Capdevila*

Para estos autores, el estado de necesidad, *no acomodado en la intimidación, lo está en la violencia del artículo 1267.I CC*¹⁶⁰.

Tras destacar que en el vicio de *la intimidación*, el temor *debe* infundirlo o provocarlo *otro sujeto* (arts. 1268 y 1267.II CC), afirman que «[n]o ocurre lo mismo en la violencia», ya que «[e]l verbo utilizado en relación a la violencia por el art. 1267.1 CCEsp —«se emplea— permite entender que la otra parte contratante utiliza o se aprovecha de las circunstancias, *pero no es necesario que sea ella misma quien provoque esta situación*. El significado de «se emplea» (se aprovecha) es distinto de «se inspira» (se causa) [del art. 1267.II CC para la intimidación]» (cursiva mía)¹⁶¹. Ilustran con el siguiente ejemplo el estado de necesidad y explican: «después de un alud de nieve que dejan aislados a unos montañistas, llega una patrulla de salvamento, que exige para el rescate el pago de una cantidad diez veces superior al coste normal del servicio. La alternativa es aceptar el precio o bien esperar otra hipotética patrulla que no se sabe si algún día llegará. Lógicamente, los montañeros aceptan las condiciones que les son impuestas. En este caso, parece evidente que existe *una fuerza irresistible*, un estado de necesidad, que debe encajar dentro del concepto de violencia del art. 1267.1 CCEsp. *La situación no ha sido creada ni por el otro contratante ni por un tercero, más nadie puede negar que el consentimiento no es libre, y que la fuerza que impulsa a contratar es irresistible*» (cursiva mía; en el original, este ejemplo en caja y letra más pequeña que el resto del cuerpo del texto)¹⁶².

¹⁵⁹ BARCELÓ COMPTE (2019) pp. 60-61.

¹⁶⁰ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA explican: «[...] si no existen amenazas, sino una situación de necesidad, la regla general es que no se puede anular el contrato. Surge entonces la cuestión de por qué se da esta diferencia de trato entre el consentimiento prestado a consecuencia de las amenazas causadas por un tercero [art. 1268 CC], y el prestado en un estado de necesidad. La respuesta parece inmediata: porque en el primer caso estamos ante un acto punible causado por un agente externo, punibilidad que no se produce en las situaciones de necesidad. Ahora bien, tal solución no resulta del todo coherente con la teoría de los vicios del consentimiento. Obsérvese que, conforme a la regulación del Código Civil español, puede ocurrir que un contrato se anule a pesar de que el otro contratante sea completamente «inocente», es decir, que no haya tenido nada que ver con las amenazas. La razón es que el consentimiento se encuentra viciado. *En cambio, en el caso en que una parte, conociendo la situación angustiosa de la otra, obtiene provecho de tal situación al concluir el contrato en unas condiciones muy ventajosas para ella, conforme a la regulación del Código Civil español, el contrato no podría anularse, a pesar de que el consentimiento de la parte perjudicada se halla viciado por la falta de libertad ocasionada por su angustiosa situación. Pues bien, otra consecuencia de la distinción entre violencia e intimidación es que el estado de necesidad puede dar lugar, si se cumplen ciertas circunstancias, a un vicio de violencia, pero no a la intimidación*» [cursiva mía; (2021) p. 245].

¹⁶¹ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 245.

¹⁶² DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 245.

Por último, Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Capdevila recuerdan que «[l]os contratos concluidos en una situación de necesidad pueden anularse, en muchos ordenamientos jurídicos, acudiendo al concepto de explotación injusta, recogido en las propuestas armonizadoras del Derecho de contratos (arts. 4:109 PECL, II.-7:207 DCFR [que transcribo *supra*, [5] [A] y [B] respectivamente], 51 CESL¹⁶³), y en el art. 621-45 CCCat (se trata en este caso de un supuesto de rescisión del contrato)»¹⁶⁴. Ahora bien, «[e]n el Código Civil español, *el concepto que hemos propuesto de violencia, junto a la interpretación inspirada en la realidad social actual (art. 3.1 CCEsp) –léanse las propuestas armonizadoras del Derecho contractual– puede permitir anular un contrato en el que la amenaza constituya una «fuerza irresistible», aunque tal amenaza no haya sido provocada ni por el otro contratante ni por un tercero, y aunque no recaiga sobre la persona o el patrimonio del contratante que sufre el vicio, o de su cónyuge, ascendientes o descendientes. Lo esencial y lo que caracteriza la violencia es la «fuerza irresistible», con independencia de quien amenace o sufra el mal con el que se amenaza» (cursiva mía)¹⁶⁵.*

¹⁶³ Artículo 51 de la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea* (CESL): «Explotación injusta/ Una parte podrá anular un contrato si, en el momento de su celebración: a) tenía una relación de dependencia o de confianza con la otra, se encontraba en dificultades económicas, tenía necesidades urgentes o era imprevisora, ignorante o inexperimentada; y/ b) esta otra parte sabía o cabía esperar que supiera dicha situación del otro contratante y, atendidas las circunstancias y la finalidad del contrato, se aprovechó de ello para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja injusta».

Para este artículo 51 CESL, PFEIFFER (2012) pp. 276-284.

¹⁶⁴ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 246. Me ocupo del artículo 621-45 CCCat *infra*, [136] [A].

¹⁶⁵ a) DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 246.

b) La tesis que expongo en el cuerpo del texto adscribiéndola a DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA en su obra *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, BOSCH CAPDEVILA la defendía *solo y previamente*, en un trabajo que publicó en la *RCDI*, 2009, pp. 57-96 (en concreto, pp. 70-73). En su obra *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA advierten que, «[c]omo es habitual en la serie Derecho civil de Cataluña, los tres autores asumimos el conjunto de la obra, aunque la redacción base de los capítulos [...], y la de los 1, *11 a 16*, 18, 21, 25, 26 (epígrafes 1 y 2), 28 y 32 [corresponde] a Esteve BOSCH» [en el original, todo el texto va en cursiva, y la cursiva aquí, de lo que reproduzco, es mía; (2018) p. 16]. En el Capítulo 12, «Elementos del contrato», es donde los tres autores exponen la tesis que incardina el estado de necesidad en la violencia del artículo 1267.I CC.

También para la reinterpretación de la violencia del artículo 1267.I CC, incluyendo al estado de necesidad, BOSCH CAPDEVILA, «Artículo II.-7:207» (2012) p. 495, *vid.* desde p. 494.

c) En su antes citado trabajo de la *RCDI* de 2009, BOSCH CAPDEVILA apunta y explica *además*: «debemos plantearnos [BOSCH CAPDEVILA] la cuestión de si, conforme al Derecho vigente, puede intentar irse más allá de lo que parece permitir al respecto la regulación legal vigente. Y, en este sentido, y a *pesar de que el Código Civil español no contemple de manea expresa la posibilidad de anular el contrato celebrado en estado de necesidad, y que ésta sólo podría encajar en el estado de violencia, cuando constituya una «fuerza irresistible», pueden proponerse los siguientes mecanismos para conceder trascendencia jurídica al estado de necesidad como vicio del consentimiento [esta cursiva mía]:/ 1. Una primera vía sería mediante la reformulación del concepto de intimidación, en aras a la armonización con el moderno Derecho europeo de contratos. A pesar de que el artículo 1267 del Código civil restringe el concepto de intimidación a las amenazas del otro contratante o de un tercero, excluyendo implícitamente la falta de libertad que deriva de una situación de necesidad, consideramos [BOSCH CAPDEVILA] que no sería descabellado proponer un concepto más amplio de intimidación que permite incluir cualquier amenaza que ataque la*

[A.4] *El estado de necesidad, el terror ambiental y el aprovechamiento de la previa ausencia o limitación de libertad, según Rogel Vide*

a) *Para los contratos celebrados en estado de peligro*, Rogel Vide entiende que «no puede hablarse, en modo alguno, de violencia»¹⁶⁶, afirmando, «[y] es que, como dice muy atinadamente nuestro Mucius [Scaevola], «si me veo en grave peligro –o lo está una persona de mi familia– y, por salvarme de él o salvar a mi pariente, ofrezco una cantidad a otro sujeto, quedo obligado para con él»¹⁶⁷.

libertad contractual, sea cual sea su origen. Conforme al artículo 3.1 del Código Civil, la interpretación de las normas debe hacerse conforme a la realidad social del tiempo en que deban ser aplicadas, y no cabe duda que el Derecho europeo y comparado y su proceso de armonización forman parte de tal realidad social./ 2. Además, el principio general de la buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 Cc), contemplado también expresamente en materia de contratos en el artículo 1258 del Código Civil, debe facilitar la condena de aquellas actuaciones que supongan, por parte de uno de los contratantes, el aprovechamiento o explotación de la situación de debilidad de la otra parte y que le reporte un beneficio excesivo./ 3. Y también, cabe en nuestra opinión [BOSCH CAPDEVILA], el recurso a la analogía, al cumplirse los requisitos previstos en el artículo 4.1,2 del Código Civil: a) Existe una laguna legal, que no una exclusión del supuesto, respecto a las consecuencias del contrato en que no existe libertad para contratar a consecuencia de la situación de necesidad. b) Se da una identidad de razón entre el supuesto previsto en el artículo 1267.2 del Código Civil –el contrato celebrado mediante la intimidación– y el contrato celebrado en estado de necesidad: en ambos casos falta la libertad en una de las partes. Y c), a pesar de que las normas sobre nulidad puedan tener naturaleza sancionadora, y que ello pudiera constituir aparentemente un obstáculo para la analogía (art. 4.2 Cc), lo cierto es que, como afirman Gullón Ballesteros [apellidos, mayúsculas en el original], no existe en el del Código Civil español ninguna disposición que consagre el principio de origen francés *pas nullité sanus* [sic] *texte*. No olvidemos, además, que la nulidad del contrato se contempla, más que como sanción para quien se aprovecha de la situación de necesidad de la otra parte, como un beneficio para proteger a la parte débil que sufre el perjuicio./ Todo ello nos lleva a concluir [BOSCH CAPDEVILA] que, si se cumplen determinadas circunstancias, el estado de necesidad podrá posibilitar, en el Derecho español vigente, la anulación de un contrato lesivo. La posible inseguridad que ello pueda suponer quedaría compensada por el componente de equidad que tiene tal solución, y porque constituye un castigo a la mala fe del contratante beneficiado (arts. 3.2 y 7.1 Cc)» [salvo mi advertencia sobre la cursiva, el resto de la cursiva del original; RCDI (2009) pp. 93-95].

¹⁶⁶ ROGEL VIDE (2016) p. 75.

Explica así el *estado de peligro*: «es la situación en que se puede encontrar una persona concreta –o los familiares o allegados de ésta, llegado el caso–, al margen de que sus conciudadanos estén, o no, en situación semejante. Piénsese en una enfermedad repentina, en el riesgo cierto de ser perseguido por razones de venganza, raza o religión, o en cualquier otra circunstancia del género./ En tal situación, en tal estado, una persona puede necesitar, perentoriamente y para salir de ella, la celebración de un contrato de transporte, de servicios, de compraventa o permuta, a celebrar con quien bien puede desconocer dicho estado o, aun conociéndolo, no lo ha generado, estando dispuesto –empero– a sacar al otro contratante del peligro en que se encuentra, asumiendo, incluso y para ello, sus propios riesgos, a cambio de una remuneración igual o superior a la ordinariamente prevista para la obtención de las prestaciones deseadas» [(2016) p. 74].

¹⁶⁷ a) ROGEL VIDE (2016) p. 75.

b) Por mi parte, he consultado al citado SCAEVOLA, que explica la razón de que la violencia y la intimidación de tercero permitan la anulación del contrato, y la *razón de la validez del contrato hecho con otro para evitar un mal por parte del sujeto amenazado*. Transcribo, en lo que interesa, el texto de SCAEVOLA: «d) *Violencia ó intimidación por tercero* (art. 1268). También invalida el consentimiento: porque tanto vale que A me intimide para hacer un contrato en provecho propio, como en favor de B. En uno y en otro caso lo vicioso es mi voluntad, esclava de la fuerza ó del miedo; la falta de libertad con que yo me he manifestado en el contrato. La ineficacia de éste arranca de la presión injusta é ilícita ejercida sobre la voluntad, hágala quien la haga. En este sentido se expresa el *título II del libro IV del Digesto*, repetidamente citado en este estudio, ya en el § 1.º de la ley 9.ª, al decir [...], esto es: «En este Edicto, el Pretor habla

b) *En cuanto al contrato celebrado bajo terror ambiental*¹⁶⁸, si bien «[e]n presencia de un terror de tales características, que tienen presente ambos contratantes, estos pueden llevar a cabo, voluntariamente, contratos que, aun implicando valoraciones de las prestaciones resultantes de los mismos diversas a las que jugarían en tiempos de paz y bonanza, *no pueden decirse, solo por ello, afectados de violencia como vicio del consentimiento*» (cursiva mía)¹⁶⁹.

c) *Y sobre «la privación o limitación de libertad, que existen, aun no propiciadas por el contratante, quien, sin embargo, se aprovecha de ellas», Rogel Vide*, tras apuntar que «[u]n ejemplo que creo haber leído en algún lugar y resulta, en cualquier caso, verosímil, es el siguiente: Durante un largo periplo de pesca en un lugar apartado, el capitán de un buque, constreñido por el comportamiento indisciplinado e indolente de la tripulación que pone en peligro la entera faena, se siente en la necesidad de atender a reclamaciones desmedidas de los marineros, incrementando su sueldo y prolongando el tiempo de duración de sus contratos», dice, «[c]osa del género sucedería –y he tenido ocasión [Rogel Vide] de verlo– *con personas mayores o discapacitadas, que viven en su casa sin compañía y son contactadas por personas que, logrando acceder a la misma, insisten, machaconamente y con éxito, en venderles los más diversos objetos –no apetecidos por las personas en cuestión antes–*, cual copias de cuadros en tres dimensiones, audífonos, electrodomésticos o aparatos musicales de la más diver-

en general y con relación á la cosa, y no añade por quién fué hecho...»; ya que en la *ley 14, § 3.º*, cuando consigna: [...], ó sea: «en esta acción no se investiga, si el demandado ú otro originó el miedo», siendo pertinente agregar á estos textos el de la *ley 5.ª, título XX, libro II, Código* [...]. «No interesa por quién se haya cometido la violencia». / *En cambio será válida la obligación contraída a favor de una persona en consideración al miedo producido por otra. Si me veo en grave peligro, ó á una persona de mi familia, y por salvarme de él ó salvar á mi pariente ofrezco una cantidad á otro sujeto, quedo obligado para con él. Tampoco es esta cuestión original y novísima, pues ya fué decidida en el Digesto, título II del Libro IV, en el que, al final del párrafo primero de la ley 9.ª, se declara que el que por librar á otro de la fuerza de enemigos, ó de ladrones, reciba alguna cosa, no debe quedar sujeto al Edicto, porque parece más bien que recibe el precio por su trabajo, [...]*» [esta última cursiva a partir del punto y aparte, mía, y, para el texto del D 4.2.9.1, *supra*, nota 151; (1904) pp. 637-638].

¹⁶⁸ El *terror ambiental*, lo caracteriza ROGEL VIDE así: «El terror ambiental, aun existiendo y por definición, no es imputable a ninguno de los contratantes ni a un tercero determinado, resultando de circunstancias ajenas a las personas concretas y ordinarias, circunstancias imprevisibles o, aun previstas, inevitables tales como la guerra, las revoluciones, el terrorismo o la peste, circunstancias que afectan por igual a las personas todas, llegando a alterar la vida cotidiana y el valor de las cosas, perdiendo valor las joyas, el dinero o las casas –que no se pueden comer– y ganándolo los alimentos y las medicinas, valga por caso» [(2016) p. 72].

¹⁶⁹ ROGEL VIDE (2016) p. 72. A continuación se refiere a la S 10.07.1941 «del Tribunal Especial sobre contratación en zona roja», en la que «el Tribunal dicho resuelve que «el miedo individual de uno de los contratantes, sin que haya sido producido por el otro o por un tercero, con ánimo de intimidarle para determinar su voluntad a la celebración de tal convenio, está excluido... [sic] de los artículos 1267 y 1268 del Código civil», solución sobre la que ROGEL VIDE afirma que «[b]ien resuelto está. No consta [...] que el comprador hubiese ejercido violencia ni intimidación de ningún género sobre el vendedor y, aun en la hipótesis de que el precio fijado fuese inferior al normal en tiempos de paz, cierto es que el referido comprador asume riesgos no existentes en tiempos de paz tampoco, al margen de que, no habiendo de ser justo el precio –por regla muy general y supuestos tasados de rescisión aparte–, tanto vale una cosa cuanto se paga por ella. *Res tantum valet quantum vendi potest*, que diría Acursio» (pp. 72-74).

Sobre la jurisprudencia del terror ambiental, *supra*, en el cuerpo del texto y anterior [A.1] y nota 150 b).

sa índole, a precios no despreciables» (cursiva mía)¹⁷⁰ y, «[g]losando el artículo 78 referido [del TRLGDCU, que regula el desistimiento del consumidor], Andrés Domínguez dice expresamente que, con base en el mismo, cabe utilizar la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento –*violencia incluida, por supuesto*–. Yo [Rogel Vide] *coincido con él*» (cursiva mía)¹⁷¹.

b) Decía anteriormente al iniciar este [18], que *también* defendían la tesis amplia del dolo, Morales Moreno, Llobet I Aguado, y Díez-Picazo y Poncede León (este, más matizadamente), quienes apuntan que el propio artículo 1269 CC lo permite, ya que su tenor no exige, al que sufrió el dolo, encontrarse en un error cuando celebra el contrato. En sus respectivas opiniones, *el dolo llega a abarcar casos de abuso de situación*. Cada uno de los citados autores lo justifica como sigue.

[A] Para Morales Moreno:

«A menudo se caracteriza al dolo como un error inducido y, seguramente, ésta es la forma más frecuente de manifestarse. Sin embargo, en la descripción del supuesto del artículo 1269 no aparece como requisito necesario el de la inducción al error, sino el de la captación ilícita de la voluntad. *Esto permite ampliar el campo de aplicación del dolo, abarcando casos en los que hay abuso de la situación*» (cursiva mía)¹⁷².

[B] Según Llobet I Aguado:

«Esta concepción del dolo supone poner el acento sobre el elemento objetivo del mismo, es decir, la existencia de «palabras o maquinaciones insidiosas». *Adviértase de paso que el artículo 1269 del Cc sólo determina que las mismas deben haber inducido a la otra parte a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho, sin exigir la producción de error en la víctima del dolo.*

La extensión del concepto de dolo en el sentido indicado presenta, además, la ventaja de asegurar una protección eficaz de la voluntad individual en el periodo precontractual. *Si no se entendiese así, al lado de los vicios del consentimiento previstos y sancionados por el Código civil, se abriría una laguna consistente en toda una serie de ataques a la voluntad no reprimidos y que se podrían englobar bajo la rúbrica general de «abuso de situación».*

Esta noción de dolo puede también resultar útil en el terreno de las ventas a domicilio, en las que el vendedor utiliza a menudo procedimientos agresivos, explotando la debilidad o inexperiencia de la otra parte, insistiendo hasta que éste presta su consentimiento para librarse de una vez del vendedor.

¹⁷⁰ ROGEL VIDE (2016) p. 63.

¹⁷¹ ROGEL VIDE (2016) p. 65.

¹⁷² MORALES MORENO (1993a) p. 384; tras ello recuerda la opinión de De Castro y Bravo hasta p. 385. *Vid.* además «Artículo 1269» (1993b) pp. 468 y 469. También, «Artículos 1267 y 1268» (1993) pp. 349-350.

A la vista de lo expuesto, *se puede concluir que, si bien lo más frecuente será que el dolo induzca a un error* (lo que hace necesario delimitar las figuras del dolo y error como vicios del consentimiento), *es también posible hablar de dolo vicio del consentimiento sin necesidad de que se produzca un error, en el sentido que se acaba de indicar.*

Según esto, *la nulidad por dolo sería la sanción general de la exigencia de buena fe en la fase previa a la formación del contrato.*

Como puede advertirse, *en estos casos de dolo sin error se produce un abuso de la preeminencia que una parte ostenta sobre la otra: uno de los contratantes se prevalece de la situación de inferioridad en que se encuentra la víctima de la maniobra, ya se deba esa inferioridad a una debilidad física, psicológica o de ambos tipos.*

El que se produzca este abuso no puede inducir a la confusión de considerar los casos de dolo sin producción de error como supuestos de abuso de derecho, lo que conduciría a aplicar a aquél el régimen de éste» (cursiva mía)¹⁷³.

[C] Y Díez-Picazo y Ponce de León:

a) «Ha señalado nuestra jurisprudencia que, en un sentido muy amplio, dolo es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio. Desde este punto de vista, el dolo se asimila a la mala fe y se contrapone a la noción ética de buena fe. Para la existencia del dolo [...]. Basta con que se infrinja, de una manera consciente y voluntaria un deber jurídico que pesa sobre el que actúa. [...]

¿Cómo se aplica este concepto amplio y genérico de dolo al momento de la formación de la voluntad contractual y de la perfección del contrato? En términos generales, puede decirse que el dolo es también aquí un acto o una serie de actos antijurídicos utilizados por una persona para obtener como resultado que otra emita el consentimiento necesario para la formación del contrato. Nuestro Código Civil, en el art. 1269, lo define diciendo [...]. La nota central del concepto de dolo aplicada al momento de la formación de la voluntad contractual (dolo *in contrahendo*) es la insidia. La insidia consiste en una asechanza o un artificio empleado con el fin de producir en otra persona un engaño. La insidia característica del dolo puede resultar de las expresiones que hayan sido proferidas (con palabras) o de los actos que hayan sido realizados (con maquinaciones)¹⁷⁴.

«Históricamente, la raíz del dolo considerado como vicio del consentimiento contractual, se encuentra en la idea de «engaño». El engaño que supone una maniobra intencionalmente buscada y dirigida a producir en el contratante un conocimiento equivocado o una representación mental inexacta acerca de la situación –bienes, personas, circunstancias, etc.– sobre la que el contrato ha de recaer. De ello se ha deducido que el resultado del dolo es siempre un error y que hay una estrecha relación entre el dolo y error considerados como vicios del

¹⁷³ LLOBET I AGUADO (1996) p. 153, pero *vid.* desde p. 149; para la continuación del texto que acabo de transcribir en el cuerpo del texto, *infra*, nota 180 b).

¹⁷⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007) pp. 198-199.

consentimiento. La generalización de esta idea merece alguna matización en un doble sentido:

[...].

b) *Un segundo tipo de problemas consisten en tratar de indicar si en la idea de «maquinaciones insidiosas», entendidas como ardides o artificios pueden encontrarse actos que no busquen el conocimiento equivocado e inexacto sino que incidan de otro modo en la formación de la voluntad contractual. Si así fuera, podríamos incluir en la idea de dolo del art. 1269 CC, algunas formas de captación de la voluntad o de ilícita persuasión con independencia del efecto que en el conocimiento de la situación se pueda haber producido» (cursiva mía)*¹⁷⁵.

b) *«Si según hemos tratado de poner de manifiesto más arriba, el dolo de que habla el art. 1269 CC, no consiste sólo en la insidiosa producción de un equivocado conocimiento o de un error, sino también en todo el conjunto de malas artes utilizadas para persuadir o inducir a la celebración de un contrato, caben dentro de las reglas del dolo los supuestos que los textos más avanzados denominan contratos abusivos o leoninos. Ciertamente, todos los sistemas jurídicos tienden a permitir la anulación de un contrato que ha sido obtenido por medios contrarios a la buena fe. Con elementos procedentes en su mayor parte del Derecho anglosajón, el art. 4:109 PECL [que transcribo supra, [5] [A]] [...]» (cursiva mía)*¹⁷⁶.

[19] *Retornando a la tesis estricta (o restringida) del dolo, supra [17] avancé, situándome en momento temporal más cercano al presente, que la defendían Rojo Ajuria, y Carrasco Perera, autores que, añado ahora, critican la tesis amplia del dolo. A continuación, expongo sus respectivas explicaciones.*

a) En 1994, Rojo Ajuria considera que el dolo *solo incluye el resultado del error provocado* («nos inclinamos por la postura más tradicional») y, si bien admite que «desde una perspectiva de política jurídica pudiese ser razonable propugnar una solución como la del artículo 44.1.º del nuevo Código civil holandés: «Es anulable el acto jurídico formado como consecuencia de una amenaza, de un dolo, o de un abuso de las circunstancias»» (cursiva del original), acaba considerando que «[t]al causa de anulabilidad [la del Código civil de los Países Bajos, que analizo en la siguiente [A]] es indudablemente fuente de inseguridad jurídica, pero más lo sería la confusión indiscriminada en el cajón de sastre del dolo» (esta cursiva, mía)¹⁷⁷. En su opinión, el proble-

¹⁷⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007) pp. 199-200.

¹⁷⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007) pp. 203-204.

¹⁷⁷ ROJO AJURIA (1994) p. 251, *vid.* desde p. 250. Del mismo, también: «[e]n la opinión más habitual el dolo vicio se trata de un error provocado» (p. 19); «[t]ambién, de forma más secundaria, se plantea la

ma apuntado *surge* por «la configuración legal excesivamente estrecha de la violencia e intimidación [del Código civil], o la falta de previsión legal [en el Código civil] para ciertas circunstancias, como el estado de necesidad»¹⁷⁸, pero ello *no permite considerar que los artículos 1269 y 1270 CC incluyan casos de indebida influencia* «y, desde luego, que sean equiparables a la *exceptio doli generalis*»¹⁷⁹. Para Rojo Ajuria, *la solución a tales casos se encuentra* «hoy [...] en otra sede normativa, fundamentalmente en el artículo 7 Cc, y no mediante un engañoso retorno al pasado por la vía del dolo vicio»¹⁸⁰. Además

posible extensión del dolo vicio a conductas de «influencia indebida» sobre el contratante (a semejanza de la doctrina anglosajona de la *undue influence*)» (p. 20).

¹⁷⁸ ROJO AJURIA (1994) pp. 252-253.

¹⁷⁹ ROJO AJURIA (1994) p. 253.

Para la *exceptio doli generalis*, recuérdense las consideraciones de DE CASTRO Y BRAVO, *supra*, [18] a), apuntando «de la manera como en el antiguo Derecho se usara la «*exceptio doli generalis*»». Sobre la *exceptio doli generalis*, *supra*, nota 147 a).

¹⁸⁰ a) ROJO AJURIA (1994) p. 253.

b) En cambio, para LLOBET I AGUADO *no pueden confundirse el abuso de derecho y el dolo*: «Si bien a primera vista las similitudes entre ambas figuras pueden ser grandes, mayores son las diferencias que las separan.

Resultando pertinente, en consecuencia, examinar las principales diferencias entre dolo y abuso del derecho, a fin de deslindar claramente los perfiles que definen a los mismos.

– El *abuso de derecho presupone, tal como su nombre indica, el ejercicio de un derecho, objetiva o externamente legal*. No obstante, su ejercicio anormal o abusivo desencadenará la reacción desfavorable del ordenamiento jurídico.

En los supuestos de dolo sin error, por el contrario, el autor de las maniobras no ejercita un derecho que le corresponde. Nadie, en efecto, está legitimado para actuar dolosamente e inducir a otro a celebrar un contrato contra la que hubiese sido su voluntad libre y querida.

– En el abuso de derecho debe existir una concreta *intención de perjudicar* a otro. Esta intención puede proceder, bien de la voluntad directa de causar el perjuicio, bien de que, aun faltando esa voluntad, sean conocidas por el abutente las consecuencias perjudiciales de su actuación.

En el dolo vicio de la voluntad, si bien lo más frecuente será la producción de un perjuicio, el cual dará lugar a la indemnización que corresponda, éste no es necesario para la calificación de la conducta.

Además, en el abuso de derecho, el daño, tal como señala el art. 7.2 del Cc, debe estar referido a un tercero. «Daño para tercero» debe entenderse como «daño para otro», sea o no parte en la relación jurídica.

En el dolo, caso de producirse un perjuicio, éste afectará siempre a la otra parte contratante.

– El abuso de derecho tiene *carácter excepcional*, de tal modo que, para que pueda hablarse del mismo, tal abuso debe aparecer como manifiesto e indubitado.

De este carácter excepcional deriva la *subsidiariedad* del mismo: sólo se aplicará en defecto de cualquier otro remedio legal particular.

El carácter excepcional no se aprecia en el dolo. Consiguientemente, tampoco reviste la nota de subsidiariedad. Piénsese, así, en la posibilidad de ejercicio indistinto de las acciones de dolo y de saneamiento en la compraventa.

– También son diferentes las *consecuencias que acarrear el abuso de derecho y el dolo*.

En primer lugar, advierte el art. 7.2 del Cc, «la ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo». Ello conlleva la privación de eficacia jurídica a la actuación abusiva y, por ende, la nulidad del acto de extralimitación de facultades jurídicas o su limitación dentro de los cauces del normal ejercicio del derecho.

La consecuencia del dolo, como es sabido, no consiste en la nulidad del contrato, sino en su anulabilidad, es decir, su posibilidad de impugnación durante el plazo y por las personas legitimadas según el Cc (arts. 1300, 1301 y 1302).

y refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (de la que me ocupo *infra*, [21]), Rojo Ajuria apunta que «es cierto que [...] la utilización del término «dolo» [por parte de la jurisprudencia] se mezcla a veces con otras cuestiones¹⁸¹, o se utiliza impropia-mente», pero «*cosa distinta es que en la valoración del dolo vicio, siempre que exista error provocado, se tengan en cuenta las circunstancias personales de la víctima, sobre todo su incapacidad para defenderse, lo cual es lógico*» (cursiva mía)¹⁸².

[A] *El abuso de circunstancia (indebida influencia) en el Código civil de los Países Bajos*

He expuesto que Rojo Ajuria se refería al *abuso de circunstancias* (indebida influencia) del derecho de los Países Bajos (art. 3:44 BW) y *ya mismo* conviene conocer su texto jurídico, realizar un breve análisis y comparar con las regulaciones de los artículos 4:109 PECL y 3.2.7 Principios UNIDROIT 2016 [que transcribo *supra*, [5] [A] y [C], respectivamente].

[A.1] *El texto jurídico*

Artículo 3:44 BW (versión española): «1. Un acto jurídico es anulable, cuando se haya llevado a cabo por amenaza, por dolo o por abuso de circunstancias.

[...]

4. Abuso de circunstancias existe, cuando alguien que sepa o deba comprender que otro por circunstancias especiales, como estado de necesidad, dependencia, ligereza mental, estado de juicio anormal o inexperiencia, sea movido a realizar un acto jurídico, aunque sepa o deba comprender que debería impedirselo.

En segundo lugar, el abuso de derecho, al conllevar un daño, siempre «dará lugar a la correspondiente indemnización» (art. 7.2 del Cc).

El dolo, por su parte, sólo ocasionará el deber de indemnizar en aquellos casos en que se produzca un daño, pues, como se ha sostenido, puede existir aquél sin causación de éste.

En tercer lugar, el abuso de derecho dará también lugar «a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso» (art. 7.2 del Cc), consecuencia que no se aprecia en el dolo, en el cual se sanciona un acto que ha tenido lugar en un momento temporal concreto y se ha agotado en sí mismo» [(1996) pp. 153-154; este texto continúa el que, de Llobet i Aguado, reproduje *supra*, [18] b) [B].

¹⁸¹ Al respecto, ROJO AJURIA advertía que, «[c]aso paradigmático de una mezcla de dolo e intimidación es la sentencia [del Tribunal Supremo] de 27 de mayo de 1957» [(1994) nota 14 de p. 252]. En dicha sentencia, se «rechaza el recurso interpuesto contra la decisión de la Audiencia que, revocando la de instancia, había apreciado simultáneamente dolo e intimidación. Se trataba de una cesión de derechos hereditarios, hecha bajo amenazas de los empleados de un banco de que, en caso contrario, el esposo iría a la cárcel a consecuencia de la sustracción de una cantidad en dicho banco. El recurso se rechaza por la reiteradísima doctrina que distingue entre la calificación jurídica y la cuestión de hecho. Sólo se citan como infringidos los artículos 1267, 1269 y 1270 Cc, y éstos no se refieren a la valoración de la prueba» (p. 45).

¹⁸² ROJO AJURIA (1994) p. 252; en nota 15 de p. 252, ROJO AJURIA cita al respecto una serie de sentencias que indico *infra*, [21] b).

5. Si se ha llevado a cabo una declaración por amenaza, dolo o abuso de circunstancias del lado de alguien que no sea parte en el acto jurídico, no puede ser invocado este vicio frente a una parte contraria que no tuviera ninguna razón de suponer su existencia»¹⁸³.

[A.2] *El análisis del abuso de circunstancias (indebida influencia)*

Sobre el llamado «cuarto defecto del consentimiento» del Código civil de los Países Bajos, Hartkamp informa que *procede* de la doctrina inglesa de la *undue influence*¹⁸⁴ y se trata de un vicio ya adoptado en otros países como Alemania, Suiza e Italia¹⁸⁵.

¹⁸³ a) VAN REIGERSBERG VERSLUYS (1996).

b) Artículo 3:44 BW (versión inglesa): «1. A juridical act may be annulled when it has been entered into as a result of duress, fraud or *undue influence*./ [...].

4. *Undue influence occurs where a person knows or ought to understand that another is being induced to perform a juridical act as a result of special circumstances –such as a state of emergency, dependency, wantonness, abnormal mental condition or inexperience– and promotes the realization of that juridical act, although what he knows or ought to understand should cause him to refrain from so doing.*

5. If a declaration has been made as a result of duress, fraud or *undue influence* on the part of a person who is not a party to the juridical act, this defect cannot be raised against a party to the juridical act who had no reason to assume its existence» [cursiva mía; WARENDORF/THOMAS/CURRY-SUMNER (2013) p. 452].

¹⁸⁴ Sobre la *undue influence*, entre otros y recientemente, INFANTE RUIZ (2021) pp. 3-19 y (2022) pp. 21-25, 39-46, 55-61, 65-127; YÁÑEZ VIVERO (2019) pp. 25-32; GÓMEZ CALLE (2018) pp. 68-86; PALAZÓN GARRIDO (2016b) pp. 1306-1314, *vid.* hasta 1316; *vid.* además CARTWRIGHT (2019) pp. 274-278.

¹⁸⁵ a) HARTKAMP (2015) 86, p. 91.

b) Sobre los aludidos en el cuerpo del texto:

b.1) *Derecho alemán*, § 138 BGB: «Negocio jurídico contra las buenas costumbres; usura

(1) Un negocio jurídico contrario a las buenas costumbres es nulo.

(2) Es en especial nulo el negocio jurídico mediante el cual alguien, aprovechándose de una situación de necesidad, la inexperiencia, la falta de juicio o un vicio de la voluntad notable del otro, se hace prometer o se procura para sí o para un tercero unos beneficios patrimoniales en relación con una prestación que están en desproporción evidente respecto a dicha prestación» [trad. Arroyo Amayuelas; rev. Beckmann (2008) p. 59].

Otra traducción del § 138 (2) BGB: «Es nulo en especial un negocio jurídico a través del cual alguien, mediante la explotación de la necesidad, la falta de experiencia, la falta de discernimiento o la considerable debilidad de voluntad de otro, se haga prometer u otorgar para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que estén en una manifiesta desproporción con la prestación» [JIMÉNEZ MUÑOZ (2010) nota 689 de p. 164; analiza la usura del derecho alemán en pp. 163-166].

b.2) *Derecho suizo*, artículo 21 CO 1911: «1. En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l' une des parties et la contre-prestation de l' autre, la partie lésée peut, dans le délai d' un an, déclarer qu' elle résilie le contrat et répéter ce qu' elle a payé, si la lésion a été déterminée par l' exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience.

2. Le délai d' un an court dès la conclusion du contrat».

Artículo 21 CO 1911: «1. En caso de evidente desproporción entre la prestación prometida por una de las partes y su contraprestación por la otra, la que resulte lesionada podrá, en el plazo de un año, desistirse del contrato y repetir lo pagado, cuando la lesión se deba a su situación angustiosa, lo limitado de sus facultades mentales o su inexperiencia.

2. El año se contará desde la celebración del contrato» [trad. MATEO VILLA (2022) p. 680].

En su anotación a este artículo 21 CO 1911, MATEO VILLA aclara que, «en cuanto al ap. primero *in fine*, *vid.* original; en cuanto al ap. primero, hemos preferido parafrasear en la trad. el texto de la LUE [Ley

Para los *requisitos de aplicación* del artículo 3:44 (4) BW, Van Rossum expone estos: *uno*, que se den las especiales circunstancias contempladas en dicho artículo, si bien, añade, que su listado no es exhaustivo, sino solo ilustrativo; *dos*, que medie un nexo causal entre esas especiales circunstancias y la celebración del contrato; y *tres*, que tenga lugar el abuso de las circunstancias, el cual se produce si la otra parte, que sabe de la situación crítica de la víctima, celebra el contrato, pese a que hubiera debido abstenerse de hacerlo en vista de las reconocibles desventajas de la víctima¹⁸⁶.

Sobre los efectos del abuso de circunstancias (indebida influencia), el contrato podrá anularse (art. 3:44 BW), aunque la parte beneficiada por el contrato puede evitarlo si, oportunamente, propone una modificación del contrato que, adecuadamente, remueva el perjuicio existente (adaptación del contrato; art. 3:54.1 BW); y además, el juez, en lugar de pronunciar la anulación del contrato, podrá, si alguna de las partes se lo solicita, modificar el contrato, suprimiendo el perjuicio (art. 3:54.2 BW)¹⁸⁷.

de Usura [española] de 23.07.1908] para adaptarse al espíritu de la norma, aunque no se ajuste lit. al texto trad.» (nota 25 de p. 680; transcribo el artículo 1 LU, *infra*, nota 1154 b)).

b.3) *Derecho italiano*, artículo 1447 CCI 1942: «Contratto concluso in istato di pericolo. Il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla contraparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, può essere rescisso sulla domanda della parte che si è obbligata.

Il giudice nel pronunciare la rescissione può, secondo le circostanze, assegnare un equo compenso all'altra parte per l'opera prestata».

Y artículo 1448 CCI 1942: «Azione generale di rescissione per lesione. Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dalla stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.

L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto.

La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta.

Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori.

Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione».

Sobre los derechos alemán e italiano, INFANTE RUIZ (2022) pp. 130-135; este autor da también cuenta del vigente derecho francés en pp. 135-138 y del vigente derecho belga, en pp. 135-138. Por mi parte, para el derecho francés, FENOY PICÓN, *supra*, nota 65, y para el derecho belga, *supra*, nota 64. Y para el derecho suizo ENGEL (1997) pp. 298-306.

c) Para el derecho argentino, los artículos 954 CCA (derogado) y 332 CCCA (vigente), *infra*, nota 1357, c) y d).

¹⁸⁶ VAN ROSSUM (2002) p. 212.

¹⁸⁷ a) Artículo 3:54 BW (versión española): «1. La facultad para invocar la anulación de un acto jurídico multilateral por razón de abuso de circunstancias caduca, cuando la parte contraria proponga a tiempo una modificación de los efectos del acto jurídico, la que suprime el perjuicio de una manera contundente.

2. Asimismo puede el juez, cuando así lo solicite una de las partes, en lugar de pronunciar una anulación por razón de abuso de circunstancias, a fin de suprimir este perjuicio, modificar los efectos del acto jurídico» [VAN REIGERSBERG VERSLUYS (1996)].

Artículo 3:54 BW (versión inglesa): «1. The power to invoke undue influence to annul a multilateral juridical act shall lapse when the other party in good time proposes a modification to the consequences of the juridical act which conclusively removes the prejudice.

2. Furthermore, instead of pronouncing the annulment for undue influence, the court may, if one of the parties so moves, modify the consequences of the juridical act to remove such prejudice» [WARENDORF/THOMAS/CURRY-SUMNER (2013) p. 456].

b) Sobre la posible modificación contractual por parte del juez, VAN ROSSUM (2002) p. 213.

Más allá de lo anterior, para el vicio del *dolo*, este se regula en el artículo 3:44.3 BW y se le entiende como error causado; esto es, en el derecho de los Países Bajos se acoge la que sería, para nosotros, la tesis estricta del dolo¹⁸⁸.

[A.3] *La comparación entre los artículos 4:109 PECL (Beneficio excesivo o ventaja injusta) y 3:44.4 BW [abuso de circunstancias (indebida influencia)]*

Según Van Rossum, los requisitos fundamentales del artículo 4:109 PECL *se parecen* a las exigencias del artículo 3:44 (4) BW.

Van Rossum detiene su atención en la exigencia del artículo 4:109 PECL de que, quien quiera anular el contrato, ha de probar que la otra parte obtuvo una ventaja de la situación en la que aquel se encontraba, la cual era groseramente injusta o supuso un beneficio excesivo. Según Van Rossum, el beneficio excesivo

¹⁸⁸ a) Artículo 3:44 BW (versión española): «3. Dolo existe, cuando alguien mueva a otro para realizar un acto jurídico determinado por alguna comunicación falsa hecha intencionadamente a tal fin, o por callarse intencionadamente a tal fin, de algún hecho que el que se calló estuviese obligado a comunicar, o por otro artificio. Alabanzas en términos generales, aunque no sean verdad, no producen por sí mismas dolo» [VAN REIGERSBERG (1996)].

Artículo 3:44 BW (versión inglesa): «3. Fraud occurs when a person induces another to perform a specific juridical act by intentionally providing him with inaccurate information, by intentionally concealing any fact he was obliged to communicate, or by any other artifice. Representations in general terms, even if they are untrue, do not, as such, constitute fraud» [WARENDORF/THOMAS/CURRY-SUMNER (2013) p. 452].

Para el dolo y los apartados 1 y 5 del artículo 3:44 BW, *supra*, [19] a) [A.1] y nota 183 b).

b) Por mi parte y en 2020, informaba así sobre el dolo del artículo 3:44.3 BW: «Para el Derecho de los Países Bajos, Hartkamp y Van Rossum afirman que el *dolo causa (provoca) un error*» [cursiva del original; ADC (2020) p. 1354]; «el autor [Hartkamp] precisa que el Derecho *demanda exigencias más severas para el dolo (el fraude) que para el error*, como que el dolo (el fraude) requiere de una conducta *intencionalmente* engañosa, además de que el dolo (el fraude) *no exige que el error causado cumpla los requisitos dispuestos en el artículo 6:228 BW para el error vicio*» (cursiva del original; nota 94); «Según VAN ROSSUM, en el Derecho de los Países Bajos, el error y el dolo se encuentran estrechamente conectados y de hecho, es el comportamiento doloso (fraudulento) el que causa el error. De conformidad con el Derecho de los Países Bajos, no es el dolo (el fraude) lo que, en sí mismo constituye un vicio de la voluntad, sino más bien el error provocado por el acto jurídico doloso (fraudulento) de la parte que engaña» (nota 94).

Sobre el error vicio del artículo 6:228 BW y el error en la declaración del artículo 3:35 BW, me remito a lo que expuse en mi trabajo sobre el error, ADC (2017) [53]-56] pp. 522-526.

c) *Por otro lado*, conviene advertir que, según explica HARTKAMP, en el derecho de los Países Bajos *no se recoge la doctrina del precio justo (iustum pretium)*, esto es, la regla de que las prestaciones derivadas de un contrato sinalagmático deben ser más o menos de un valor equivalente, pues «las partes son en principio libres para estipular y vincularse a las prestaciones que ellos quieran», y «[u]no puede perfectamente concluir un contrato desventajoso por motivos de generosidad o empresariales como en el caso de una garantía». «La mera disparidad no será nunca causa suficiente para una acción». Ahora bien, «si la falta de equivalencia es [...] resultado de uno de los defectos del consentimiento, la otra parte puede naturalmente anular el contrato o las otras acciones antes mencionadas»; además, los «artículos 3:33 ss. sobre intención y declaración [...] y el artículo 6:233 sobre estipulaciones irrazonablemente onerosas en condiciones generales que no conciernan a estipulaciones sobre la esencia de las prestaciones, como el precio [...], proporcionan posibilidades para actuar contra el irrazonable detrimento en la parte de uno de los contratantes» y, «[f]inalmente, los artículos 6:2 y 6:248 [...] pueden a veces evitar que la parte que se ha beneficiado del contrato lo invoque, si esto fuera contrario a la razonabilidad y justicia». En suma, como antes dijo HARTKAMP, «la mera disparidad no será suficiente [...], pero circunstancias adicionales pueden conducir a la irrazonabilidad e injusticia». «Si la disparidad es el resultado de circunstancias que ocurrieron desde la conclusión del contrato, el art. 6:258 sobre circunstancias imprevisibles [...] puede aprovecharse». Todas las citas de (2015).

se refiere a las desviaciones de valor en dinero, mientras que la ventaja groseramente injusta concierne a otros factores que no necesariamente conducen a un daño financiero, y esta categoría de la «ventaja groseramente injusta» se corresponde con el derecho de los Países Bajos, en el que la anulación del contrato, con base en el artículo 3:44 (4) BW, no siempre exige una objetiva injusticia o daño financiero, y así sucede en la clásica decisión de la «HR 29 May 1964 [...] (Van Elmbt v. Feierabend)», en donde una anciana viuda, en situación de angustia financiera y mental y muy dependiente de su egoísta consejero, le vendió su casa, sabiendo el consejero que ella quería mantener la casa a todo trance, entendiéndose que no constituía excusa el que la anciana viuda hubiese recibido un precio justo, y se consideró nulo el contrato.¹⁸⁹

[A.4] *Los modelos de regulación de los artículos 3.2.7 Principios UNIDROIT 2016 (Excesiva desproporción) y 3:44.4 BW (abuso de circunstancias; indebida influencia)*

En su análisis de derecho comparado, Smits destaca que el derecho holandés (el de los Países Bajos) y los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales *ofrecen interesantes variaciones* en sus respectivas regulaciones de la *undue influence*, al apuntar a *dos direcciones diferentes*¹⁹⁰.

En concreto, mientras el derecho de los Países Bajos [art. 3:44 (4) BW] *no requiere*, para que exista abuso de circunstancias (indebida influencia), *que medie desproporción entre las recíprocas prestaciones, bastando con la existencia del mero abuso*, los Principios UNIDROIT [art. 3.2.7, que transcribo *supra*, [5] [C] y para su comentario oficial, nota 155 a)] *solo requieren la existencia de la desventaja excesiva en su disposición sobre la excesiva desproporción* y, cómo se llega a esa desventaja, *es solo uno de los factores relevantes para decidir si el remedio ha de ofrecerse*¹⁹¹. De este modo, afirma Smits, los Principios UNIDROIT posiblemente van mucho más allá, *al aceptar la injusticia sustantiva como fundamento para la anulación del contrato*, lo cual puede sorprender dado su campo de aplicación (el de los contratos internacionales comerciales)¹⁹².

¹⁸⁹ VAN ROSSUM (2002) p. 213.

¹⁹⁰ SMITS (2021) p. 171.

¹⁹¹ SMITS (2021) p. 171.

¹⁹² a) SMITS (2021) p. 171.

b) *Por otro lado y anteriormente*, SMITS explica que, junto con los tres tradicionales vicios del consentimiento (error, fraude o amenazas), algunas jurisdicciones, durante el último siglo, complementaron las herramientas judiciales con un cuarto fundamento para la anulación del contrato, motivado por el deseo de dar un remedio a la parte vulnerable que, por su gran desventaja económica, era explotada por alguien. Tras referirse al artículo 138.II BGB [que transcribo *supra*, nota 185 b.1)] y al artículo 4:109 PECL (que transcribo *supra*, [5] [A]) y apuntar la proximidad del primero con el segundo, SMITS señala que ambas previsiones normativas [BGB y PECL] requieren *no solo* la deliberada explotación de la posición vulnerable de una de las partes, sino *también* que, de ello, resulte una desventaja excesiva para la otra parte. Supongamos que en la casa, al lado de la mía, vive una pareja de edad y psíquicamente discapacitada, a la que hago la compra semanal, ya que no tienen a nadie más a quien recurrir, lo que, sin duda alguna, es un noble comportamiento por mi parte. Sin embargo, si el marido de mi vecina muere tras sesenta años de matrimonio y digo a su afligida y solitaria viuda que solo quiero continuar haciéndole la compra si ella se traslada a un piso cercano y me vende su casa por un precio muy por debajo de su valor de mer-

b) El antes por mí citado, Carrasco Perera, como defensor de la tesis estricta del dolo¹⁹³, considera que *solo lo hay si el otro contratante padece un error provocado, manifestándose totalmente contrario a que pueda incorporarse al Código civil una norma como la del artículo II.-7:207 DCFR reguladora de la explotación injusta* [que transcribo *supra*, [5] [B]], la cual acogería esos otros (*o algunos de esos otros*) supuestos que, *para los autores partidarios de la tesis amplia del dolo*, encuentran encaje en el dolo del Código civil. Advertido que Carrasco Perera manifiesta su negativa a incorporar al Código civil un precepto como el del artículo II.-7:207 DCFR, *al analizar el vicio de la intimidación* (art. 1267, II y III, CC) y *a modo de excursus sobre la unfair exploitation del derecho europeo uniforme*. Justifica su negativa en que algunos de los supuestos de la *undue influence* pueden reconducirse al error o a la intimidación, los cuales no requieren de lesión, y para el resto de casos que no encajen en el error o en la intimidación, habría una redundancia parcial con el derecho de las condiciones generales de la contratación, con el derecho de la competencia; apunta también que se vaciaría de contenido instituciones más seguras para controlar el contenido (contractual) como la causa ilícita o el control de orden público (arts. 1255, 1275 CC); y que se iría profundamente en contra de un sistema que no admite la rescisión por lesión como sucede en el Código civil. Además, Carrasco Perera considera que *el contrato celebrado en estado de necesidad no permite su anulación por ese solo hecho* (es válido).

[A] *Las explicaciones de Carrasco Perera*

[A.1] *Sobre que el dolo solo incluye al error provocado*, Carrasco Perera manifiesta:

«La cuestión de si existe dolo sin engaño es dudosa y depende de la configuración que se haga del dolo en particular, y de los vicios del consentimiento en general. Se han defendido dos posiciones. Conforme a una primera tesis, los ca-

cado, ella podrá anular el contrato [o reclamar su adaptación, amparándose en el art. 4:109 (3) PECL]. *Mi conducta no se calificará de error, fraude o amenaza, pero seguramente será una explotación injusta*. Lo mismo es verdad si me veo envuelto en un accidente de coche mientras estoy en Cerdeña con un amigo y este es gravemente dañado. Si, en ausencia de cualquier otro medio de transporte, la única forma de llegar a un buen hospital es con el taxi de la localidad, pero el taxista exige una cantidad diez veces superior a la normal, mi situación de vulnerabilidad permite al taxista obtener un beneficio excesivo, pues, seguramente aceptaré el precio, aunque después podré invalidar el contrato. SMITS (2021) pp. 169-170.

¹⁹³ CARRASCO PERERA define el dolo así: «El dolo o engaño malicioso *in contrahendo* está considerado por los arts. 1269 y 1270 CC como un *vicio de la voluntad*, susceptible de anular el contrato. Según el art. 1269 CC, [...]. Dolo es sinónimo de insidia, de engaño, en la fase de formación del contrato. Pero su patología como vicio de la voluntad no procede del desvalor que merece esta conducta del agente, sino de que ella ha servido para captar la voluntad del engañado. «El dolo es el engaño causado maliciosamente haciendo creer al otro contratante lo que no existe u ocultado la realidad» (SSTS 3 octubre 2003 [...]; 31 mayo 2004 [...])» [cursiva del original; (2021) 8/1, pp. 373-374].

«abuso de posición» no tienen cabida en el concepto de dolo. Parte de la base de que la doctrina de los vicios de la voluntad sólo opera en los casos más graves, cuando el temor, el error y el engaño (el dolo) reúnen los caracteres especialmente previstos en el Código Civil. En el concreto caso del dolo, sólo es jurídicamente relevante cuando concurren en él los requisitos de los arts. 1269 y 1270 CC. Si no es así, no habrá dolo, aunque la conducta del agente sea contraria a la buena fe. Otros entienden que la redacción del art. 1269 CC es tan amplia que permite calificar como conducta insidiosa cualquier infracción de los deberes que impone la buena fe, si se emplea con el fin de captar la voluntad del contratante. Conforme a esta interpretación, existiría dolo en los casos de aprovechamiento de la situación de debilidad de la contraparte para captar la voluntad. *En mi opinión [Carrasco Perera], ello no debe aceptarse, a riesgo de mezclar en un totum convolutum el dolo, la intimidación contractual, la falta de causa y la injusticia contractual contraria a la buena fe, que deben mantenerse como remedios separados»* (cursiva mía)¹⁹⁴.

[A.2] *Sobre que no procede incorporar al Código civil una figura como la del artículo II.-7:207 DCFR* (que transcribo *supra*, [5] [B]) y sus razones, según Carrasco Perera:

«El *soft common european Law* [...] trata las situaciones de *unfair exploitation* («ventajismo») como un apéndice o desarrollo del vicio de voluntad consistente en intimidación. En términos del art. II.-7:207 del *Draft Common Frame of Reference* (antiguo 4:109 *Principles* de Lando/Beale [que transcribo *supra*, [5] [A]): [...]»¹⁹⁵.

¹⁹⁴ a) CARRASCO PERERA (2021) 8/6 pp. 378-379, pero *vid.* desde p. 377 y también 8/5, pp. 376-377. Y a propósito de la tesis amplia del dolo, que Carrasco Perera expone en segundo lugar, en el fragmento que de él reproduzo en el cuerpo del texto, en nota a pie de página hace esta interesante reflexión: «De acogerse esta postura [la tesis amplia defendido por otros], habrá que reputar como acertada la doctrina jurisprudencial que califica estos casos como dolo. Y llevada esta tesis a sus últimas consecuencias, habrá que admitir que hay dolo porque un contratante se aprovecha de mala fe de la situación de debilidad de la contraparte, con independencia de que exista un desequilibrio de prestaciones (pues esta circunstancia no es un requisito del dolo)» (cursiva mía; nota 12, pp. 378-379).

Vid. además LLOBET I AGUADO (1996) p. 129.

b) YÁÑEZ VIVERO *tampoco admite el encaje de la ventaja injusta en el vicio de la intimidación*: «La figura a la que nos venimos refiriéndonos [ventaja injusta] no hemos de identificarla, aunque tenga un parentesco cercano, ni con las cláusulas abusivas en el Derecho de Consumo ni con la cláusula penal, ya que afecta a todo tipo de contratos y al objeto principal del contrato, al contrato como un «todo». *Tampoco debemos confundirla con las amenazas o intimidación. No hay en esta figura ningún sujeto amenazante que anuncie al otro un futuro perjuicio si no contrata. Hay una presión externa derivada de la necesidad o fragilidad en la que se encuentra una persona, de la que la otra se aprovecha, pero no hay amenaza como tal.* Es más sutil y sibilino el engranaje de esta institución» [cursiva mía; (2019) p. 109].

Similares ideas reitera la autora en relación con la intimidación, en textos suyos que transcribo *infra*, [20] [A.1] c) y nota 210 a) y c).

¹⁹⁵ En los puntos suspensivos, CARRASCO PERERA reproduce el apartado (1) del artículo II.-7:207 DCFR (que reproduzco *supra*, [5] [B]). Para las explicaciones oficiales del artículo II.-7:207 DCFR, *supra*, nota 115.

La regla transcrita absorbe en uno de los clásicos remedios del Derecho anglosajón: la *undue influence* y la *unconscionability*¹⁹⁶. Yo [Carrasco Perera] no creo que entre nosotros resulte preciso importar estas soluciones. La regla de la *unfair exploitation* se construye a partir de un cúmulo de supuestos diversos y no homogéneos, que, además, y por encima de la función perturbadora que ejercen sobre la voluntad de la parte explotada, requieren de hecho la producción de una lesión económica que se considera injusta. La mixtura entre patología del consentimiento y justicia intrínseca ya es indicadora de que la regla en cuestión es de límites confusos. Con la formulación transcrita [del art. II.-7:207 (1) DCFR] comprobamos que no pocos de los supuestos (*undue influence*) pueden ser reconducidos a tipos de nulidad consistentes en error o en intimidación, donde no es precisa la prueba de una lesión. Y el resto de casos que no admiten esta reconducción acaban colisionando, y produciendo redundancias o contradicciones valorativas, con otras instituciones del sistema. Hay redundancia parcial con el Derecho de las condiciones generales de la contratación, pero también contradicción valorativa con ese mismo Derecho, pues nuestro sistema no admite ni siquiera con consumidores un control de contenido tan extenso como el que legitima la regla expuesta. Hay redundancia parcial con el Derecho de la Competencia, donde el «abuso de posición dominante» tiene un tratamiento específico, que, además, se proyecta en Derecho de contratos mediante la consagración de un supuesto específico de nulidad art. 1.2 LDC¹⁹⁷. Una aceptación del juego independiente de la *unfair exploitation rule* o de la *unconscionability* en el capítulo de las patologías del consentimiento contractual vacía de contenido instituciones más seguras de control de contenido, como la causa ilícita o el control de orden público (arts. 1255 y 1275 CC). Desde luego, hay una contradicción interna profunda con un sistema como el nuestro que no acepta la rescisión por lesión. Y no vale decir que aquí la rescisión procede en el caso presente porque, además de la lesión, se ha producido un abuso de confianza o una explotación de la debilidad ajena; pues no cabe imaginarse cómo puede resultar en general una situación de lesión económica que necesariamente no presuponga alguna de estas dos patologías. En este punto es prudente no introducir confusión y ruido suplementario en

¹⁹⁶ Sobre los *unconscionable bargains*, GÓMEZ CALLE (2018) pp. 87-93, pero *vid.* hasta p. 96, y para la *undue influence*, *supra*, nota 184.

¹⁹⁷ Artículo 1.2 LDC: «Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente ley».

Artículo 2 LDC: «Abuso de posición dominante./ 1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional./ 2. El abuso podrá consistir, en particular, en:/ a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos./ b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores./ c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios./ d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros./ e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos./ 3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal».

nuestro sistema jurídico, creando por medio de una cuestionable analogía una especie de principio general de Derecho que deslegitima los contratos en los que no existe un equivalente poder negociador entre las partes» (cursiva del original)¹⁹⁸.

[A.3] *Por último, en cuanto que la intimidación no acoge determinados supuestos como, por ejemplo, el estado de necesidad*, estos otros textos de Carrasco Perera:

a) «En consecuencia, la intimidación no constituye en el Derecho civil español el camino para solucionar en general problemas de *iniquidad* o *desequilibrio irrazonable* contractual nacidos de la asimétrica posición negociadora de las partes (*ventajismo*). Ni es la vía para combatir contratos de adhesión ni cláusulas lesivas predisuestas por una parte. Tampoco es un remedio contra las contrataciones realizadas bajo las fuertes restricciones que puede provocar un estado de necesidad» (cursiva del original)¹⁹⁹.

b) «La amenaza es el contrapunto del *apremio*, del *agobio ambiental*, de la *situación de necesidad*. Muchas de las «amenazas» que constriñen a una contratación pertenecen a la segunda clase, y están fuera de la intimidación. Si el negocio original ya se realizó en situación de apremio, pero sin intimidación, los negocios sucesivos que traen causa de aquél no añaden ningún elemento nuevo, sino que son realización del riesgo original; así, el deudor hipotecó porque tenía necesidad y luego vendió las fincas al acreedor, cuando vio que no podía pagar»²⁰⁰.

c) «El campo natural en el que pueden surgir situaciones límites son la relaciones familiares, y especialmente donde existe una comunidad de vida cuya subsistencia las partes implicadas valoran lo suficiente como para sacrificar intereses económicos propios, sin que se cierna una amenaza explícita, pero si un temor difuso y no explicitado, de que la negativa al acto de disposición ponga en riesgo aquella relación. Pensemos en el cónyuge que, ante la insistencia del consorte, o ante el simple espectáculo de su agobiante necesidad, afianza o presta garantías por deudas de éste que gravan la economía familiar. Aunque se prevea el peligro de un mal difuso en caso de negativa, esta situación no es generadora de intimidación, incluso si el otro cónyuge ejerce una predominio que cancela la facultad de negarse»²⁰¹.

¹⁹⁸ CARRASCO PERERA (2021) 9/21, pp. 433-435.

¹⁹⁹ CARRASCO PERERA (2021) 9/6, p. 425; al fragmento que reproduzco en el cuerpo del texto le precede: «La intimidación constituye de suyo una causa de impugnación del negocio contractual. No es preciso que concurren condiciones adicionales de injusto distintas de la voluntad viciada por el miedo. Pero sí es preciso que el miedo sea injustamente provocado por la otra parte o un tercero» (9/6, p. 425).

²⁰⁰ CARRASCO PERERA (2021) 9/13, p. 428; en nota 25 de p. 428, cita la STS 27.02.1964.

²⁰¹ CARRASCO PERERA (2021) 9/14, pp. 428-429; continúa: «Un escenario similar se produce cuando el empleado accede a realizar un negocio inversor propuesto o aconsejado o promovido por su empleador (notablemente, en acciones de la propia compañía), que *invita* a los empleados a sumarse a su inversión; aunque todo depende de la agresividad de la conducta invitadora, en circunstancias normales no ha de triunfar la pretensión impugnatoria basada en el argumento de que la negativa a secundar la oferta pondría en peligro la continuidad de sus puestos de trabajo» (cursiva del original; 9/14, p. 429). *Vid.* además, 9/16, pp. 430-431.

d) «De la misma forma que la coacción ambiental no cualifica la intimidación, tampoco lo hace el estado o situación de necesidad desesperada de quien, para remediarlo, realiza una disposición patrimonial desventajosa en favor de un tercero, que se aprovecha pasivamente de aquel estado. En consecuencia, pedir precio por sacar a un sujeto del estado de necesidad en el que no ha sido puesto por el que reclama el pago no es una intimidación negocial, salvo que el agente se hallare en posición de garante que le obligara a procurar la salvación del necesitado. Quien se encuentra en un «monopolio situacional» no intimida, y el contrato no puede ser impugnado por tal concepto»²⁰².

Y e) «[L]a oferta *ex nihilo* no puede ser una amenaza, cualesquiera sean las condiciones en que se halle el destinatario y la ganancia que el oferente desea capturar, salvo existencia de una conducta negociadora de la que resulte que las condiciones de la oferta han llegado a ser contrarias a la buena fe. Por tanto, el que domina o controla legítimamente el mercado de bienes escasos, que los demás necesitan puede *ceteris paribus* especular con ello, cualesquiera sean las condiciones de necesidad bajo las que el peticionario se halle. Igualmente ocurre con la aceptación de una oferta hecha *ex nihilo* por el necesitado. En el mismo sentido, entre partes que no tienen relación previa, el titular de un derecho puede especular con él en toda la franja económica en la que al otro le interesa el no ejercicio de ese derecho. Si lo que se protegiera en [el art.] 1267 CC fuera la libertad de consentimiento, no habría razón para esa diferencia. Pero es evidente que el art. 1267 CC no tiene como propósito gravar la libertad de mercado más allá de lo preciso para impedir conductas amenazantes, no para limitar el aprovechamiento de una posición de dominio de mercado»²⁰³.

[20] *Ahora bien*, frente a la contundente negativa de Carrasco Perera a acoger en el Código civil una figura como la regulada en los artículos 4:109 PECL y II.-7:207 DCFR (que transcribo *supra*, [5] [A] y [B], respectivamente), *otros autores sí son partidarios de su incorporación al Código civil, sea como nuevo vicio del consentimiento (así se intuye en García Vicente; con claridad por Gómez Calle, Yáñez Vivero e Infante Ruiz, siendo otra la cuestión de cuáles serían los requisitos de este nuevo vicio del consentimiento), sea como nuevo supuesto de lesión (con claridad y ofreciendo una propuesta de texto articulado, Linacero de la Fuente), sea seña-*

²⁰² CARRASCO PERERA (2021) 9/18, p. 432. De interés sus consideraciones en nota 32 de p. 432: «Quien reclama alto precio por un producto necesario en época de escasez no comete injusto. ¿Pero y el mercader de Alejandría, en el clásico *topos* ciceroniano (*De Officiis* III § 12), que vende a alto precio el grano que lleva con su barco a la hambrienta Rodas, cuando sabe y calla que detrás de él vienen otros barcos con más grano? El debate que expone Cicerón entre Antípato y Diógenes es un conflicto de tipo universal. Y yo propongo atenerse al criterio jurídico del segundo, no al sincretismo moral del primero. El mercader sólo tiene el deber de manifestar condiciones intrínsecas del grano que afecten negativamente a su valor, pero no tiene que informar sobre circunstancias *extra rem* que aumentan su lucro: «Advexi, exposui, vendo meum non pluris, quam ceteri, fortase etiam minoris, cum maior est copia: cui fit iniuria?»».

²⁰³ CARRASCO PERERA (2021) 9/20, p. 433.

Más allá de todo lo anterior, CARRASCO PERERA, 9/19, pp. 432-433.

lando lo inadecuado de su inserción en el vicio de la intimidación y en general en los vicios del consentimiento (existentes) y afirmando la oportunidad de la incorporación de una específica regulación para el problema de la excesiva desproporción (Del Olmo García). Algo más adelante, en este mismo [20], expongo los razonamientos de cada uno de estos autores, *pero antes, quisiera realizar la siguiente consideración/reflexión*. Dejando al margen que al Código civil ya se ha incorporado la posibilidad de que la persona, a la que hubiera correspondido prestar el apoyo, pueda anular el contrato celebrado por la persona con discapacidad que prescindió de la medida de apoyo con la que contaba, y habiendo el otro contratante aprovechado de la situación de la persona con discapacidad y obtenido una ventaja injusta [art. 1302.3.II CC; *supra*, [3] b)], y, *pensando en la hipótesis de que, en un futuro más próximo o lejano, pudiera producirse alguna de las incorporaciones al Código civil defendidas por los antes citados autores, tal posible incorporación da lugar a plantear la cuestión de cómo incidiría en el dolo*. ¿Habría de acogerse entonces la tesis estricta del dolo que solo lo concibe como engaño, con el resultado de que la víctima prestó su consentimiento por su error? O ¿podría seguir defendiéndose la tesis amplia del dolo? Además, puesto que la incorporación de esa otra figura al Código civil presentará, en sus requisitos y efectos, diferencias con los del dolo, cuando el caso pudiera encajar en ambas figuras ¿se podría optar por ejercitar una u otra? ¿Necesariamente ha de ejercitarse una?

[A] *La defensa de la inclusión en el Código civil de una particular regulación de las situaciones de abuso de situación (o de posición, o ventaja injusta)*

[A.1] *Como vicio del consentimiento: las opiniones de García Vicente, Gómez Calle, Yáñez Vivero, e Infante Ruiz*

a) García Vicente manifiesta que le «parece acuciente introducir una regla legal expresa a la vista del previsible Derecho contractual europeo (art. 4:109 [...] [PECL, que transcribo *supra*, [5] [A]]) y también del Derecho contractual del comercio internacional, artículo 3.10.(1) de los Principios Unidroit 1995 [actual art. 3.2.7 Principios UNIDROIT 2016, que transcribo *supra*, [5] [C]]»²⁰⁴.

b) Gómez Calle destaca, que «[e]l Derecho de contratos del Estado español no contempla específicamente, en una regla de carácter general, las declaraciones de voluntad emitidas en situación de vulnerabilidad ni los casos de explotación injusta de esa situación por parte del otro contratante» y «[l]a cuestión es

²⁰⁴ GARCÍA VICENTE (2003) p. 1905. Para el artículo 3.2.7 Principios UNIDROIT 2016 y su explicación según el comentario oficial, *supra*, nota 155 a), y para su proceso de formación, *supra*, nota 155 b).

si convendría o no incorporar una regla así en nuestro ordenamiento»²⁰⁵. En su «opinión, el ordenamiento jurídico no debe dar cobertura a transacciones de este tipo. La seguridad jurídica que pueda invocar quien explota conscientemente la situación de vulnerabilidad del otro para beneficiarse con ello de forma desproporcionada no debería tutelarse. A la vista de todo ello, me parece [Gómez Calle] que normas como las que he analizado a lo largo de este trabajo y que contemplan específicamente la ventaja injusta, aplicadas con prudencia, pueden resultar útiles para no permitir transacciones netamente abusivas. Creo [Gómez Calle], en definitiva, que nuestro Derecho de contratos no debe seguir ignorando estos casos, para los cuales no siempre cuenta, en la situación actual, con una respuesta satisfactoria»²⁰⁶.

Para Gómez Calle, *el adecuado tratamiento jurídico sería construirlo como un nuevo vicio del consentimiento*. Explica al respecto:

«[P]arece claro que el consentimiento de quien se encuentra en una de las situaciones de debilidad que suelen considerarse en la hipótesis que estoy estudiando [explotación injusta, ventajismo²⁰⁷], o bien no es enteramente libre o no

²⁰⁵ GÓMEZ CALLE (2018) p. 205; en pp. 212- 215, expone las opiniones de distintos autores en cuanto si son, o no, partidarios de introducir en el derecho de contratos estatal una específica regulación de carácter general para la ventaja injusta.

²⁰⁶ GÓMEZ CALLE (2018) p. 216; *vid.* desde p. 215.

²⁰⁷ *Ante la variedad de denominaciones empleadas en los distintos textos jurídicos que analiza*, GÓMEZ CALLE explica, valora y concluye así:

«Resulta llamativo que en los textos que a partir de los PICC [Principios UNIDROIT] optaron por regular el supuesto que nos interesa, de una forma, además, bastante similar, *las rúbricas elegidas para la regla en cuestión sean tan variadas*: «excesiva desproporción» (arts. 3.2.7 PICC y 37 PLDC [Principios Latinoamericanos de Derecho de contratos]), «beneficio excesivo o ventaja injusta» (art. 4:109 PECL; solo «ventaja injusta» en el art. 621-45 CCCat), «ventaja manifiestamente excesiva» (art. 4:207 PCC), «explotación indebida» (arts. II.-7:207 DCFR y 51 CESL) o «ventajismo» (art. 527-9 PCCAPDC [Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil]). *La expresión más objetiva –excesiva desproporción– apunta particularmente al desequilibrio existente en el contenido del contrato. Las referencias a lo injusto o excesivo de la ventaja o el beneficio subrayan, en cambio, lo indebido de estos, revelando el componente subjetivo de la figura. Este componente y la actitud reprobable de quien obtiene la ventaja se expresan ya con total claridad en las expresiones más subjetivas de explotación indebida o ventajismo*. La elección de la rúbrica más neutra para los PICC [Principios UNIDROIT] podría explicarse por la peculiaridad de ser el único de los textos citados que parece dar cabida a un supuesto de hecho exclusivamente objetivo, que permitiría apreciar la existencia de un caso de grave desproporción sin que el contratante beneficiado hubiera abusado de la debilidad del otro.

En las reglas aplicadas en diversos ordenamientos *ya antes de que se elaboraran los PICC* [Principios UNIDROIT], predominan también las denominaciones que destacan el componente subjetivo: la usura del Derecho alemán (§ 138.2 BGB), el «contrato concluido en estado de peligro» del Derecho italiano (art. 1447 c.c.), las doctrinas inglesas de la influencia indebida y los convenios desproporcionados o leoninos, o la doctrina de la violencia económica construida por la *Cour de cassation* francesa y precedente del vigente art. 1143 Cod. Civ. A su lado, hallamos rúbricas de corte más objetivo, que aluden al resultado del contrato (la lesión cualificada, en la teoría desarrollada por doctrina y jurisprudencia belgas) o simplemente a la consecuencia jurídica del supuesto de hecho en cuestión (la «rescisión por lesión», en el art. 1448 c.c. y en las Leyes 499 y ss. CDCFN).

En definitiva, *si en este tipo de reglas el componente subjetivo es determinante –como lo es siempre que se exige que el desequilibrio contractual provenga del aprovechamiento consciente de la debilidad de uno de los contratantes por parte del otro–, parece acertado ponerlo de relieve en su rúbrica. A tal efecto, explotación injusta, ventajismo o contratos abusivos o leoninos podrían considerarse expresiones sufi-*

es plenamente consciente. Esa *falta de libertad o de conocimiento* aproxima el supuesto a los tradicionales vicios de la voluntad. Por otra parte, es de notar que en nuestro caso [explotación injusta, ventajismo] siempre se requiere que exista una *actitud desleal del otro contratante* (concretada en el abuso de la debilidad ajena), deslealtad que también es necesaria en los casos de dolo, violencia e intimidación, incluso de forma más acusada, pues en ellos es preciso un comportamiento antijurídico en forma de maquinaciones insidiosas, de violencia o de amenazas injustas. En el supuesto del error la solución puede variar de un Derecho a otro a la vista de cómo se configure, pudiendo darse la circunstancia de que se opte por dar relevancia incluso a errores que no hayan sido provocados culpablemente por el otro contratante. Sin embargo, hay aquí ya una diferencia a destacar: en el campo de los vicios clásicos, la falta de libertad o de conocimiento de quien padece el dolo, la intimidación o la violencia debe haber sido ocasionada por el otro contratante (o, en su caso, por un tercero). En caso de error, la situación será la misma allá donde solo se considere jurídicamente relevante el error provocado. En el caso de la ventaja excesiva, en cambio, la situación de vulnerabilidad que da lugar a la falta de libertad o de consciencia de uno de los contratantes y reduce su capacidad de autodeterminación, puede deberse a circunstancias ajenas por completo al otro contratante; esto es, *la vulnerabilidad no tienen por qué haber sido provocada por el contratante beneficiado, quien, simplemente, se aprovecha de ella*. Con todo, lo que distingue nítidamente en todo caso a los vicios tradicionales, de un lado, de la ventaja injusta de otro, es que la apreciación de aquellos [vicios tradicionales] no exige tomar en cuenta el resultado y, así, no presupone en absoluto (aunque con frecuencia se dé) la constatación de un contenido contractual injusto o desequilibrado, importando únicamente el defecto producido en el proceso de formación de la voluntad (o, en el caso del error, la atribución del riesgo de una información defectuosa). La ventaja injusta, en cambio, se sustenta en ambos pilares, apreciándose un déficit tanto de justicia procedimental (proceso de formación del contrato) como de justicia sustantiva (contenido del contrato). El defecto que se aprecia en la formación del consentimiento conduce aquí a un resultado injusto en forma de ventaja indebida para una de las partes en detrimento de la otra. Pese a ello, y no obstante las diferencias, me parece [Gómez Calle] posible conceptuar el supuesto analizado como un vicio del consentimiento más, tal como hacen muchos de los textos analizados, habida cuenta de cómo en este tipo de casos se ve afectada la toma de una decisión libre y consciente por parte del contratante vulnerable» (cursiva del original)²⁰⁸.

cientemente significativas» [cursiva mía; (2018) pp. 153-154]. Vid. *infra*, nota 218 para LINACERO DE LA FUENTE.

Sobre los textos citados por GÓMEZ CALLE, para los PECL, DCFR y Principios UNIDROIT 2016 *supra*, [5] [A], [B] y [C] respectivamente; para el CESL, *supra*, nota 163; para los derechos alemán e italiano, *supra*, nota 185 b.1) y b.3); para el vigente derecho francés, *supra*, nota 65; para el derecho belga, *supra*, nota 64; para el derecho catalán, *infra*, [136] [A]; para las derogadas leyes 499 y ss. CDCFN, *infra*, nota 1310 a).

²⁰⁸ a) GÓMEZ CALLE (2018) pp. 155-157. Además:

b) GÓMEZ CALLE considera que la explotación injusta, el ventajismo, *también podría enfocarse como un acto ilícito por inmoral o contrario a las buenas costumbres*, lo que conlleva efectos jurídicos

c) En sus *reflexiones conclusivas*, Yáñez Vivero expone que, «[s]i contratar con otro consiguiendo una serie de ventajas a costa del perjuicio ajeno algo remueve la conciencia social, el hacerlo aprovechándose de una situación de fragilidad, de confianza o necesidad apremiante del perjudicado, debería hacer intervenir al derecho. Es claro que el *mero desequilibrio* [esta cursiva del original]

distintos y es decisión que corresponde tomar al legislador. Con sus palabras: «Al mismo tiempo, también es cierto que el hecho de que la figura descansa sobre la explotación desleal de la debilidad de un contratante con el resultado de la obtención de una ventaja injusta por el otro, justifica asimismo el posible enfoque del caso desde el ángulo de la ilicitud por inmoralidad o contrariedad a las buenas costumbres», y «[e]s evidente que el encuadre del supuesto [explotación injusta, ventajismo] en un ámbito [vicios del consentimiento] u otro [contrato ilícito] incide directamente en sus consecuencias jurídicas y responde a una toma de postura del artífice de la norma acerca de si estamos ante una situación que afecta a la validez del contrato –y que puede determinar una nulidad absoluta o una nulidad relativa–, o ante una situación que no incida en la validez pero sí puede determinar la ineficacia sobrevenida del contrato, haciéndolo rescindible» (p. 157).

Sobre si se opta por la nulidad absoluta o por la relativa (o anulabilidad), GÓMEZ CALLE prefiere la segunda, pues permite al sujeto afectado decidir si el contrato celebrado se mantiene o anula. Dice: sobre «cuál de los dos regímenes posibles de nulidad, absoluta y relativa, resulta preferible para el caso aquí enjuiciado», «creo defendible aplicar el régimen de la nulidad relativa en estos casos, tan próximos a los tradicionales vicios del consentimiento a pesar de sus notas distintivas. En este sentido, me parece acertado [GÓMEZ CALLE] dejar en manos de la parte digna de tutela, y solo de ella, la decisión de anular o, por el contrario, de convalidar el contrato, sea por confirmación o sea por no accionar en tiempo. Creo que es ella la que, alcanzado el conocimiento exacto de los hechos relevantes o recobrada su libertad de actuación, debe poder decidir si le interesa o no dejar sin efecto el contrato. Me parece preferible reconocerlo así directamente en lugar de comenzar admitiendo que también la parte explotadora está legitimada para hacer valer la nulidad, para tener después que rechazar su pretensión, por abusiva o contraria a la buena fe, cuando la parte débil quiera mantener el contrato. En cuanto a la «carga» de tener que instar la anulación, quedaría sustancialmente aliviada admitiendo que pueda hacerse extrajudicialmente, mediante notificación. Además, la acción restitutoria debe hacerse valer en plazo tanto en los casos de nulidad absoluta como en los de nulidad relativa. Finalmente, preferir este régimen [de la anulabilidad] a aquel [de la nulidad absoluta] se ha contemplado también como un guiño al principio *favor negotii*» (cursiva del original; pp. 184-185).

c) GÓMEZ CALLE reitera su opinión favorable a la nulidad relativa (o anulabilidad), cuando contrapone esta última a la rescisión del contrato. Dice ahora: «hemos de plantearnos cuál de los tipos de ineficacia resulta más idóneo para el supuesto de la explotación injusta, la anulabilidad o la rescisión. Se ha apuntado que mientras la primera deriva de un vicio del contrato y obedece a la existencia de un defecto o irregularidad en su formación (art. 1300 CC), la segunda, en cambio, se aplica a contratos válidos y regularmente celebrados, que no adolecen de los vicios que los invalidan conforme a la ley (art. 1290 CC), pero que producen un perjuicio a una de las partes que la ley estima especialmente injusto. Como destaca Ginés Castellet [apellidos, mayúsculas en el original] [...], el supuesto aquí analizado se caracteriza precisamente porque en él se combinan ambos ingredientes: hay un déficit en la formación del contrato, que se identifica en los presupuestos subjetivos de la figura y que da lugar a una injusticia procedimental, al tiempo que existe un contenido contractual injusto o desproporcionado, que integra el presupuesto objetivo del caso y determina la injusticia sustantiva del contrato. Por tanto, en las regulaciones que consideran la explotación injusta causa de anulabilidad parece haber primado el primer aspecto, a la inversa que en aquellas otras que lo contemplan como causa de rescisión. En mi opinión [GÓMEZ CALLE], parece preferible la primera perspectiva, admitiendo que estamos ante un defecto que incide en la validez y no solo en la eficacia del contrato. Y ello, como ya he apuntado en otras ocasiones, porque creo [GÓMEZ CALLE] que hay razones para entender que el caso analizado da lugar a un defecto en la formación del contrato muy similar a los vicios del consentimiento. Desde esta óptica, una vez que el contrato fuera anulado, se consideraría inválido desde el principio y no solo desde el momento de la anulación, consecuencia esta que estimo más adecuada a este tipo de supuestos que la ineficacia *ex nunc* propia de la rescisión» (pp. 187-188; *vid. des-* de p. 185).

no sirve para poner en tela de juicio un contrato porque la regla general es que las partes son los mejores jueces de las prestaciones que van a intercambiar (ya procurarán ellas «que no les den gato por liebre»), y porque, además, el desequilibrio económico es consustancial al mercado y siempre hay una parte que se encuentra en una situación más confortable que la otra. Pero cuando ese desequilibrio ha sido desencadenado por la prepotencia o influencia indebida de una de las partes que impide a la otra emitir un juicio independiente, «otro gallo debería cantar», porque entonces peligra la propia libertad contractual y un contrato no puede ser justo pero libre ha de serlo»²⁰⁹.

Añade:

«Soy consciente [Yáñez Vivero] de que la categoría de los contratos concluidos en estado de necesidad, o bajo cierta presión ambiental, es difícil de construir con los materiales legislativos de que actualmente disponemos, si bien creo conveniente hacerle un espacio propio en nuestro derecho contractual futuro, diferente del que tiene la amenaza como vicio del consentimiento. Tampoco se trata de desempolvar y restaurar la rescisión por lesión, tan despreciada en nuestro ordenamiento patrio. No es tanto un problema de desequilibrio en el poder negociador cuanto de uso (o abuso) de ese desequilibrio que atrofia la libertad de criterio para decidir si contratar o no y cómo contratar.

Una norma que tutele este interés no solo salvaguardaría la justicia contractual, sino también, y sobre todo, la libertad contractual y la autonomía privada, y en este sentido, merece, a nuestro juicio [Yáñez Vivero], una acogida favorable. Es claro que un contrato es una pelea en la que gana el más fuerte pero es una pelea que ha de ser librada con armas iguales.

El derecho ha de intervenir, pues, para reequilibrar estas asimetrías sociales patológicas, pero no solo a través de lo que podríamos denominar una «jurisprudencia de la crisis» dejando en manos de los jueces la solución a los problemas, sino a través de una regulación seria y uniforme. Porque los ataques a la libertad contractual son ataques al consentimiento contractual y su regulación tendría que estar en una teoría general del contrato sobre la que no debería haber grandes diferencias espaciales.

No creo [Yáñez Vivero], pues, que deba desecharse la categoría de los denominados «vicios» del consentimiento para acoger esta «nueva» patología contractual, por encontrarnos, desde mi punto de vista, ante un defecto en la formación del consentimiento contractual. La cuestión no es si el sujeto que ha actuado en estas circunstancias sabía lo que estaba haciendo sino cómo se generó o engendró su intención contractual. Como muy gráficamente señaló en su día Cartwright [apellido, mayúsculas en el original], lo relevante no es la existencia de *unfair terms or bargains* en el contrato sino de un contrato obtenido a través de un *unfair bargaining*.

En este sentido, se impone la necesidad de una regulación autónoma de esta figura dentro de una teoría general del contrato, sin perjuicio y al margen de la normativa propia de la protección de consumidores y usuarios. La protección

²⁰⁹ YÁÑEZ VIVERO (2019) p. 109.

de cualquier sujeto débil en un contrato, más allá de la categoría del consumidor, parte de la idea de cuestionar el exceso de protección que se otorga a la categoría de consumidor que, en abstracto, no existe. No todo contratante puede ser considerado consumidor, pese al efecto expansivo del derecho de consumo. No todos los contratantes débiles son consumidores en sentido estricto. Los menores de edad contratantes o el cónyuge o miembro de una pareja que compra a otro o negocia con él un *prenuptial agreement*, o los contratantes de servicios bancarios, o los de servicios de telecomunicaciones, o las partes en un contrato de distribución, exigen una normativa común y una regla que corrija los desequilibrios originados por un abuso de circunstancias, sin sofocar demasiado la autonomía privada» (cursiva del original)²¹⁰.

d) Según Infante Ruiz, «[u]na cuestión a veces olvidada por los juristas continentales y que caracteriza la *undue influence* es que el aprovechamiento injustificado de un contratante frente al otro, en virtud de una relación en la que se ha ejercido influencia, o de un tipo de relación respecto de la cual puede presumirse que se ha ejercido, *no necesariamente debe ir seguido de una ventaja exce-*

²¹⁰ YÁÑEZ VIVERO (2019) pp. 110-111. Además:

a) «A mi juicio [YÁÑEZ VIVERO], la nueva realidad con la que nos encontramos en las últimas décadas exige un espacio propio dentro de una teoría general del contrato y, en concreto, de los vicios del consentimiento. Reformular el concepto de intimidación o «forzar» el molde de ese vicio para comprender en él este nuevo escenario es, en mi opinión [YÁÑEZ VIVERO], impostado y artificial, ya que el aprovechamiento injustificado de una situación de debilidad contractual es un fenómeno diverso al de la intimidación en la medida en que no es la intimidación –o anuncio de un futuro perjuicio para una de las partes del contrato– la que lo define sino la obtención de una ventaja excesiva a consecuencia de una disparidad contractual. Como veremos, no es la presión, intimidación o amenaza la que imprime carácter a la figura, sino la influencia no justificada que la parte fuerte ejerce sobre la débil –o su propia situación de desesperación y angustia– la que la conduce a contratar en condiciones inicuas» (p. 40).

b) «Los tradicionales vicios del consentimiento, según esta visión tradicional, interfieren de tal modo en la construcción de la voluntad contractual, que impiden que esta nazca en las condiciones de conciencia y libertad que el ordenamiento estima indispensables para una válida formación de aquella voluntad, prescindiendo, completamente, del contenido de lo pactado; y no es esto exactamente lo que ocurre en la explotación injusta o ventaja excesiva./ Es obvio que solamente la concurrencia de ambos factores, de proceso de formación de la voluntad y de contenido, da lugar a la causa de ineficacia contractual que estamos examinando, pero ello no es, en mi opinión [YÁÑEZ VIVERO], óbice para entender que nos encontramos ante un auténtico vicio del consentimiento, como lo puede ser el error, el dolo o la intimidación. Se trata de un vicio o patología en la formación de la voluntad, a consecuencia del cual se produce un determinado resultado, pero el detonante de la situación en la que nos encontramos reside en la situación de inferioridad o de debilidad de una parte de la que la otra se ha aprovechado en el momento de génesis del contrato» (p. 66; pero *vid.* desde p. 65).

c) «No es del todo claro que la «debilidad» alcance categoría suficiente para constituir un nuevo vicio del consentimiento pero, a mi juicio [YÁÑEZ VIVERO], ni la violencia ni la intimidación (y sus posibles reformulaciones) son los moldes donde mejor se acomoda esta figura. A mi juicio [YÁÑEZ VIVERO], la nueva realidad con la que nos encontramos en las últimas décadas exige un espacio propio dentro de la teoría general del contrato y, en concreto, de los vicios del consentimiento. Reformular el concepto de violencia o intimidación o «deformar» el molde de estos vicios para comprender en él este nuevo escenario es, en mi opinión [YÁÑEZ VIVERO], forzado y artificial, ya que el aprovechamiento injustificado de una situación de debilidad contractual es un fenómeno diverso al de la intimidación en la medida en que no es la intimidación –ni la del contratante ni una presión externa– la que lo define sino la obtención de una ventaja excesiva a consecuencia de una disparidad contractual» (p. 68; *vid.* hasta p. 70).

Más allá de lo anterior, YÁÑEZ VIVERO plantea, cómo hipótesis, la posible intervención de la doctrina del enriquecimiento sin causa; al respecto, pp. 43, 78-80, 111.

siva o de un beneficio desmesurado para el contratante influyente. Puede haberlo, de hecho, en muchas ocasiones así será, pero no es lo que caracteriza la institución. El mismo hecho de celebrar el contrato es el beneficio para el contratante en posición de superioridad. Lo que verdaderamente pretende el derecho mediante la concesión de este remedio equitativo es la protección de los contratantes en situación de vulnerabilidad, entiéndase esta como una situación especial cualificada por una relación de confianza o fiducia. *Persigue evitar la victimización de estos contratantes.* Los instrumentos de modernización del derecho de contratos (PICC [Principios UNIDROIT], PECL y DCFR) y la Propuesta de Modernización del Código Civil español de la Comisión General de Codificación [de 2009], así como su replicante en la Propuesta de Código Civil de la APDC, guiados por un excesivo afán constructivo de una única figura que permita la reestructuración de las asimetrías contractuales, incurren en este olvido. Sin embargo, lo importante y fundamental, en el derecho inglés, en cualquier tipo de *undue influence*, de acuerdo con los principios de la *equity*, es que el remedio jurídico concede protección frente a una *prevalencia o presión injustificada* de una parte sobre la otra, *con independencia de su manifestación*, porque el negocio jurídico celebrado no puede ser considerado «como una expresión de la libre voluntad del contratante presionado». Es un vicio del consentimiento genuino. Teniendo entonces la *undue influence* una rica doctrina llena de matices y posibilidades como vicio del consentimiento, independiente, y con sus reglas separadas, no se alcanza a entender por qué el derecho moderno lo desconoce, olvida o incluso evita colocando las denominadas relaciones de dependencia y confianza en una panoplia de situaciones que conforman el elemento objetivo del supuesto de hecho de la nueva «ventaja excesiva» o «injusta». Esta última es un perfecto híbrido entre algunos de los vicios del consentimiento del *common law* y algunos de los clásicos remedios rescisorios del *civil law*. El legislador debería hacer un esfuerzo por separar los supuestos y las consecuencias jurídicas a ellos anudadas. *De lege ferenda*, una reelaboración de los vicios del consentimiento debería reflexionar meditadamente y con rigurosidad sobre la conveniencia de incluir la *undue influence*, o «aprovechamiento injustificado», como un vicio independiente. En esta labor debería enunciarse un tipo general que recoja los supuestos de abusos de confianza, fiducia, debilidad o dominio, que atienda tanto a los elementos objetivos del supuesto (situaciones y resultado: el aprovechamiento, que no es lo mismo que la ventaja desproporcionada, excesiva o injusta) como a los subjetivos (actuación de la parte fuerte y estado personal y social de la parte débil); y además se podría configurar un tipo cualificado en el que se articule una presunción *iuris tantum* de «aprovechamiento injustificado» en determinados tipos de relaciones, las más susceptibles de generar influencias. Las enseñanzas del derecho inglés al respecto, tanto en sus virtudes y logros como en sus fracasos, son impagables» (cursiva del original)²¹¹.

²¹¹ INFANTE RUIZ, *InDret* (2021) pp. 31-32; *vid.* también (2022) pp. 201-202.

Según INFANTE RUIZ, «[e]s una cuestión de política legal y aunque históricamente no se ha sentido la necesidad en los ordenamientos de *civil law* por brindar una protección a las partes débiles de relaciones susceptibles de generar influencia, tampoco puede decirse que el problema no haya existido socialmente,

[A.2] *Como supuesto de lesión: Linacero De La Fuente*

Esta autora señala *la necesidad de incorporar al Código civil español la figura de la ventaja injusta*²¹², siendo partidaria de suprimir el artículo 1293

simplemente no lo hemos sabido manejar o encajar en el derecho, ni aplicar remedios jurídicos eficaces. En cierta medida, en fecha muy reciente, el problema empieza a aflorar, y ya alguna ley se hace eco, aunque limitadamente, contemplando la cuestión del envejecimiento de la población, y de la eficacia jurídica de los negocios jurídicos realizados en edad avanzada, para legislar sobre la «influencia indebida». Es el caso de la reforma navarra de su Fuero Nuevo con la introducción, con ese nombre, de la «influencia indebida», una nueva figura de anulabilidad de las declaraciones de voluntad. También aparece en forma de «ventaja injusta», si bien las dudas interpretativas son importantes, en el art. 1302.3 CC tras la reforma operada por la Ley 8/2021 con la legitimación activa concedida a quien debería haber prestado el apoyo para impugnar el contrato celebrado sin él si el tercero que contrató con la persona con discapacidad conocía en el momento de celebrar el contrato que se trataba de una persona a la que debían prestarse apoyos u obtuvo una «ventaja injusta» con la celebración del contrato. El tema ya llama con descaro a las puertas del derecho contractual continental y su inclusión no acaba más que comenzar; tiempo al tiempo» [(2022) p. 202].

²¹² a) En concreto, según LINACERO DE LA FUENTE: «*En el actual contexto del Derecho Contractual Europeo, Derecho Comparado y algunos Derechos civiles especiales, considero [LINACERO DE LA FUENTE] que el Código civil español, debería incluir en su acervo jurídico la categoría de la ventaja injusta* [esta cursiva, negrita en el original]. Y ello, incluso sin esperar [...] la reforma general del Derecho de Obligaciones y Contratos que a pesar de la Propuesta elaborada por la Comisión General de Codificación [*Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009*] (hace casi 10 años), sigue sin materializarse./ Lo contrario implica la petrificación del ordenamiento jurídico y su aislamiento y estancamiento respecto de las medidas de protección de la persona en el ámbito contractual./ En efecto, difícilmente son tolerables en ordenamientos sensibles a la protección de la persona, las conductas o situaciones de disparidad de poder contractual, a partir de la obtención por una de las partes de un beneficio excesivo aprovechándose injustamente de la situación de dependencia, necesidad apremiante o inesperienza de la otra parte» [(2019) p. 97, *vid. además* pp. 95-96, pp. 45-46; en pp. 90-94, expone los aludidos derecho contractual europeo, derecho comparado y algunos derechos civiles especiales; *vid. además* pp. 13-14, 89-90].

Además, para LINACERO DE LA FUENTE, «la figura de «lesión por aprovechamiento injusto» o «ventaja injusta» es reflejo de un progresivo refinamiento jurídico y moral y una manifestación de la protección de la persona en el marco de la contratación, como reflejo del auténtico espíritu del Derecho Civil como Derecho de la Persona» (p. 106).

b) En la anterior a), LINACERO DE LA FUENTE destaca que la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de 2009 lleva más de diez años elaborada, sin haberse materializado. Por su parte y *por ejemplo*, BARCELÓ COMPTE *critica la desidia del legislador español en la actualización del derecho de obligaciones y contratos del Código civil*, opinión con la que coincide. Reflejan lo dicho sobre BARCELÓ COMPTE, estas sus siguientes afirmaciones:

b.1) «El texto prelegislativo que constituyó la PMCC [de 2009] no llegó a alcanzar ningún carácter legislativo. *El legislador estatal parece adormecido y el ordenamiento español rezagado en tareas de recodificación* [cursiva mía]; las nuevas costumbres del Derecho privado señaladas por la nueva ola de códigos civiles o la modernización de los existentes (así, veáanse los ejemplos señalados *supra* relativos a la regulación de la imprevisión y la violencia económica en el *Code* o la ventaja injusta incorporada por el legislador catalán en el Libro Sexto [...] [de la última doy cuenta *infra*, [136] [A]], inspirada de manera muy intensa por las propuestas del Derecho contractual europeo) demandan su proyección en el Código civil español» [(2019) p. 141].

b.2) «*Debe despertar el legislador estatal de su letargo* [cursiva mía]. La nueva normativa catalana en materia de obligaciones y contratos impone un reto, también para el ordenamiento jurídico español; en palabras de Gómez Pomar [apellidos, mayúsculas en el original], «por primera vez desde la codificación decimonónica nos enfrentamos al reto de la plurilegislación en el corazón de los intercambios económicos y jurídicos». Cabrá esperar para ver cuál es la respuesta del legislador estatal» (p. 143).

CC²¹³. Sobre la opción legislativa de considerar a la ventaja injusta supuesto de anulabilidad o de rescisión, se inclina por la rescisión y «nunca como nulidad absoluta»²¹⁴. Dentro ya de la configuración como supuesto de rescisión, Linacero de la Fuente defiende que la norma que regule la ventaja injusta cuantifique expresamente el perjuicio patrimonial a partir del cual operaría, que fija en más del 25% («el 25% es un margen normal de flotación en el tráfico jurídico») ²¹⁵. A modo de recapitulación, la autora afirma que «la figura de la ineficacia contractual por aprovechamiento injusto, podría fundarse en la desproporción entre las prestaciones de las partes objetivada en un perjuicio patrimonial normativamente sancionado y, en razones de equidad, por cuanto en dicha desproporción concurren además circunstancias subjetivas de dependencia, extraordinarias dificultades económicas, necesidad apremiante, inexperiencia o debilidad psíquica de

La citada, por LINACERO DE LA FUENTE y BARCELÓ COMPTE, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de 2009 ha sido revisada, actualizada, y publicada en 2023 en la página web del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, en Comisión General de Codificación, Propuestas, Sección Primera, Civil.

²¹³ a) Para LINACERO DE LA FUENTE: «En mi opinión, y al margen de los remedios vinculados a la buena fe considero que lo deseable sería que en una futura reforma se suprima el citado art. 1293 CC, que parece heredero de una visión extraordinariamente liberal y poco flexible del sistema jurídico-económico, en la medida en que puede colisionar con la aplicación del principio de justicia contractual./ En dicho sentido, observamos que en la Propuesta de modificación del Código Civil elaborada por la Comisión General de Codificación [de 2009], no existe un texto similar al art. 1293 CC» [(2019) p. 45].

b) *Efectivamente*, como apunta Linacero de la Fuente, los artículos 1310 a 1314 PMCC, que regulan la rescisión de los contratos, no recogen una norma como la del artículo 1293 CC, a lo que por mi parte añadido, que *tampoco* en la regulación de la anulación contractual de la PMCC 2009 (arts. 1297 a 1302, 1304 a 1309 CC) *se recoge una norma como la del artículo 1300 CC*, en la que se admite la anulación de los contratos «aunque no haya lesión para los contratantes».

Sobre los artículos 1293 y 1300 CC, *infra*, [96] y [95] respectivamente.

²¹⁴ LINACERO DE LA FUENTE explica:

a) «La ventaja injusta, acogida comúnmente en el Derecho Comparado y Europeo, así como en algunos Derechos civiles especiales, puede entenderse como supuesto de anulabilidad (máxime una cierta similitud con los vicios del consentimiento), o como un caso de rescisión (lesión por desequilibrio contractual), nunca como nulidad absoluta./ Aunque la tendencia en algunos ordenamientos comparados (y en la PMCCOC [PMCC 2009], siguiendo los PECL [que transcribo respectivamente *supra*, nota 114, y [5] [A]], es subsumir el aprovechamiento injusto dentro del marco de la anulabilidad, consideramos [LINACERO DE LA FUENTE] que, siendo su eje programático la idea de la equidad y la lesión patrimonial, se aproximaría más a la categoría conceptual de la rescisión (solución acogida en el Código Civil italiano [que transcribo *supra*, nota 185, b.3)], Código Europeo de Contratos o en el CCCat [que analizo *infra*, [136] [A]] y Compilación Navarra [que analizo *infra*, [142] [B]])./ En dicho sentido, la categoría de la rescisión, tipificada dentro del complejo fenómeno de la ineficacia contractual, puede ampliar su ámbito de aplicación a partir de una visión dinámica y flexible de dicha modalidad de ineficacia funcional que representa la rescisión» [(2019) p. 14].

b) «Una vez acotados los perfiles normativos de su conceptualización [de la ventaja injusta], habría que determinar el tipo de ineficacia contractual más próximo que, a nuestro juicio [LINACERO DE LA FUENTE], es la categoría conceptual de la rescisión./ Ahora bien, lo cierto es que los precedentes de los textos legales y las Propuestas legislativas nacionales y europeas que regulan la ventaja injusta mayoritariamente dentro de la anulabilidad, nos hacen suponer [LINACERO DE LA FUENTE] que su regulación futura es previsible que se realice dentro del citado ámbito de la anulabilidad» (p. 43). *Vid.* además pp. 89-90, 102-103.

²¹⁵ LINACERO DE LA FUENTE (2019) pp. 99-100.

una de las partes, que la otra parte aprovecha injustamente en contra de la buena fe» (cursiva, negrita en el original)²¹⁶.

Por último, Linacero de la Fuente propone añadir un nuevo artículo 1291 bis al Código civil²¹⁷, en su regulación de la rescisión, con el siguiente tenor:

«Ventaja injusta»²¹⁸

Son rescindibles los contratos onerosos a solicitud de la parte que haya sufrido una lesión objetivamente cuantificada en más de la cuarta parte del valor de la prestación estimada al tiempo de la celebración del contrato, siempre que dicha desproporción sea debida a la situación de dependencia, extraordinarias dificultades económicas, necesidad apremiante, inexperiencia, debilidad psíquica o incapacidad de comprender de una de las partes que la otra aprovecha injustamente para obtener, para sí a [sic; o] para un tercero, una ventaja patrimonial desproporcionada.

No se pueden rescindir por causa de lesión los contratos aleatorios.

A petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adoptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico» (cursiva del original, y la leyenda del artículo, en cursiva y negrita en el original)²¹⁹.

[A.3] *La no inclusión en el vicio de la intimidación y la oportunidad de una regulación específica fuera de los vicios del consentimiento (existentes): Del Olmo García*

El autor analiza el artículo 1143 CCF en la redacción que le dio la *Ordonnance n.º 2016-131*, regulando el estado de dependencia *en el vicio de la violencia*. Según la traducción que de dicho artículo ofrece Del Olmo García, «[e]xiste 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»²²⁰.

²¹⁶ LINACERO DE LA FUENTE (2019) p. 101; *vid.* además p. 15.

²¹⁷ Aunque también admite la posibilidad de que pudiera ubicarse «como nuevo supuesto de rescisión [del] art. 1291 CC»; LINACERO DE LA FUENTE (2019) nota 198 de p. 106.

²¹⁸ *Sobre cómo denominar a esta nueva figura*, LINACERO DE LA FUENTE explica, que «[p]odría optarse por la denominación explotación o aprovechamiento injusto, por la connotación de conducta antisocial que conlleva aprovechar la necesidad de otro para obtener un beneficio. La expresión completa sería lesión objetivamente cuantificada por aprovechamiento injusto. No obstante, la expresión *ventaja injusta* parece más ilustrativa y dinámica» [cursiva del original; (2019) nota 196 de p. 106]. Advierto que LINACERO DE LA FUENTE escribe en 2019 y, con posterioridad (Ley 8/2021), el artículo 1302.3.II CC acoge dicha expresión [*supra*, [3] b)].

Vid. supra, nota 207, las consideraciones de GÓMEZ CALLE sobre la variedad de denominaciones adoptadas en distintos textos jurídicos.

²¹⁹ LINACERO DE LA FUENTE (2019) p. 106.

²²⁰ DEL OLMO GARCÍA (2017) p. 614.

Dado el año en que publica su trabajo, *en 2017*, DEL OLMO GARCÍA analiza el artículo 1143 CCF en la redacción que le dio la *Ordonnance n.º 2016-131*. *Pero con posterioridad*, «[e]l artículo 5.2.º *Loi n.º 2018-287* incorporó al artículo 1143 CCF [...] [la] expresión «à son regard» y la misma es una incorporación de carácter interpretativo, por lo que se aplica desde el 01.10.2016» [cursiva mía; FENOY PICÓN, nota

Del Olmo García califica esa regulación del estado de dependencia como una de las «dos novedades *esenciales* en materia de violencia como vicio de la voluntad» (cursiva mía) de la reforma francesa de 2016 (la otra novedad esencial, que apunta, es el artículo 1141 CCF que regula la amenaza consistente en ejercer una vía de derecho)²²¹. Para Del Olmo García, la opción regulatoria del artículo 1143 CCF (y también la del art. 1141 CCF) son criticables, entre otras cosas, porque al exigirse «la noción de «ventaja manifiestamente excesiva», [...] creo [Del Olmo García] que supone admitir una visión de la violencia capaz de solaparse con la idea de lesión propia de la rescisión»²²² y «creo [Del Olmo García] que no se debe admitir la influencia francesa en tal sentido sobre nuestro propio Código [civil]»²²³. Considera «*que el tratamiento preferible para las situaciones de dependencia a que alude el art. 1143 NCC [CCF] consiste en reconocer que estamos ante un problema de excesiva desproporción y, por lo tanto, introducir una nueva norma especial que le dé solución fuera de la disciplina de los vicios del consentimiento (justicia procedimental)*» (cursiva mía), siendo esta «la línea adoptada en nuestro sistema en el art. 1301 de la Propuesta de Modernización del CC (PM-CC) [de 2009] elaborada por la sección de Derecho Civil de

247 a) de p. 1396; *vid.* dicha nota hasta p. 1397 en donde analizo el significado del «à son regard». *Tras la reforma de 2018, la vigente redacción del artículo 1143 CCF es:* «Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif» (cursiva mía; analicé el art. 1143 CCF en [47] y en caja más pequeña, pp. 1396-1399 y oportunas notas a pie de página).

Sobre la aludida *Loi n.º 2018-287* conviene que recuerde lo siguiente. La *Loi n.º 2018-287* ratifica la *Ordonnance n.º 2016-131* y, «[a] ratificar, el Parlamento francés *no* se limitó a la aprobación pura y simple, sino que llevó a cabo en la *Ordonnance n.º 2016-131* algunos retoques de redacción y otros de fondo (sobre su contenido), afectando a una veintena de artículos sobre el total de los trescientos cincuenta de la *Ordonnance n.º 2016-131*. La propia *Loi n.º 2018-287*, en su artículo 16.I tercer párrafo *in fine*, califica de *interpretativos* los retoques de redacción y esas interpretaciones se aplican desde el 01.10.2016 (que es la fecha de entrada en vigor de la *Ordonnance n.º 2016-131*; la aplicación/interpretación *es retroactiva*). En cambio, las *reformas de fondo* [...] entran en vigor el 01.10.2018 [...]» [cursiva mía; FENOY PICÓN, *ADC* (2017) [11] pp. 1349-1350; *vid.* [10]-[11], pp. 1349-1351].

Como apunto en el párrafo primero de esta nota, la incorporación al artículo 1143 CCF del «à son regard» tiene carácter interpretativo.

²²¹ DEL OLMO GARCÍA (2017) p. 635; *vid.* también p. 619 y p. 624.

El artículo 1141 CCF, según traducción del autor, es: «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» (p. 614).

²²² DEL OLMO GARCÍA (2017) p. 619. Además:

a) Más adelante reitera la crítica en su conclusión del trabajo: «[...], insistiendo en la conveniencia de no oscurecer la frontera entre la lógica de los vicios de la voluntad (justicia procedimental) y la lógica de las normas sobre excesiva desproporción (justicia material; lesión, usura...)» (p. 635).

b) Y antes, cuando se refiere al Proyecto Catala, a propósito del artículo 1143 CCF, afirma: «[...], creo que son convincentes las observaciones críticas hechas sobre la norma similar a la introducida en el art. 1143 NCC [CCF] presente en el Proyecto Catala, de que la dependencia que da lugar al abuso por parte de un contratante responde a una lógica propia de la lesión (no de los vicios de la voluntad) y que, por ello, se debería hacer colocar la figura sistemáticamente lejos de la violencia y admitir una reconducción del acuerdo por medio de un reequilibrio de las prestaciones» (p. 634).

²²³ DEL OLMO GARCÍA (2017) p. 635.

la Comisión General de Codificación»²²⁴ (artículo este que transcribo *supra*, nota 114).

B) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

[21] ¿El Tribunal Supremo acoge la tesis estricta (o restrictiva) o la amplia del dolo? *En general, los autores entienden que acoge la amplia*. En este sentido y a modo de ejemplo, las siguientes consideraciones de Pasquau Liaño; también las de Rojo Ajuria, si bien este último matiza sus afirmaciones.

a) Pasquau Liaño, si bien apunta que «[I]a manifestación más común del dolo es el engaño» (sobre esto *infra*, [22]), señala que «[e]l dolo puede consistir también en el aprovechamiento de circunstancias no provocadas por el agente, pero que le colocan en una posición negociadora muy favorable, si puede calificarse como conducta contraria a la buena fe el prevalimiento de esa asimetría negociadora para conseguir la celebración de un contrato que por su contenido o sus condiciones resulta desequilibrado a su favor (cesión

²²⁴ a) DEL OLMO GARCÍA (2017) pp. 635-636.

En otro posterior trabajo (2022), en el que DEL OLMO GARCÍA analiza la violencia y la intimidación, afirma: «Por todo ello, no creo [DEL OLMO GARCÍA] 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 civil 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 [DEL OLMO GARCÍA] que la posibilidad de recurrir a la justicia material del intercambio sin que el sistema señale que (¡jojo!) ha cambiado la base para decidir, es una trampa absurda que el sistema pone a los operadores menos avisados. En este sentido, creo [DEL OLMO GARCÍA] 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 [de 2009; PMCC] y la PCC [APDC], en la línea de los PECL y DCFR, creo [DEL OLMO GARCÍA] que es una buena noticia para todos» [cursiva mía; (2022) p. 849; vid. desde p. 847].*

b) Apoyándose en el trabajo de Del Olmo García de 2017 y tras apuntar que «Del Olmo García [apellidos, mayúsculas en el original] opina que la mejor forma de afrontar las situaciones de dependencia es considerándolas como un problema de excesiva desproporción y regulándolas en una norma especial «fuera de la disciplina de los vicios de la voluntad», GÓMEZ CALLE considera que «[c]on esto último, sin embargo, [Del Olmo García] parece querer subrayar sobre todo la necesidad de no regular el supuesto como un caso de violencia, y no tanto descartar su consideración como un cuarto vicio. Y ello porque, a renglón seguido, señala que lo que él defiende va en la línea adoptada por textos como la PMCC [2009], los PICC, los PECL o el DCFR; y, como se recordará, el DCFR conceptúa directamente la explotación indebida como un vicio más, mientras que los otros tres textos citados van en línea parecida al situar el precepto que contempla el supuesto tras los que definen los clásicos vicios del consentimiento y someterlos a todos ellos a un régimen prácticamente común» [(2018) nota 46 de p. 214].

gratuita de bienes o derechos, contratos onerosos pero con precio irrisorio, afianzamiento, etc.)» (cursiva mía)²²⁵. Añade el autor, que escribe en 2009 (en segunda edición), que el Tribunal Supremo «*no lo ha dicho nunca de manera clara, con la intención de sentar doctrina; sin embargo, un análisis de los supuestos en los que se ha estimado la pretensión de nulidad por dolo, demuestra que hay un grupo de ellos en los que concurre la doble circunstancia de la debilidad negociadora de una parte, y la realización de un contrato cuyo contenido es claramente beneficioso para la otra parte*» (cursiva mía)²²⁶. Para Pasquau Liaño, la primera sentencia en la que el Tribunal Supremo aplica esto es de fecha 23.02.1934 y el caso del que se conoce consistió en que «la demandante había cedido sus derechos hereditarios por «*exiguo precio*» (inferior en mucho a la mitad de su valor real) al demandado, quien, «*prevaleándose de la pobreza de ánimo y debilidad mental*» de la demandante, urdió mediante una comunicación «*insistente y continua*» la celebración del contrato en esas condiciones» (cursiva del original)²²⁷. Dicho esto, Pasquau Liaño cita y extracta una serie de sentencias del Tribunal Supremo que incluye en este primer grupo de supuestos²²⁸; en concreto, se refiere a las STS 06.11.1948²²⁹, STS

²²⁵ PASQUAU LIAÑO, «Artículos 1269 y 1270» (2009) p. 2347.

²²⁶ PASQUAU LIAÑO, «Artículos 1269 y 1270» (2009) p. 2347.

²²⁷ a) PASQUAU LIAÑO, «Artículos 1269 y 1270» (2009) p. 2347.

b) En esta STS 23.02.1934 (no consta su ponente en la base de datos que he consultado, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*), en esencia, quien realiza el dolo, hace creer a su víctima (heredera universal), prevaleándose de su «*probreza de ánimo y debilidad [sic; debilidad] mental*» y a través de «una correspondencia insistente y continúa, que los inmuebles de la herencia no estaban inscritos en el Registro de la Propiedad [...] a nombre del causante [su padre], lo que le constaba que no era cierto, y [le dijo] que serían necesarios largos y dispendiosos pleitos» para lograr «*la posesión de su haber hereditario*» (cursiva mía). La heredera le vende todos los derechos que le correspondían por 17.000 pesetas, cuantía «*inferior en mucho más de la mitad a su real y verdadero valor*» (cursiva mía). El marido de la vendedora (la heredera) demanda al comprador, señalando que la vendedora dio su consentimiento al contrato por el dolo padecido. El Tribunal Supremo considera viciado el consentimiento de la heredera sobre la venta. *En mi opinión, la heredera padeció un error provocado, había vulnerabilidad aprovechada, existió presión, y beneficio del otro contratante*. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

²²⁸ PASQUAU LIAÑO, «Artículos 1269 y 1270» (2009) pp. 2347-2348.

²²⁹ En *síntesis*, un cajero hace un desfaldo en el banco en el que trabaja y los directivos del banco ilusionan al tío carnal del cajero, diciéndole que para que su sobrino continúe en su empleo, era necesaria una garantía de la gestión de su sobrino. Los directivos del banco convencen al tío carnal para que este firme (el 03.03.1941) una carta de fianza personal y días más tarde le trasladan precipitadamente y a hora intempestiva a una notaria, en donde el tío carnal firma (el 21.03.1941) una escritura de reconocimiento de deuda (del descubierto hecho por el cajero, su sobrino) así como de otros gastos, obligándose a pagar e hipotecando diversas fincas en garantía. El tío carnal firma la carta y la escritura notarial en un «estado de depresión de voluntad». En segunda instancia se entiende que hubo dolo del banco, no casando el Tribunal Supremo. *En mi opinión, puede entenderse que hubo error provocado sobre un hecho futuro (que se despedirá al sobrino, si el tío no hacía lo que los directivos le señalaban), presión de los directivos sobre el tío, situación de vulnerabilidad del tío (depresión de voluntad), y los directivos obtienen el beneficio del reconocimiento de deuda y su garantía*. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

En esta STS 06.11.1948 (Pte. Excmo. Sr. D. Celestino Valledor), el Tribunal Supremo explica sobre el dolo: «[...] no entran en juego estos preceptos [arts. 1274, 1813 CC, 138 LH] en el caso de autos, [...].

25.11.1960²³⁰, STS 20.12.1967²³¹, STS 15.07.1987, STS 27.02.1989 (de estas

sino la concurrencia o no de consentimiento viciado por dolo, resultando así desbordado en el recurso el problema litigioso, pues quedan en pie los hechos que en la sentencia recurrida se declaran probados y sin impugnación suficiente la apreciación jurídica que de los mismos hizo el Tribunal «a quo» como constitutivos de negocio que el actor llevó a efecto, inducido por la actuación de la otra parte, llevándolo a la aceptación de una responsabilidad real, en la creencia errónea, por parte del actor; de que se trataba de una mera fórmula para que su sobrino continuase en el cargo de Cajero que venía desempeñando, lo que, unido al estado de depresión de voluntad en que aquél se hallaba y a las demás circunstancias concurrentes, según los hechos probados, lleva a la conclusión de que en la firma de la carta de garantía y de la escritura de hipoteca medio dolo grave, determinante de la anulabilidad del vínculo viciosamente creado, a tenor de los artículos 1260 [sic] y 1270 del Código Civil» (cursiva mía; cdo 6.º).

Infra, nota 489 b) transcribo el cdo 1.º de esta STS 06.11.1948.

²³⁰ En esta STS 25.11.1960 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Rodríguez Varcancel), en resumen, el padre (Marcelino) vende el 03.05.1950 la Casería Amuchástegui-Zarra a Pedro y José Antonio (compradores), pero antes (el 19.09.1946), Marcelino había pactado con su hijo (Mariano) que conservaría el caserío. El padre (Marcelino) es persona octogenaria, alejada del caserío, lo vende a un precio irrisorio y vil, y los compradores se aprovechan de las desavenencias entre el padre (vendedor; Marcelino) y su hijo (Mariano). El Tribunal Supremo considera que hubo dolo causal y grave. *En mi opinión, puede entenderse con los datos del documento que manejo, que no hay error provocado, podría considerarse que había vulnerabilidad, aprovechada por los compradores, quienes obtienen un beneficio.* Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

En lo que interesa y según el Tribunal Supremo: «Que, a tenor de los hechos que el Juzgador de Instancia estima acreditados dentro del proceso, sin eficaz impugnación en el recurso, resulta patente que los demandados por la acción de nulidad de la venta convenida por la escritura pública de 3 de mayo de 1950, aprovechándose de las desavenencias entre el vendedor [Marcelino] y su hijo [Mariano], aquél ya octogenario y alejado del caserío cuestionado, adquirieron ésta por un irrisorio y vil precio formal, circunstancia que implica en este caso particular la existencia del dolo causal y grave que impurificó la verdadera y consciente declaración de voluntad por parte del vendedor [Marcelino], causa de la nulidad postulada en la demanda, pues en ella se invocan al efecto los artículo 1300 y siguientes del Código Civil que la acogen; [...]» (cdo 1.º de la segunda sentencia del Tribunal Supremo).

²³¹ a) De esta STS 20.12.1967 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Cantos Guerrero) me ocupo *infra*, [78] [A.1] a) y [87] [B]. *A efectos de lo que ahora trato* (pues expongo sus hechos *infra*, [87] [B]), y sin perjuicio de mi extracto de hechos *infra*, en el Anexo de sentencias), simplemente, la legataria de un bar (Francisca) contrata con la heredera (M.ª Dolores) y asume el pago de una deuda (préstamo que el causante Juan no había devuelto al prestamista José) y deuda que correspondía a la heredera (M.ª Dolores); se entiende que la heredera actuó con dolo. *En mi opinión, hubo error provocado, presión, vulnerabilidad aprovechada, y beneficio.*

En lo que interesa, según el Tribunal Supremo:

«[...] se impugna la afirmación que se hace en la instancia de que había sido otorgado por error el contrato de 15 de diciembre de 1962, suscrito entre la heredera [M.ª Dolores] y la legataria [Francisca], obligándose esta última al pago de una deuda contraída por el testador [Juan] y que como tal era de cargo de la herencia; y *procede desestimarlo igualmente*, pues en la propia argumentación que se articula para defenderlo, se está poniendo de relieve la *facilidad con que una persona, y más si no es versada en derecho, pudo incurrir en el error de creer que el bar, objeto del legado, estaba gravado con la garantía de la devolución del préstamo* [...]; luego no se falta a la lógica exigida por el artículo 1253 del Código civil, en la sentencia impugnada, cuando partiendo de los hechos probados; *asumir una obligación* [la de pagar el préstamo e intereses, del causante Juan] *que no le pertenece, retención hasta que lo firmó* [el contrato por el que asumía el pago del préstamo e intereses que debía el causante Juan] *de la cosa legada y mediación de personas que le merecían crédito, se afirma que ese contrato, tan contrario a sus intereses* [los de la legataria Francisca], *se suscribió por la legataria persona de humilde condición, por error sustancial, al que, además, fue intencionadamente inducida por la heredera*» (cursiva mía; cdo 2.º).

«[...] en los motivos quinto y sexto [del recurso de casación] [...] se analizan las características del error padecido por la legataria [Francisca], a la luz de numerosas sentencias de este Tribunal que enumera, para llegar a la conclusión de que en el presente caso, aun admitiendo su existencia, sería intras-

dos últimas sentencias doy detenida cuenta *infra*, [23] [A] y [B] respectivamente) y STS 21.07.1995²³². Para este grupo de supuestos, Pasquau Liaño señala que aquí, «una de las partes aprovecha una situación de apremio o nece-

cidente por tratarse de error en el conocimiento del derecho y no ser inexcusable, puesto que la legataria [Francisca] pudo acudir a un Letrado; y también debe ser desestimado pues, en cuanto a lo primero [al alegado error de derecho], no tenemos que entrar en la discusión de si el error de derecho excusa o no del incumplimiento, ya que no se trata de un puro error del derecho, sino del error que nace del dolo, a virtud del cual se inclina el juicio de la demandada [la legataria Francisca] hacia la idea, que acaba de aceptar; de que su obligación de pago es ineludible como legataria del bien sobre el que privadamente se constituyó la garantía y en cuanto [a lo segundo] a que dicho error fuera vencible acudiendo a persona letrada, la propia sentencia nos da como hecho probado que las personas letradas que intervinieron en la transacción no lo hicieron ciertamente para velar por sus intereses, sino para atentar contra ellos» (cursiva mía; cdo 4.º).

Sobre el error de derecho (en los contratos) al que se alude en esta STS 20.12.1967, FENOY PICÓN, ADC (2017) [217]-[221] pp. 668-673.

b) Al anotar esta STS 20.12.1967, MORALES MORENO considera: «Lo que me parece más interesante resaltar en esta sentencia, es la propia naturaleza del error padecido por la legataria. Según resulta del propio caso, nos hallamos ante un error que afecta a la causa suficiente del contrato celebrado entre la heredera y la legataria. Ésta suscribe el convenio en la creencia de que se halla obligada a asumir esa deuda y tiene esa creencia porque padece error, influenciado por las maquinaciones de la heredera. Asume una deuda que no le pertenece, sin que exista, a la luz de las exigencias del art. 1274 del Código Civil, una causa que pueda justificarla. El error, pues, nos explica la celebración de un contrato que carece de causa. Y es fundamental esa carencia de causa la que justifica, en este caso, la nulidad del compromiso. En consecuencia, nos hallamos ante un supuesto de nulidad y no de anulabilidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo no razona así; maneja el error y el dolo padecido, aunque ciertamente por esa vía puede llegarse en este caso a un resultado parecido» [cursiva mía; (1988) p. 322].

²³² a) Ahora bien, sobre esta STS, 1.ª, 21.07.1995 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 5596), PASQUAU LIAÑO advierte que el caso se resolvió como supuesto de error y no de dolo. Explica que en la sentencia se «privó de eficacia a una oferta de venta que vino motivada por la circunstancia de creer erróneamente el oferente que el destinatario de la misma le asistía un derecho de tanteo. El TS admitió que el error del oferente fuese inexcusable, pero aún así prevaleció la consideración de la mala fe consistente en «aprovecharse de un error de la contraparte». No lo calificó como dolo, pero el efecto no fue otro» [cursiva del original; «Artículos 1269 y 1270» (2009) p. 2348].

Habiendo acudido a consultar esta STS, 1.ª, 21.07.1995, en lo que interesa, se lee: «Aunque hipotéticamente se mantuviese la declaración de voluntad por considerar que [...] Marcial [el arrendador] cayó en un error inexcusable al manifestar a «Niquelados León, SL» su propósito de aportar las naves arrendadas para la constitución de «Grupo Malla, SA», con indicación de su valor, y con la invitación a que si la actora [la arrendataria] estuviese interesada en su adquisición se lo comunicase, la consecuencia sería la del mantenimiento de la declaración como un trámite obligado para el ejercicio del tanteo de la arrendataria. «Niquelados León, SL» no lo poseía por haber renunciado al tanteo y retracto legal en el contrato de arrendamiento, y de ahí el supuesto error del arrendador; pero el arrendatario también sabía obviamente que no lo poseía, y sin embargo se apresura a ejercitar el tanteo (así lo dice en sus comunicaciones al arrendador), es decir, trata de aprovecharse de un error de la contraparte, lo que esta Sala tiene vedado por contrario a la buena fe aunque el error de esta última no fuese excusable (Sentencias de 23 mayo 1933 y 24 junio 1969 [...]). La doctrina más autorizada afirma que no hay protección a la confianza suscitada por una declaración si el que la recibe pudo conocer el error, que es precisamente el caso de autos. Seguramente por ello, se ha cambiado la óptica para iniciar la sociedad arrendataria este pleito, pretendiendo ahora hacer valer la carta de [...] Marcial como una oferta de venta, no como una notificación para tantear, eludiéndose, además, que esta Sala rechaza el juego de los derechos de adquisición preferente del arrendatario cuando el arrendador aporta el objeto arrendado a la constitución de una sociedad (Sentencias 16 y 23 mayo 1960 [...], 12 junio y 9 diciembre 1964 [...], 2 abril 1985 [...] y 30 junio 1994 [...])» (cursiva mía; FD 5.º).

sidad de la contraparte, con la intención de obtener una ventaja injusta», y «[s]on contratos *leoninos* que algunas veces el TS ha encuadrado en la categoría de intimidación [...] aunque probablemente sería más adecuado incardinarlos en el dolo» (cursiva del original)²³³. Concluye Pasquau Liaño, que «[s]ería muy interesante que el TS precisara los contornos de esta peculiar modalidad de dolo, en la que lesión y prevalimiento de circunstancias se dan la mano: el desequilibrio en las prestaciones (o la falta de justificación objetiva del negocio gratuito) puede precisamente, en concurrencia con otros datos de hecho, denotar la falta de libertad contractual de la contraparte; pero el vicio de la voluntad no será la lesión, ni la situación de debilidad contractual, sino su utilización de mala fe; es decir, el dolo» (cursiva mía)²³⁴.

b) Por su parte, Rojo Ajuria (que escribe en 1994) *matiza más sus afirmaciones*. Como expuse *supra*, [19], si bien considera que el Tribunal Supremo emplea el término dolo mezclándolo con otras cuestiones (intimidación) o lo utiliza impropriamente, *también destaca* que, diferente es, que habiéndose

b) *En cuanto al caso, resumidamente, Niquelados León, SL* (arrendatario de las naves) demanda a Marcial (arrendador), Lucía (esposa de Marcial) y al *Grupo Malla, SA* (sociedad a la que Marcial aportaba las naves), «solicitando que se declarase la existencia de una oferta de contrato derivada de la carta dirigida por [...] Marcial a la actora, aceptada por ésta mediante telegrama y acta notarial; que de esa oferta y aceptación ha devenido un contrato de compraventa sobre las naves que llevaba en arrendamiento la actora [...] Marcial y a su esposa [...] Lucía, naves que fueron aportadas con posterioridad a la oferta y aceptación para constituir la sociedad «Grupo Malla, SA»; que esta sociedad, para el supuesto de que las citadas naves estuviesen inscritas a su nombre en el Registro de la Propiedad, estaba obligada a otorgar escritura pública de compraventa en favor de la actora [*Niquelados León, SL*] por el precio ofertado de 21.300.000 ptas.; y que se declarase que los efectos de la compraventa se produjeron a partir del 5 enero de 1989, originándose la confusión de las cualidades de arrendataria y propietaria de las naves en «Niquelados León, SL»» (FD 1.º). *En primera instancia* se desestima la demanda. *En segunda instancia* se confirma la sentencia de primera instancia. *Niquelados León, SL* interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo no casa.

²³³ PASQUAU LIAÑO, «Artículos 1269 y 1270» (2009) p. 2348. El autor remite a su apartado titulado «La utilización de una situación de apremio de la contraparte para la obtención de condiciones ventajosas en un contrato» [«Artículos 1267 y 1268» (2009) pp. 2342-2343], que comienza con la siguiente consideración general: «Como el CC no exige que el causante directo de la amenaza intimidatoria sea uno de los contratantes, no es impensable apreciarla en casos en que una de las partes acude a la negociación apremiado o presionado por una situación externa o por circunstancias que por sí mismas constituyen una amenaza que la celebración del contrato pudiera disipar, cuando la otra parte conoce esa situación y la maneja en provecho propio» (p. 2342).

²³⁴ a) PASQUAU LIAÑO, «Artículos 1269 y 1270» (2009) p. 2348.

b) *Más allá de lo expuesto hasta ahora*, PASQUAU LIAÑO informa que el Tribunal Supremo «no admite [...] la existencia de vicios del consentimiento *atípicos* [cursiva del original]», si bien «(podría señalarse como excepción la extraña *STS 19 mayo 1995* [cursiva, negrita en el original], [...], que considera viciado el consentimiento aludiendo muy imprecisamente a una indebida «*influencia*» [cursiva del original] sobre un contratante mayor de edad por parte de su padre)» [«Artículo 1265» (2009) p. 2325].

En relación con esa *STS, 1.º, 19.05.1995 (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 4082)*, PASQUAU LIAÑO seguramente se refiere al siguiente fragmento de la sentencia: «Esto aparte de que el consentimiento de la hija emancipada hay que estimarlo viciado por influencia del concedente de la emancipación [el padre]» (FD 2.º; para los hechos *vid.* FD 1.º).

Sobre los vicios del consentimiento atípicos, *supra*, [13].

producido efectivamente un error provocado [tesis estricta (o restringida) del dolo], se hayan lógicamente tenido en cuenta circunstancias personales de la víctima del dolo. Y al respecto, Rojo Ajuria cita las SSTS de 23.02.1934 «(débil mental)», 06.11.1948 «(depresión)», 20.12.1967 «(escaso nivel cultural)», 15.07.1987 «(ingenuidad)» y para la STS 27.02.1989 señala que, «además de los engaños y la desproporción de las prestaciones, [se] habla de un «cerco moral»»²³⁵. *Todas estas sentencias coinciden con las sentencias que Pasquau Liaño cita en la anterior a), de este [21], en el grupo de situaciones en las que está presente la debilidad negociadora de uno, aprovechada por el otro, que obtiene un beneficio. Y esta coincidencia en la cita de sentencias, sea total, sea parcial, se encuentra asimismo en otros autores*²³⁶. *Volviendo a Rojo Ajuria, entiendo que lo que este viene a apuntar es que, sentencias clasificadas por*

²³⁵ ROJO AJURIA (1994) nota 15 de p. 252.

²³⁶ Adscriben a la tesis amplia del dolo:

a) DE VERDA Y BEAMONTE cita a las SSTS 13.02.1967, 15.07.1987 y 27.02.1989 [RdP (2006) pp. 61-62; las que cito en cursiva son sentencias que citan Pasquau Liaño y Rojo Ajuria]. Sobre la aludida STS, 1.ª, 15.07.1987, DE VERDA Y BEAMONTE manifiesta que «[e]n todo caso, no puede dejar de evidenciarse que la sentencia expuesta [STS, 1.ª, 15.07.1987] parece contemplar, más un supuesto de captación ilícita de voluntad o de *abus de situation* (en terminología francesa), que una hipótesis de error inducido. Por ello, dicha sentencia apoya la tesis, defendida por DE CASTRO, [...] según la cual el concepto de dolo no debe limitarse, exclusivamente, a las maquinaciones maliciosas productoras de un error, sino, en general, todas aquellas que ejercen una «indebida influencia sobre la voluntad de quien declara»» (nota 61 de p. 39).

b) BERCOVITZ ÁLVAREZ cita a las «SSTS 23.02.1934 [...], 20.12.1967 [...], 15.07.1987 [...], 27.02.1989» [«Artículo 1269» (2013) p. 1727]. Todas estas sentencias son citadas por Pasquau Liaño y Rojo Ajuria.

c) M. J. MARÍN LÓPEZ informa de que, «[e]n ocasiones, el Tribunal Supremo ha calificado como dolo el aprovechamiento de circunstancias no provocadas por el agente, pero que le colocan en una posición negociadora muy favorable. Hay dolo cuando el agente se prevale de esa asimetría negociadora para conseguir la celebración del contrato, que, además, por su contenido resulta beneficioso para él. En todas las resoluciones del Tribunal Supremo que admiten el dolo [y en nota 159 de p. 705, el autor cita en su apoyo, «[e]ntre otras, SSTS 23.3.1934 [...], 13.2.1967 [...], 20.12.1967, 15.7.1987 [...], 27.2.1989 [...]; las que cito en cursiva son sentencias que citan Pasquau Liaño y Rojo Ajuria] concurren ambas circunstancias: debilidad negociadora de una parte que es aprovechada maliciosamente por la otra parte para celebrar el contrato, y celebración de un contrato con un contenido muy beneficioso para una parte y muy perjudicial para la otra. [...] (138, p. 705). Y al respecto, M. J. MARÍN LÓPEZ explica y opina, que «[l]a cuestión es dudosa, y depende, en último extremo de la configuración que se haga del dolo en particular, y de los vicios del consentimiento en general. Se han defendido dos posiciones. Conforme a una primera tesis, los casos de «abuso de posición» no tiene cabida en el concepto de dolo. Parte de la base de que la doctrina de los vicios del consentimiento sólo opera en los casos más graves, cuando el temor, el error y el engaño (dolo) reúnen los caracteres especialmente previstos en el Código Civil. En el concreto caso del dolo, sólo es jurídicamente relevante cuando concurren en él los requisitos de los arts. 1269 y 1270 CC. Si no es así, no habrá dolo, aunque la conducta del agente sea contraria a la buena fe. *Según una segunda tesis, que me parece preferible, la redacción del art. 1269 CC es tan amplia que permite calificar como conducta insidiosa cualquier infracción de los deberes que impone la buena fe, si se emplea con el fin de captar la voluntad del contratante. Conforme a esta interpretación, es claro que existe dolo en los casos de aprovechamiento de situación de debilidad de la contraparte para captar su voluntad*» (cursiva mía; 139, p. 706; vid. además 124, pp. 701-702, si bien aquí el autor se preocupa de la distinción entre los vicios de error y dolo). Todas las citas de (2020).

otros autores en el sentido de que, en ellas, se acoge la tesis amplia del dolo, realmente no sería así y responderían a la tesis estricta del dolo (pues puede comprobarse que hubo error provocado).

Expuesto lo anterior, a continuación, *primero*, me ocupo de algunas sentencias en las que el Tribunal Supremo afirma que la víctima del dolo *padeció error*; hubo engaño. *Después*, expongo otras sentencias del Tribunal Supremo, algunas de las cuales se han incardinado en la tesis amplia del dolo.

[22] Me limitaba a señalar en [21], que Pasquau Liaño apuntaba que «[l]a manifestación más común del dolo es el engaño», a lo que añadido ahora que el propio Pasquau Liaño aclaraba de inmediato, «*es decir, la inducción de error en la contraparte*» (cursiva mía), citando una serie de sentencias en apoyo²³⁷.

En general, el Tribunal Supremo suele apuntar *explícitamente*, o *algo menos*, al engaño que sufre el contratante que padece el dolo; el dolo produce (provoca) error. Aunque a lo largo del trabajo se irá constatando esto que digo

d) *Y más allá de lo anterior, y en la relación con la edad y el dolo*, LYCZKOWSKA considera: «El mero dato de la edad avanzada del contratante nunca es criterio suficiente para decretar la nulidad del contrato concertado presumiendo engaño al que sería especialmente susceptible la persona mayor (STS de 13 de diciembre de 2000 [...] y STS 11 de junio de 2003 [...]). Y si se anula dicho contrato, es porque la maquinación engañosa queda demostrada más allá de las circunstancias personales del contratante que aunque son importantes, no son decisivos, ya que hace falta que la otra parte quiera efectivamente aprovecharse de la situación (vgr. STS de 15 de julio de 1987 [...])» [esta última sentencia, que pongo en cursiva, la citan incluyéndola en la tesis amplia del dolo, Pasquau Liaño, De Verda y Beamonte, y Bercovitz Álvarez; también la cita Rojo Ajuria; asimismo M. J. Marín López; Lyczkowska, ADC (2009) p. 450].

²³⁷ PASQUAU LIAÑO, «Artículos 1269 y 1270» (2009) p. 2346.

Para esa serie de sentencias, el autor explica: «[e]jemplos típicos de dolo en la modalidad de engaño [esta cursiva mía] (es decir, palabras o maquinaciones dirigidas a producir error determinante del consentimiento de la otra parte) los suministran las SSTS 11 abril 1912 (se vendieron unas tierras por precio excesivo, infundiendo al comprador la creencia de que existían en ellas grandes manantiales de agua potable, siendo así que no había ninguno), 23 febrero 1934 [...] (para adquirir determinados derechos hereditarios a precio muy bajo se hizo creer a la heredera, mediante una correspondencia insistente y continua, que los inmuebles hereditarios no estaban inscritos, lo que habría de comportar largos y dispendiosos pleitos para hacerse con ellos) [pero, adviértase, que esta sentencia también la clasifica Pasquau Liaño en el otro grupo de sentencias sobre el dolo en las que está presente la debilidad negociadora de una parte y el aprovechamiento de la otra; vid. *supra*, [21] a) y nota 227], 4 diciembre 1956 [...] (venta de camión del que se afirmaron cualidades y condiciones que se revelaron como falsas), 20 abril 1965 [...] (venta de solar como edificable, cuando era parte segregada de finca de la que el vendedor había agotado toda su edificabilidad), 28 febrero 1969 [...] (se afirmó por el vendedor que los pisos vendidos gozaban de ciertas bonificaciones tributarias, que no existían), 28 octubre 1974 [...] (venta de local como habitable, a sabiendas de que tal destino estaba prohibido por la normativa urbanística: pero, para salvar la prescripción de la acción de nulidad por dolo, el TS optó por considerar el contrato nulo por causa ilícita...), 18 julio 1988 [...] (el vendedor acometió obras de albañilería y pintura para ocultar grietas y fisuras en la edificación que se vendía), 19 febrero 1996 [...] (se hizo creer al constructor que la obra había invadido gran parte de solar colindante para forzar su venta), 10 marzo 2008 [...] (se concertó un contrato de opción de compra con un precio de opción importante, haciendo creer un precio reducido al optante, y después se le conminó a celebrar el contrato por su precio más elevado apoyándose en el temor del optante de perder, en caso contrario, lo pagado inicialmente)» (salvo indicación en contrario por mi parte, la cursiva, negrita en el original).

a través de la lectura de las sentencias que voy exponiendo, aquí y *a modo de ilustración* voy a referirme a dos sentencias. La primera es la STS, 1.ª, 29.09.2015 en que se conoce de una opción de compra sobre unas fincas, ejercitada por los optantes. El engaño (que provoca el error) consiste en que los vendedores no informaron a los compradores que el plan de urbanización, presentado como definitivo, había sido impugnado y ello afectaría a la posibilidad de edificar (se pretendía la construcción de unos edificios en las fincas, y resultó que el plan se anuló). En la sentencia, en la que el Tribunal Supremo va comparando los vicios del dolo y del error, se lee que «[e]l error que produce o comporta el dolo [...] es producto o consecuencia de una intención o propósito de engañar a la otra parte contratante», «aunque el engaño, ínsito en el dolo, provoque necesariamente el error a la otra parte contratante [...]» (FD 2.º). Según el Tribunal Supremo, hubo dolo de los vendedores, «[t]omando cuerpo en el engaño, por omisión, consistente en no advertir deliberadamente a la parte compradora de la existencia de un hecho, la impugnación del proyecto de urbanización presentado como definitivo, cuyo resultado o desenlace afectaría a la esencia y condiciones del contrato que estaban celebrando, viciando el consentimiento de los compradores acerca de las circunstancias reales de lo que adquirirían» (FD 2.º). Puesto que esta sentencia trata otros aspectos del dolo, opto por exponerla *infra*, [31] [A], al analizar la antijuridicidad de la conducta del que realiza el dolo; remito allí.

El otro ejemplo de sentencia ilustrativa es la STS, 1.ª, 03.03.2021, en que se conoce del engaño sufrido por un cofiador a primer requerimiento consistente, en esencia, en que se le oculta la deficiente situación patrimonial (insolvencia) en que estaba el deudor (prestatario) al que cogarantizaba, ocultación hecha por el deudor (prestatario) y conocida por el otro cofiador que no padeció dolo. Hubo un error (sobre la solvencia) provocado por dolo. Al igual que antes, esta sentencia se ocupa de otros aspectos relativos al dolo (así, se destaca el desvalor de la conducta del que actuó con dolo, se analiza la gravedad del dolo, se determina quién es el otro contratante del artículo 1269 CC en la relación entre deudor y cofiadores). En la siguiente [A] *solo* me ocupo del aspecto consistente en que el dolo supone un engaño, con algún apunte sobre el desvalor de la conducta del que cometió el dolo. De los otros aspectos trato *infra*, [73] [D] y [87] [D].

[A] *La STS, 1.ª, 03.03.2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile)*

[A.1] En esencia, el 06.03.2013, la prestataria *Benito Sistemas de Carpinterías, S.A.* (empresa en aquel entonces controlada por César y Conrado) celebra un préstamo participativo con SRP (prestamista) de 1.500.000 €, siendo

cofiadores solidarios y a primer requerimiento *Ibersa* (empresa controlada por César y Conrado) y Arcadio (que en aquel entonces tenía el 25% del capital social de *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.*). El 08.04.2013 (casi un mes después de celebrar la fianza solidaria) se presenta solicitud de declaración de concurso y el 26.06.2013 se dicta auto en que se declara en concurso de acreedores a *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* Ante el incumplimiento de *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* (prestataria) en la devolución del préstamo participativo y habiendo SRP (prestamista) requerido a los cofiadores solidarios, el 27.02.2014 el cofiador solidario *Ibersa* acuerda con SRP el pago fraccionado del 1.500.000 € en cuotas mensuales de 12.500 €, produciéndose el primer vencimiento el 05.03.2014. Tras diversos pagos, *Ibersa* (cofiador) demanda a Arcadio (el otro cofiador) y pide su condena al pago de 43.750 € (acción de repetición) y al pago de las prestaciones futuras a devengar según el acuerdo de 27.02.2014 pactado entre SRP (prestamista) e *Ibersa* (cofiador). Arcadio reconviene contra *Ibersa*, César, Conrado, *Ventanas del Occidente, S.L.*, SRP, y *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* y pide la nulidad del aval por error y dolo.

En primera instancia se desestima la demanda de *Ibersa* y estima la reconvencción de Arcadio al existir dolo, pues a la fecha de celebración del préstamo y de la cofianza solidaria, la prestataria *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* era insolvente, lo que sabían César y Conrado e *Ibersa* (esta última controlada por los dos anteriores, y cofiadora) y desconocía Arcadio (el otro cofiador), al que no se le informó, siendo el dolo suficientemente grave como para que Arcadio tuviera un vicio del consentimiento. En segunda instancia se entiende, entre otras cosas, que *no* hubo dolo grave y se condena a Arcadio al pago de 43.750 € y al de las prestaciones futuras con interés según el acuerdo de 27.02.2014 pactado entre SRP (prestamista) e *Ibersa*. Arcadio recurre en casación y alega que padeció dolo de César y Conrado. El Tribunal Supremo casa y declara sin valor la condena de Arcadio. El Tribunal Supremo, que diferencia los vínculos entre acreedor y deudor de la obligación principal, entre deudor y fiador, y entre cofiadores, entiende que hubo dolo y que fue grave. Si bien la relación de fianza entre SRP (prestamista, acreedor) y los cofiadores no es anulable, Arcadio, que sufrió el dolo del deudor, dolo conocido por *Ibersa* (el otro cofiador), no tiene que pagar lo que este último le pide²³⁸.

Interesa conocer *cómo* Arcadio explica que padeció el engaño y *cómo* el Tribunal Supremo razona que efectivamente lo hubo (*el desvalor del resultado*), aunque, como antes advertí, el Tribunal Supremo también destaca, considerándolo en sí mismo, el desvalor de la conducta del que comete el dolo (*desvalor de conducta*). Lo anterior lo argumentan Arcadio y el Tribunal Supremo del modo que sigue.

[A.2] *En su recurso de casación, según Arcadio:*

««a partir de los hechos probados, puede afirmarse [dice Arcadio] que la información facilitada por [...] Cesar [y] Conrado [...] [a] Arcadio a la fecha de suscripción del préstamo con la SRP [prestamista] consistió en que BENITO SIS-

²³⁸ Extracto los hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

TEMAS [prestataria], gracias a su gestión, había mejorado notablemente su situación, con un drástico cambio de tendencia en su evolución que garantizaba su continuidad de futuro, como supuestamente constataban las cuentas comparativas (balance de situación y cuenta de pérdidas y ganancias) y la presentación de un Plan de Negocio e inversiones para los próximos cuatro años y que relanzaría la actividad comercial de la sociedad [Benito Sistemas de Carpinterías, S.A.], plan que se anexó al préstamo causalizándolo expresamente y que determinó a [...] [a] Arcadio a avalar personalmente el préstamo.

«Está probado que [...] Cesar [y] Conrado y, en consecuencia, su sociedad IBERSA, conocían la pésima situación de BENITO SISTEMAS y su insolvencia, que consiguieron un préstamo de 1.500.000 de euros diciendo que se destinaría a financiar inversiones productivas cuando sabían que no era cierto sino que era para pagar deudas y reducir su pasivo, *todo lo cual ocultaron a mi representado [Arcadio] en una puesta en escena determinante para engañarle y conseguir su consentimiento para que avalara la devolución de todo su importe*, lo que tendría que hacer, sin saberlo entonces, pues poco después, un mes, la sociedad comenzaría los trámites para ser declarada en concurso de acreedores (de hecho, el primer pago de intereses había de hacerse el 31 de marzo de 2013 y como consta acreditado y no es discutido, el dinero fue desde el primer día a pagar deudas).

«Conociendo todo ello, lo ocultaron a mi mandante [Arcadio], en una actitud claramente dolosa, por lo que aquél, engañado, avaló la totalidad del préstamo en un claro vicio del consentimiento» (cursiva mía; FD 2.º)²³⁹.

[A.3] *Según el Tribunal Supremo:*

«En primer lugar, lo que se enjuiciaba en grado de apelación, y ha llegado a casación, es si hubo o no una actuación maliciosa calificable de dolo omisivo por parte de [...] Cesar [y] Conrado, a través de la actuación de las sociedades controladas por los mismos «Benito Sistemas» e IBERSA, y no si el consentimiento [...] [de] Arcadio adoleció de un error vicio. Como dijimos en la sentencia 30/2000, de 16 de febrero, la estratagema o maquinación insidiosa que se identifica con el concepto de dolo del art. 1269 CC *es la que se emplea para que se produzca una «percepción errónea en el otro contratante y por ello se considera que, en definitiva, el dolo induce a error*; si bien lo que se pone de relieve en

²³⁹ *Más allá de lo anterior*; también «sostiene el recurrente [Arcadio] la existencia de una maquinación o actuación maliciosa por parte de [...] Cesar [y] Conrado que consistió en convencerle para que afianzara solidariamente un préstamo de 1.500.000 euros diciéndole que iba a destinarse a un plan de negocio con inversiones que relanzarían la actividad de la sociedad [Benito Sistemas de Carpinterías, S.A.], presentándole a él [Arcadio] y a la entidad prestamista [SRP] unas cuentas de la sociedad que no reflejaban la imagen fiel de la situación económica y patrimonial, y afirmando que la sociedad [Benito Sistemas de Carpinterías, S.A.] no estaba en ese momento en situación de incumplimiento de ninguna de sus obligaciones. Esa representación fue una «puesta en escena» dado que el préstamo se destinó desde el primer momento a pagar deudas vencidas y no a desarrollar el plan de negocio e inversiones; además las cuentas no reflejaban la verdadera situación económica de la sociedad [Benito Sistemas de Carpinterías, S.A.] la cual tuvo que solicitar el pre-concurso al mes siguiente a concertar el préstamo, hecho que también fue ocultado al Sr. Arcadio» (FD 3.º11).

este vicio de la voluntad no es tanto el resultado, sino la maquinación utilizada para llegar a él» (sentencia 30/2000, de 16 de febrero).

Por tanto, lo relevante es la maquinación insidiosa empleada para provocar el error, no que éste se haya llegado a sufrir, y por ello, no siendo imprescindible que se alcance el resultado de la falsa representación mental por parte del contratante que sufre el dolo, no puede excluirse éste con el argumento de que el error no fue excusable. En consecuencia, tampoco resulta acertado el argumento de la Audiencia de que, conforme a los principios de autorresponsabilidad y buena fe el demandado [Arcadio] no puede excusarse en la invocación del error como vicio invalidante de la garantía otorgada, no solo porque esta idea envuelve una confusión entre dolo y error, sino también porque como se dijo *supra*, según reiterada jurisprudencia no invalida 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)» (FD 3.º13)²⁴⁰.

[23] Por lo que respecta a las sentencias habitualmente adscritas a la tesis amplia del dolo (al respecto *supra*, [21]), he seleccionado para exponer, en este [23], a las ya citadas STS, 1.ª, 15.07.1987 y STS, 1.ª, 27.02.1989. Ya con mayor cercanía en el tiempo, también expongo las STS, 1.ª, 16.02.2010 y STS, 1.ª, 28.09.2011.

Las STS, 1.ª, 15.07.1987 y STS, 1.ª, 27.02.1989 son *de cita clásica, de ineludible, diría*, entre quienes estudian el dolo. En ambas, la contratante afectada por dolo se encuentra en situación de vulnerabilidad, existe en mayor o menor medida un cerco moral (presión) por el otro contratante, obteniendo este otro grandes beneficios económicos con el contrato celebrado (en la primera sentencia, una compraventa; en la segunda, una renta vitalicia). *Ahora bien*, advierto que para la STS, 1.ª, 27.02.1989, el propio Tribunal Supremo

²⁴⁰ *Antes y con carácter general*, el Tribunal Supremo expone: «6.- [...]».

El dolo, como vicio de la voluntad, aparece definido en el art. 1269 CC conforme al cual «[...]». Y el art. 1270 CC añade que «[...]».

De esta regulación se desprende que el concepto legal de dolo, vicio de la voluntad consta, de dos elementos: a) una conducta insidiosa, que ejerza tal influencia sobre quien declara que su voluntad no pueda considerarse libre; y b) que sea grave, es decir, que sea causa determinante del contrato en el que concurre. *El concepto central que revela el art. 1269 CC es el de una estrategia que se utiliza para que se produzca una percepción errónea en el otro contratante y por ello se considera que, en definitiva, el dolo induce a un error*, si bien lo que se pone de relieve en este vicio de la voluntad no es tanto el resultado, sino la maquinación utilizada para llegar a él» (sentencia 30/2000, de 16 de febrero).

7.- La jurisprudencia, en concordancia con la doctrina científica, viene exigiendo para apreciar este vicio del consentimiento los siguientes requisitos: i) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, mediante palabras o maquinaciones adecuadas; ii) *la voluntad del declarante debe haber quedado viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño*; iii) esta conducta debe ser determinante de la declaración; iv) el carácter grave de la conducta insidiosa; y v) *el engaño* no debe haber sido ocasionado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes (sentencias de 11 y 12 de junio de 2003, y reiteradamente más reciente en las sentencias 626/2013, de 29 de octubre, 140/2017, de 1 de marzo, y 139/2020, de 2 de marzo)» (cursiva mía; FD 3.º).

señala que hubo un error provocado (un engaño causal). Y para la citada en primer lugar, la *STS, 1.ª, 15.07.1987*, si bien en el razonamiento argumentativo se percibe el progresivo cerco moral perseguido por los compradores a la vendedora, haciéndose los primeros imprescindibles para la segunda, *sin embargo*, existió el engaño de que, con la venta, los compradores podrían llevar mejor la administración y cuidado de los intereses de la vendedora (esta es la argucia de los compradores²⁴¹). A esta *STS, 1.ª, 15.07.1987* me refiero además *infra*, [98], al tratar la diferencia entre dolo y lesión.

En cuanto a la *STS, 1.ª, 16.02.2010*, entre la vendedora y el comprador existía una previa relación de confianza (habían convivido, llevando el comprador los asuntos económicos de la vendedora). Aquí, el comprador de las acciones, que adquiere por persona interpuesta, engaña a la vendedora, haciéndole creer que vende por la oferta más alta, siendo el precio de venta muy inferior al valor real de las acciones. Hubo error provocado por dolo y de hecho, el Tribunal Supremo señala que el concepto central del artículo 1269 CC «es aquella estratagema que se utiliza para que se produzca una percepción errónea en el otro contratante y por ello se pone se considera [*sic*] que, en definitiva, el dolo induce a un error» (FD 3.º)²⁴². En función de lo hasta ahora indicado, esta sentencia debería haberla expuesto en el anterior [22], en la tesis estricta del dolo. Sin embargo, la analizo aquí porque el Tribunal Supremo *también* afirma que la definición del dolo del artículo 1269 CC «se ha considerado [...] en un sentido muy amplio, [y así] «dolo es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio», aunque esto último [en propio beneficio] no es exigible para que pueda considerarse que ha concurrido dolo» (FD 3.º). A lo anterior se añade que el Tribunal Supremo apunta, que «*el supuesto en que una persona tiene una relación de confianza con otra que le induce a celebrar un contrato o bien no es lo suficientemente experimentada como para poder calibrar las condiciones de dicho contrato es uno de los casos más típicos de dolo* y como vicio independiente ha sido acogido en el artículo 4:109 [«Beneficio excesivo o ventaja injusta»] de los Principios del Derecho europeo de los contratos [que transcribo *supra*, [5], [A]], que permite la impugnación por parte de aquella persona en quien haya concurrido dicho vicio, que trata como vicio de la voluntad» (cursiva mía; FD 4.º).

²⁴¹ *Vid. infra*, nota 246.

²⁴² Continúa el texto: «, si bien lo que se pone de relieve en este vicio de la voluntad no es tanto el resultado, sino la maquinación para llegar a él» (FD 3.º, *STS, 1.ª, 16.02.2010*).

Y sobre la última sentencia antes mencionada, la *STS, 1.ª, 28.09.2011*, aquí, al ir a la notaria a escriturar la donación, la donante iba con la idea de que solo donaba una finca a un donatario (su hijo), encontrándose en la notaria que donaba más bienes y estando presentes más donatarios (además del hijo, los nietos), y ante la presión de la presencia de los donatarios (para no desagradarlos), da su consentimiento. En este caso, la donante sufre un error inicial sobre el contenido de la donación, deshecho justo antes de formalizar la donación, por lo que, en mi opinión, sería un puro caso de captación de voluntad contractual. La sentencia es comentada por Minero Alejandro, cuyas consideraciones expongo *infra*, en el siguiente [D.4].

Procedo al análisis de las citadas sentencias.

[A] *La STS, 1.ª, 15.07.1987 (Pte. Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas)*

[A.1] Brevemente, Amanda se encuentra en situación de vulnerabilidad (es de nacionalidad portuguesa, avanzada edad, viuda desde hace años, vive carente de ambiente y afecto familiar) y profesa un gran amor por los animales [constituyó en Almería la Sociedad protectora de animales, y la Villa Juana, de su propiedad, la dedica a alojamiento y comida para perros (hasta 140) y gatos (docenas)]. Amanda conoce a Clemente y Marisol (matrimonio), que obtienen su confianza al compartir su amor por los animales y al poco de conocerles, vende a Marisol un piso suyo en Madrid y la Villa Juana en Almería por cantidades significativamente menores a su valor real, a fin de que el matrimonio llevase mejor la administración e intereses de Amanda (el cuidado de los animales). Amanda demanda civilmente a Clemente y Marisol (antes se había querellado por estafa, que no prospera) y pide la nulidad de las compraventas, la restitución de las fincas y la cancelación de asientos e inscripciones en el Registro de la Propiedad. En primera instancia no se entra en el fondo del asunto y en segunda instancia se desestima la demanda de Amanda. Amada recurre en casación y alega, entre otras cosas, inaplicación de los artículos 1265, 1269 y 1300 CC (motivo 3.º)²⁴³ e interpretación errónea de los artículos 1261, 1274, 1265 y 1276 CC (motivo 4.º)²⁴⁴. El Tribunal Supremo, además de recordar que a diferencia de lo que sucedía en el derecho histórico, en el Código civil se exige que el precio de la compraventa sea cierto y no que sea justo, entiende que existió dolo causal y grave de Clemente y Marisol, y casa, declarando la nulidad de las compraventas.²⁴⁵

[A.2] *Por lo que respecta a los hechos*, el Tribunal Supremo señala:

«[...] ciertamente, hay que convenir que el tribunal «a quo» ha incurrido en algunos errores denunciados por la parte, al minimizar hechos y elementos de prueba que a juicio de esta Sala, tienen la suficiente y necesaria trascendencia y

²⁴³ Reproduzco este motivo 3.º, *infra*, nota 246.

²⁴⁴ Me centro en este motivo 4.º y en la respuesta del Tribunal Supremo, *infra*, [98] al analizar el dolo y la lesión, y para dicho motivo 4.º, *infra*, nota 773.

²⁴⁵ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

significación para permitir, alterando la fijación de aquellos y reconociéndoles a los mismos la relevancia debida, una nueva valoración probatoria con el carácter excepcional que la casación consiente [...]. En el presente litigio concurren efectivamente *unos hechos y actuaciones concretas que denotan conductas y comportamientos que, en opinión de la Sala, han tenido como fin primordial y decisivo ganarse la voluntad de la actora [Amanda] para obtener de ésta, con su consentimiento viciado, beneficios y transmisiones formalmente documentadas que encubren y son precisamente el resultado de las argucias y maquinaciones puestas en práctica por el matrimonio [Clemente y Marisol] demandado para obtener de la actora [Amanda], a cambio de unas cantidades ciertamente parcas y significativamente desproporcionadas, un piso en Madrid y una importante finca (Villa Juana) de más de» 146 «áreas en Almería. En tal sentido resultan claros y patentes en el caso de autos los siguientes extremos básicos: Uno. La actora y hoy recurrente, [...] Amanda, de nacionalidad portuguesa, es mujer de avanzada edad y viuda desde hace muchos años. Vive sola y carente de ambiente y afecto familiares en la ciudad de Almería, donde consagra su vida e inquietudes al cuidado y atención de los animales, especialmente los perros, siendo al efecto la promotora y patrocinadora de la Sociedad Protectora de Animales que oficialmente se constituyó en la citada ciudad de Almería en» 1974. «Dos. Movida por ese «desmesurado amor hacia los animales» la citada señora [Amanda] puso a disposición de dicha Sociedad protectora la mencionada finca «Villa Juana» donde han tenido alojamiento y comida simultáneamente hasta ciento cuarenta perros y docenas de gatos. Tres. En» 1976 «entraron en contacto con la citada [...] Amanda los demandados, [...] Clemente y su esposa [...] Marisol, quienes coincidentes con aquella en «su amor entrañable a los animales» se ganaron plena y absolutamente su confianza, convirtiéndose en personajes imprescindibles y cotidianos en la vida de aquélla, asumiendo y comportamiento [sic; compartiendo] con ella el cuidado y atención de los animales. Cuatro. En un corto lapso de tiempo y coincidiendo con este afán común en el cuidado de los perros se produce un importante y significativo desplazamiento patrimonial de bienes de la actora y hoy recurrente [Amanda] (antes titular de un saneado patrimonio y hoy en situación precaria) en favor del matrimonio demandado y ahora recurrido [Clemente y Marisol], que ven incrementado el suyo con sendas escrituras de venta de un piso de Madrid, [...] (fecha de la escritura» 06.10.1976) «y de la repetida finca denominada Villa Juana, situada [...], de Almería (fecha de la escritura» 11.01.1977 «y todo ello con la excusa de que con tal proceder el matrimonio podría mejor llevar la administración y cuidado de los intereses de la actora [Amanda], encaminados y consagrados al cuidado de los animales evitando así posibles embargos, como el relacionado en procedimiento ejecutivo [...], por cuantía de» 30.000 «pesetas. Cinco. Sin desconocer el desembolso de ciento y pico mil pesetas realizado por el matrimonio [Clemente y Marisol] como pago del supuesto «precio» del piso de Madrid y la subrogación en la hipoteca por importe de un millón de pesetas por la «venta» de la repetida finca de Almería, de valor espectacularmente superior (actualmente finca de reserva urbana) y al margen del alcance y trascendencia que pueda darse a la carta de [...] Marisol, que ésta niega, de» 04.03.1977 («en caso de que a mí me ocurra alguna desgracia en*

este viaje usted puede actuar como propietaria de la finca. Los documentos que tengo en mi poder están en mi casa; si los necesita están en una carpeta que se la darán»), es de notar también que el presente procedimiento civil, en el que se pide la declaración de nulidad de aquellas ventas, con las oportunas cancelaciones de las inscripciones del Registro de la Propiedad y la obligada devolución a la actora de las fincas objeto de aquellas ventas con consentimiento viciado, ha estado precedido (este procedimiento) por querrela por estafa ante el Juzgado [...] en la que el Ministerio Fiscal solicitó el procesamiento del matrimonio [Clemente y Marisol] querrellado, que no prosperó, estimando el Juzgado al efecto, aunque ello no afecte ni vincule para nada al presente procedimiento, que *«es tan abundante la prueba testifical sobre posibles maquinaciones o artificios empleados por los querrellados para ganarse el ánimo de la querellante y tan contradictorias las declaraciones de aquéllos –aquejados de graves lagunas– que existen indicios de dolo empleado para conseguir el otorgamiento, sobre todo de la escritura de Villa Juana, pero que pese a lo antes relatado, los indicios de existencia de dolo lo conducen más a la existencia de un dolo civil que a la existencia de un dolo penal integrante de un delito de estafa...»* (cursiva mía; FD 1.º).

[A.3] *Y sobre que hubo dolo de Clemente y Marisol*, el Tribunal Supremo explica:

«Fijados así los hechos básicos más significativos en la órbita de aquellos y reconociéndole a los mismos la relevancia debida con alteración de la valoración hecha en la instancia, la Sala entiende que, si bien es cierto que nuestro Código Civil (a diferencia de lo que ocurría en el Derecho Histórico) exige sólo que el precio sea «cierto» (artículo mil cuatrocientos cuarenta y cinco) y no necesariamente justo, proporcionado o adecuado a la transmisión efectuada, no lo es menos que en el supuesto contemplado en el presente litigio concurren, en opinión de la Sala, los dos elementos, el subjetivo o ánimo de perjuicio y el objetivo o acto o medio externo, que caracterizan el dolo civil, con el consiguiente aprovechamiento para los autores [Clemente y Marisol] de las argucias y maquinaciones insidiosas en base a las cuales la contraparte [Amanda] presta un consentimiento gravemente viciado que anula los contratos formalmente suscritos, debiendo recordarse al efecto que el dolo abarca y comprende no sólo la insidia o maquinación directa, sino también la reticencia del que calle o no advierte debidamente a la otra parte, aprovechándose de ello, de igual forma que no elimina la existencia del dolo empleado por una parte la circunstancia de la ingenuidad o buena fe de la otra. Declarada la existencia de dolo causante y grave, entendido como acto o serie de actos y actuaciones antijurídicas utilizadas por los demandados y ahora recurridos [Clemente y Marisol], para obtener como resultado que la actora y recurrente [Amanda] emitiera el consentimiento necesario para la formación de los contratos de compraventa, formalizados el 06.10.1976 y 11.01.1977, «procede la admisión del tercer motivo del recurso [de casación] en el que, [...], se denuncia la violación de los artículos» 1265, 1269 y 1300

CC ²⁴⁶, «procediendo en consecuencia la declaración de nulidad de aquellas ventas, con cancelación de las correspondientes inscripciones registrales [*sic*] y obligada devolución a la actora [Amanda] de las dos fincas objeto de aquéllas» (cursiva mía; FD 2.º).

[B] *La STS, 1.ª, 27.02.1989 (Pte. Excmo Sr. D. Antonio Carretero Pérez)*

En esencia, se celebra un contrato de renta vitalicia y se considera que, quien debía pagar la renta (Rocío; prima de la otra contratante), ejerció dolo contra la transmitente del capital (Lina; el capital consistía en la transmisión de la mitad indivisa de cuatro fincas). Lina era persona tímida, generosa, había estado internada en una clínica por sus crisis depresivas y durante el internamiento, aislada de su familia y fuera de su residencia habitual, celebra el contrato de renta vitalicia. Además, Lina tenía patrimonio suficiente para soportar sus gastos y existía desproporción entre el capital y la renta, teniendo en cuenta la avanzada edad de Lina. José Antonio (hermano de Lina) demanda a Rocío y pide, entre otras cosas, la declaración de nulidad del contrato de renta vitalicia. Rocío reconviene y pide la nulidad del testamento de Lina de 30.06.1982 otorgado en favor de su hermano. En primera instancia se estima la demanda de José Antonio y desestima la reconvenición de Rocío. En segunda instancia se entiende que hubo dolo de Rocío. Esta recurre en casación y alega, entre otros motivos, inaplicación del artículo 1253 CC (motivo 2.º) y aplicación indebida del artículo 1969 CC y jurisprudencia que lo interpreta (SSTS 25.05.1945 y 25.10.1928) (motivo 3.º). El Tribunal Supremo no casa ²⁴⁷.

Para el Tribunal Supremo hubo error provocado (engaño causal) en un clima de insistencia (cerco moral), siendo el señuelo que Lina tendría una situación más desahogada, lo que responde a la idea de maquinación insidiosa. Según el Tribunal Supremo:

«[...] Todos los documentos que propone la recurrente [Rocío] como demostrativos del error de la sentencia, al apreciar el dolo, han sido examinados minuciosamente y confrontados por el juzgador con el resto de la prueba, y ninguno manifiesta, por sí mismo, la equivocación de las bases que arroja

²⁴⁶ En el motivo 3.º de su recurso de casación, Amanda alega violación de los artículos 1265, 1269 y 1300 CC «en el concepto negativo de no aplicación y doctrina legal contenida en la sentencia» 25.11.1960 y 26.10.1981, «[c]omo se ha dicho, lo que se presenta a enjuiciamiento, no es un mero incumplimiento contractual por parte de los demandados [Clemente y Marisol], sino por el contrario, existe o se plantea, un dolo causal grave, que afecta completamente al consentimiento, viciado como inexistente. De ninguna de las pruebas o las manifestaciones de las partes, aparece cualquier condicionamiento obligacional a los demandados [Clemente y Marisol]. Las promesas de cuidado y vigilancia de los animales, constituyen las argucias desplegadas por estos para captar la confianza del la actor [*sic*; actora, Amanda], pero no condicionar su transmisión porque nunca hubo ánimo de transmitir. Porque si se llegase a apreciar, la existencia de dolo, éste nunca podría subsumirse o calificar como dolo incidental, dado que a la vista del valor de las fincas y del precio escriturado (no pagado), no cabría otra deducción lógica posible que la de apreciar que esa confianza generada por las meras promesas, es la única explicación posible para servir de ocasión al contrato (sentencia» 31.10.1984 (rdo 8.º).

²⁴⁷ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

la apreciación conjunta de la prueba y que vienen a ser: 1.º Timidez de carácter y natural generosidad de la cedente y testadora [Lina]. 2. «Estado de crisis depresivas en la fecha de contrato, que determinó su internamiento en una clínica de Palma de Mallorca desde el verano de 1978 hasta el verano de 1980, aislada de su familia, fuera de su residencia habitual (ciudad la de Menorca), siempre acompañada por la demandada [Rocío], época en la que su percepción era limitada y en un estado mental que «no era el más idóneo y aconsejable para permitirle cuidarse de sus negocios ni otorgar ni firmar documentos», pese a lo cual «desplegó una inusitada labor jurídica en favor de su prima [Rocío]». 3.º La cedente [Lina] tenía bienes sobrados para hacer frente a sus gastos en consideración a su cuantioso patrimonio inmobiliario. 4.º Desproporción entre lo percibido por la cesionaria [Rocío], que obtenía la mitad indivisa, correspondiente a la cedente [Lina], de cuatro fincas, tres rústicas y una urbana, a cambio de una pensión de 70.000 pesetas mensuales, por un período previsiblemente breve, como así confirmó la realidad» (cursiva mía; FD 2.º).

«Todos estos hechos, establecidos tras minucioso y extenso análisis de prueba documental, de confesión y testifical, llevan a la lógica conclusión de la existencia del dolo, tal como es definido en el artículo 1269 del Código Civil, como maquinación insidiosa de uno de los contratantes que induce al otro a celebrar un contrato que, sin tal manipulación, no hubiera celebrado, sin que pueda reprocharse, corno [*sic*, como] se pretende en el motivo segundo [...] infracción del artículo 1253 del Código Civil, que el proceso desplegado por el juzgador, al deducir hechos de otros demostrados, haya sido contrario a las normas del criterio humano, cuando aprecia captación ilícita de voluntad de una persona enferma, tímida y aislada que termina prefiriendo favorecer a parientes más lejanos en detrimento de los próximos sin un fundamento claro. La sentencia refuerza su posición al constatar que la cedente y testadora [Lina], libre de la situación de su internamiento, demostró, en carta dirigida a la demandada [Rocío] y en su posterior testamento, su voluntad totalmente distinta a la que manifestó en la época de su internamiento. Debe concluirse, pues, que en esta cuestión de hecho en la que consiste la línea de la conducta dolosa (sentencias de esta Sala de 31 de marzo de 1966, 15 de julio de 1988[,] 18 de julio de 1988, entre otras), el enjuiciamiento ha sido lógico y razonable, sin que por documento alguno se evidencie un error de base» (cursiva mía; FD 3.º).

«La conducta dolosa de la recurrente [en casación, Rocío] resulta de la descripción de hechos de la sentencia, en la que se refiere al estado de ánimo de la cedente [Lina], por sus circunstancias y las actividades, poco adecuadas a tal estado, en favor de la demandada [Rocío], con el señuelo de procurar a la cedente [Rocío] una situación más desahogada que no correspondía a la realidad, por donde se aprecia un error provocado (engaño causal) dentro de un clima de insistencia (cerco moral) que, en conjunto, responde a la idea de maquinación insidiosa (por ejemplo, sentencia de esta Sala de fecha 18 de julio de 1988), por lo que debe rechazarse el motivo tercero, que [...] alega la infracción de la doctrina legal sobre el dolo» (cursiva mía; FD 4.º).

[C] *La STS, 1.ª, 16.02.2010 (Pte. Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías)*

En síntesis, la vendedora (Evangelina) vende un paquete de acciones a dos empresas pantalla de la persona con la que convivía (Luciano) y en quien tenía plena confianza, al encargarse este de sus asuntos económicos. La venta del paquete de acciones se produce por precio muy inferior a su valor real y además, Evangelina creía que la oferta de venta aceptada era la mejor de las ofertas, pues Luciano gestionaba y controlaba las ofertas y este le hizo llegar como mejor oferta, aquella por la que la Evangelina finalmente vende las acciones. Tras la venta de las acciones, la relación sentimental entre ellos se rompe (había durado diecisiete años) y Evangelina descubre que vendió el paquete de acciones por precio muy inferior a su valor real. Evangelina demanda a Luciano y a las empresas pantalla y pide, entre otras cosas, la nulidad de la compraventa por dolo de Luciano, lo que se estima en primera y en segunda instancia²⁴⁸. Luciano y las

²⁴⁸ El Tribunal Supremo reproduce los siguientes fragmentos de las sentencias de primera instancia y de segunda instancia:

a) *Primera instancia*: «La sentencia de 1.ª Instancia [...] estimó la demanda. Consideró probado que [...] Evangelina [vendedora] tenía intención de vender el paquete de acciones, pareciéndole la idea excelente porque solo conocía otras ofertas inferiores que le habían sido presentadas por el mismo [...] Luciano. La sentencia dedujo que el comprador [Luciano] actuó dolosamente porque «la *llevanza directa* [...] [de] Luciano de lo relativo al plan parcial ante el Ayuntamiento de Granollers que implica un conocimiento exacto y concreto de la cuestión, la comunicación de ofertas inferiores por el paquete de acciones de [...] Evangelina sin acreditar si fueron reales y por quién fueron verificadas, la «precipitación» en la firma del contrato durante el mes de agosto cuando la actora [Evangelina] se encontraba fuera de Barcelona, a favor o a través de sociedades interpuestas que «seguían las instrucciones [...] [de] Luciano», sin que haya quedado claro que efectivamente [...] Evangelina sabía o no que vendía [...] [a] Luciano, extremo éste que es «necesario» en una relación de convivencia como la sostenida por las partes (la sola negativa con necesaria acreditación de ese conocimiento es ya llamativa), con independencia de la forma en que debía satisfacerse el precio (no es relevante), llevan a este Juzgador al convencimiento de la concurrencia de maquinaciones insidiosas en la formación del consentimiento de la vendedora [...] Evangelina de que de no haber concurrido no hubieran implicado la venta en la forma y por el precio pactado». Añadió dicha sentencia que «partiendo de que la actora [Evangelina] tenía intención de vender su paquete de acciones en Inmobiliaria CAN GILI, S.A. ofertado un precio que «parecía excelente» por dos sociedades interpuestas y siguiendo las instrucciones [...] [de] Luciano, con precipitación y cegada por la confianza la actora [Evangelina] emite su voluntad negocial viciada en cuanto a su libertad y conocimiento no habiendo intervenido tercero ni sido empleado por las dos partes, concurren los requisitos exigidos para la apreciación de dolo grave» (cursiva del original; FD 1.º5.º, STS, 1.ª, 16.02.2010).

b) *Segunda instancia*: «Apelaron la sentencia los demandados y la Audiencia Provincial de Barcelona [...] confirmó la apelada. Dice dicha sentencia que la actora [Evangelina] sostiene: i) que fue víctima de un «engaño, maniobra o maquinación intencionada, con el fin de producirle un conocimiento equivocado o una representación mental errónea sobre la verdadera situación que le llevó a vender las acciones, lo que no hubiera hecho de haber tenido conocimiento de la realidad»; ii) Quita relevancia al hecho tenido en cuenta por el Juzgado relativo a la urgencia o que las sociedades fuesen en realidad del propio comprador [Luciano], puesto que se ha declarado por ella misma [Evangelina] que no le hubiera importado vender las acciones a [...] Luciano; iii) Concluye que lo realmente relevante es la diferencia de precio entre lo realmente abonado y el que resulta de las tasaciones obrantes en autos, porque «si la actora [Evangelina] hubiese sabido la concurrencia de esta circunstancia, no hubiera llevado a cabo la compraventa» y «no habiendo prueba de que la actora [Evangelina] fuera a vender a ese precio (pues la misma creyó que era la mejor de las ofertas, lo que se ha probado que resulta ajeno a la realidad) la voluntad de la vendedora [Evangelina] aparece ineludiblemente viciada por la conducta dolosa del comprador [Luciano], esto es, por el engaño urdido por el demandado [Luciano] que provocó un error determinante de

empresas pantallas recurren en casación y alegan infracción de los artículos 1265, 1269 y 1270 CC, ya que el error de Evangelina se debió a su negligencia (motivo 1.º) y subsidiariamente, el error de Evangelina no fue grave y lo que hubo fue un dolo incidental, dado que Evangelina estaba dispuesta a vender el paquete de acciones, y a lo más, las maquinaciones de Luciano serían causa de diferentes condiciones del contrato, más onerosas para Evangelina (motivo 2.º). El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia.²⁴⁹

Como adelanté en este [23], el Tribunal Supremo apunta, entre otras cosas, que el dolo induce a error, *que el dolo ha sido considerado en sentido muy amplio*, y que el artículo 4:109 PECL regula el *beneficio excesivo o ventaja injusta* (que transcribo *supra*, [5] [A]) como vicio independiente. Según el Tribunal Supremo:

«El dolo como vicio de la voluntad aparece recogido en el artículo 1269 CC, que lo define como aquella situación en que «[...] con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho». *De acuerdo con esta definición se ha considerado que en un sentido muy amplio, «dolo es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio», aunque esto último no es exigible para que pueda considerarse que ha concurrido dolo. Por ello el concepto central que aparece en el artículo 1269 CC es aquella estratagema que se utiliza para que se produzca una percepción errónea en el otro contratante y por ello se pone se considera [sic] que, en definitiva, el dolo induce a un error; si bien lo que se pone de relieve en este vicio de la voluntad no es tanto el resultado, sino la maquinación utilizada para llegar a él*²⁵⁰.

Para que un contrato se entienda viciado por dolo deben concurrir las notas siguientes: a) que se trate de una conducta insidiosa, que ejerza tal influencia sobre quien declara que su voluntad no puede considerarse libre; b) que sea grave, es decir, que sea causa determinante del contrato en el que concurre, y c) que se pruebe» (cursiva mía; FD 3.º).

«La parte recurrente [Luciano y las empresas pantallas] intenta aquí que se declare que no hubo dolo causante, sino que fue incidental, apoyándose en dos sentencias de esta Sala, las de 17 febrero 2005 y 12 junio 1982, en las que se afirma que el dolo no puede basarse en simples conjeturas, sino que debe probarse.

su voluntad»; iv) La gravedad de la maquinación queda fuera de duda «pues la conducta artificiosa por la que reobtuvieron finalmente unas acciones de un valor económico real muy superior al desembolso realizado por ellas, se fraguó a lo largo de varios años, empleando en ese ardid el tiempo suficiente como para no dejar de ser valorado; v) La actora [Evangelina] tuvo conocimiento del valor real de las acciones con posterioridad al otorgamiento de los contratos y se negó a reclamar el precio aplazado» (cursiva del original; FD 1.º 6.º, STS, 1.ª, 16.02.2010).

²⁴⁹ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

²⁵⁰ Más allá de la presente STS, 1.ª, 16.02.2010, en la STS, 1.ª, 26.10.1981 se lee la siguiente afirmación: «c) Porque la noción del dolo carga su acento, en cualquiera de sus formas, en la conducta «insidiosa» (artículo 1269 del Código Civil) del agente, en la maquinación o astucia, activa o pasiva, por acción o por omisión, del que induce al otro a contratar, no en el error inducido de éste, independientemente de que esta situación psicológica se dé o no en él, dadas las diferencias y consecuencias distintas entre los dos vicios del consentimiento, error y dolo» (cdo 5.º). Extracto los hechos de esta STS, 1.ª, 26.10.1981 *infra*, en el Anexo de sentencias.

Olvidan los recurrentes [Luciano y las empresas pantalla] que la sentencia recurrida ha considerado probado que la conducta llevada a cabo por el recurrente [Luciano] constituyó un caso de dolo al usar maquinaciones insidiosas para conseguir hacerse con el paquete de acciones que sobre la sociedad Inmobiliaria Can Gili, S.A. ostentaba [...] Evangelina y que habiéndose probado esta circunstancia, la apreciación de si se trataba de un dolo causante o de un dolo incidental correspondía a la sala sentenciadora [...], que ha considerado que se trata de un dolo grave y causante. Por tanto, su particular valoración [la de Luciano] no puede prevalecer sobre la de la sentencia recurrida, porque en el recurso se parte de unos presupuestos distintos de aquellos que se han considerado probados y esto es hacer supuesto de la cuestión.

*Por otra parte, el supuesto en que una persona tiene una relación de confianza con otra que le induce a celebrar un contrato o bien no es lo suficientemente experimentada como para poder calibrar las condiciones de dicho contrato es uno de los casos más típicos del dolo y como vicio independiente [del dolo] ha sido acogido en el artículo 4:109 de los Principios del Derecho europeo de los contratos [«[b]eneficio excesivo o ventaja injusta», que transcribo *supra*, [5] [A)], que permite la impugnación por parte de aquella persona en quien haya concurrido dicho vicio, que trata como vicio de la voluntad» (cursiva mía; FD 4.º).*

[D] *La STS, 1.ª, 28.09.2011 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller)*

[D.1] En esencia, la donante (Enriqueta), de avanzada edad, pensaba, cuando iba a la notaría, que donaría solo un inmueble a su hijo (Remigio), encontrándose en la notaría que donaba varios inmuebles (diversos pisos y un local) y asimismo donaba a dos nietos suyos (Rómulo y Segismundo) presentes también en la notaría. Remigio se había encargado de la preparación de las escrituras públicas de donación y ante la sorpresa y presión por la situación, Enriqueta consiente a las donaciones. Enriqueta demanda a Remigio y a Rómulo y Segismundo y pide la nulidad de las donaciones por error, y por dolo de Remigio; también demanda a Juan María y Magdalena como posteriores adquirentes de uno de los inmuebles donados a su hijo, por considerar que no fueron terceros de buena fe. En primera instancia se estima en parte la demanda y se declaran nulas las donaciones por dolo. En segunda instancia se considera que no hubo dolo de Remigio (se viene a apuntar a la tesis estricta del dolo, entre otros razonamientos) y se desestima la demanda de Enriqueta, absolviéndose a Remigio, Rómulo y Segismundo. Enriqueta recurre en casación y alega haber padecido dolo. El Tribunal Supremo considera que sí lo hubo y casa (confirma la sentencia de primera instancia)²⁵¹.

Dada la distinta valoración de la Audiencia Provincial (no hubo dolo) y del Tribunal Supremo (sí lo hubo), considero oportuno conocer cómo se argumentó respectivamente, a modo de contraste valorativo.

²⁵¹ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.
Otro extracto de los hechos por MINERO ALEJANDRE, *CCJC* (2012) apartado I.

[D.2] *Sobre la decisión y argumentación de la Audiencia Provincial*, el Tribunal Supremo informa:

«La Audiencia [...] fija como única cuestión que deba ser resuelta por el tribunal la relativa a si el consentimiento de la demandante [...] Enriqueta en el momento de efectuar las donaciones [...] estuvo o no viciado con efectos jurídicos, concretamente por el error o el dolo invocados en la demanda; de modo que, según afirma [la Audiencia], desechado el primero [el error] en la instancia, únicamente resta examinar si cabe apreciar el dolo afirmado por la actora [Enriqueta] y negado por los demandados [Remigio, Rómulo y Segismundo]. Tras referirse [la Audiencia Provincial] en el fundamento jurídico cuarto a la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos del dolo para que pueda llegar a invalidar el contrato, destaca cómo el perito doctor Imanol afirma que la actora [Enriqueta] *«es una persona capaz e inteligente, lo suficiente para conocer el contenido de las escrituras de donación que le fueron presentadas a la firma. Pero también [que] se trata de una persona dependiente y que por ello careció en su momento de la voluntad necesaria para hacer frente al conflicto emocional que le planteaba la donación, cuando se vio en la tesitura de firmar la documentación que le fue presentada en la notaría, por lo que plasmó su firma aún sin desearlo»*.

No obstante, la Audiencia afirma que *«pese a ello y a las reticencias que entonces pudo tener y la oposición que tardíamente exterioriza, firmó a presencia notarial»*, y destaca cómo el Notario autorizante declaró en el juicio que, una vez firmadas las escrituras y al día siguiente y en otras varias ocasiones, la donante [Enriqueta] acudió a la Notaría para interesarse sobre la forma en que podría dejar sin efecto los negocios realizados, lo que ya no consiguió ante la negativa de los donatarios [Remigio, Rómulo y Segismundo], así como que él mismo preguntó en el momento del otorgamiento si existía algún problema y que, al no indicar nada la donante [Enriqueta] ni él detectarlo, [...] Enriqueta firmó las escrituras.

Finalmente, la sentencia proclama que *«no constituye dolo, en el sentido de engaño que moviera a prestar un consentimiento no querido, ni consciente, el que la donante [Enriqueta], pese a ser una persona inteligente y entender cabalmente la trascendencia de lo que hacía, sea a la vez de carácter dependiente. Esta característica podría tener alguna trascendencia jurídica si en el momento del otorgamiento de las donaciones cuya nulidad se pretende, la dependencia de la donante se diera respecto del donatario [...] Remigio. Sin embargo, lo que dijo el perito fue que [...] Enriqueta dependía inicialmente de su madre, para depender emocionalmente a continuación de su esposo y, tras la incapacidad de éste, de su hija [...] Delfina, que ejerce sobre aquélla una influencia protectora y tutelar, pero nunca invasiva, por lo que no merma la libertad de su madre»*; y añade a continuación que *«la afirmación del perito siquiatra de que en el momento de la firma de las escrituras la donante [Enriqueta] carecía de la libertad necesaria para ello, ni encaja en el ámbito del dolo, ni tiene trascendencia jurídica que pueda integrar dicho déficit de libertad en el vicio del consentimiento consistente en violencia o intimidación del art. 1267 CC»* (cursiva del original; FD 2.º).

[D.3] *En cuanto al razonamiento del Tribunal Supremo:*

«El artículo 1269 del Código Civil dispone que [...]; y el artículo 1270 [CC] [...]. *El concepto de maquinaciones insidiosas presenta una considerable amplitud en cuanto ha de comprender todas aquellas actuaciones de uno de los contratantes dirigidas a obtener el consentimiento por parte del otro que, sin ellas, no habría prestado.*

En este sentido, la sentencia de esta Sala núm. 129/2010 de 5 marzo [...] destaca cómo la jurisprudencia ha establecido que no sólo manifiestan el dolo la «insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe», y añade la de 11 de diciembre de 2006 que también constituye dolo «la reticencia consistente en la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico». Por su parte, la de 5 de mayo de 2009 añade que «en cualquier caso, siempre cabría estimar, como hacen las sentencias de instancia, la concurrencia de dolo negativo o por omisión, referido a la reticencia del que calla u oculta, no advirtiendo debidamente, hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión contractual [...]»²⁵².

Pues bien, la actuación de los demandados [Remigio, Rómulo y Segismundo] en el caso presente resulta equivalente a lo ya expresado e incurre en dolo que alcanza la suficiente gravedad para determinar la nulidad de los contratos de donación a los que se refiere la demanda. *No se discute que el hijo de la actora, el demandado [...] Remigio, actuando por sí y en favor de sus hijos, los también demandados [...] Romulo y [...] Segismundo, fue quien acudió a la Notaría aportando la documentación necesaria para la preparación de las escrituras de donación y precisando cuáles eran los bienes inmuebles que habían de ser objeto de las mismas, todo ello sin contar con la voluntad y el consentimiento de su madre [Enriqueta], la actora [...] Delfina [hija de Enriqueta, pues esta última fallece mientras se sustanciaba el recurso], que convencida de que se trataba de la donación a su hijo [Remigio] de un solo inmueble [...] se ve sorprendida cuando, ya en la Notaría, se encuentra con la presencia de sus nietos [Rómulo y Segismundo] y con el hecho de que las escrituras que habían sido preparadas se referían a otros inmuebles y habían de otorgarse no sólo a favor de su hijo [Remigio] sino también de sus nietos [Rómulo y Segismundo]; situación de sorpresa que, ante la presión que imponían las circunstancias configuradas conscientemente por el demandado [...] Remigio con tal finalidad, le llevó a prestar en el acto un consentimiento que evidentemente estaba viciado.* La sentencia recurrida [de la Audiencia Provincial] recoge en sus propios términos parte del informe [...] [de] Imanol [...] en el cual, en referencia a la demandante [Enriqueta], per-

²⁵² En esos puntos suspensivos se mencionan las «(sentencias, entre otras, de 29 de marzo y 5 de octubre de 1994; 15 de junio de 1995; 19 de julio y 30 de septiembre de 1996; 23 de julio de 1998; 19 de julio y 11 de diciembre de 2006; 11 de julio de 2007; 26 de marzo de 2009), pues resulta incuestionable que la buena fe, lealtad contractual y los usos del tráfico exigían, en el caso, el deber de informar (sentencias de 11 de mayo de 1993; 11 de junio de 2003; 19 de julio y 11 de diciembre de 2006; 3 y 11 de julio de 2007; 26 de marzo de 2009)».

sona de avanzada edad, afirma que se trata de «una persona dependiente y que por ello careció en su momento de la voluntad necesaria para hacer frente al conflicto emocional que le planteaba la donación, cuando se vio en la tesitura de firmar la documentación que le fue presentada en la notaría, por lo que plasmó su firma aún sin desearlo».

Lógicamente se ha de entender que la donación de bienes inmuebles integra un negocio jurídico de suficiente relevancia y trascendencia económica como para exigir que el consentimiento del donante sea meditado y reflexivo y *no prestado, como ocurrió en el caso, bajo un estado emocional provocado por la situación deliberadamente creada por el demandado [Remigio] para arrancar dicho consentimiento de forma irreflexiva»* (cursiva mía; FD 3.º).

[D.4] Como adelanté en este [23], Minero Alejandro comenta esta STS, 1.ª, 28.09.2011 y en su comentario, sucesivamente, desgrana y analiza si el caso encaja en el error, en la intimidación, en la violencia, o en el dolo. *Minero Alejandro considera que encaja en el dolo y no en los otros vicios del consentimiento*. En lo que interesa, razona como sigue.

a) *Para el error*, la autora apunta «que existió consentimiento acerca del objeto y de la causa (no hay error *in negotio*); igualmente existieron en la realidad (eran posibles) el objeto y la causa queridos en el contrato; y no sucedió que las cualidades del objeto consentido y señalado (materia del contrato) o de las personas no fuesen en realidad tal y como se previeron en el contrato (en las escrituras de donación)»²⁵³. «En su conciencia –de la donante– sí se le representaba la realidad del objeto de la donación», pues «sabe y conoce de manera efectiva el alcance del negocio que está celebrando», siendo «[c]uestión distinta [...] el hecho que, aún dudando en su foro interno acerca de la aprobación o no de ésta, finalmente consintiera, sin que dicha duda o posible falta de probación [*sic*; aprobación] tuviera un reflejo externo expreso en el momento de la perfección del contrato, y sí en varios momentos posteriores a éste»²⁵⁴. Y «[o]tra cosa será la medida en que dicho donante pudiera haber estado condicionada o influenciada la demandante al otorgar su consentimiento –esto es, en el momento de prestar su consentimiento–, no por razón del error –inexistente en este caso–, sino mediante el dolo o la intimidación provocados por los donatarios»²⁵⁵.

b) *Para la intimidación*, Minero Alejandro entiende que no la hubo, ya que «en el supuesto de hecho que se analiza no podemos apreciar [Minero Alejandro] la existencia de amenaza relevante alguna, pues no se alega por la donante que su hijo y donatario la hubiere advertido, para el caso de no firmar las escrituras de donación, por ejemplo, de su intención de impugnar la parte de la herencia o los bienes donados en vida de su madre a su otra hija, hermana del

²⁵³ MINERO ALEJANDRE, *CCJC* (2012) apartado 2.

²⁵⁴ MINERO ALEJANDRE, *CCJC* (2012), apartado 2; continúa: «[e]fectivamente, tal y como tiene declarado el TS, las declaraciones de voluntad expresadas con posterioridad a la prestación del consentimiento son irrelevantes a la hora de apreciar la existencia de un vicio del consentimiento».

²⁵⁵ MINERO ALEJANDRE, *CCJC* (2012) apartado 2.

donatario, o de sus planes de alegar la infracción, entre otros, del art. 636 CC, en relación con las donaciones efectuadas en beneficio de su hermana. El hecho pretendido como injusto no emana tampoco de un ejercicio incorrecto o abusivo de los demandados. Efectivamente, la gravedad del temor originado habrá de ser medido en función de las circunstancias de la persona, luego habrá de ser tenidos en cuenta factores tales como la avanzada edad o la presencia de familiares queridos o cercanos. Con todo, de no probarse la efectiva amenaza por la contraparte –tal y como sucede en el supuesto de hecho que se analiza, en el que, como hemos visto, ni siquiera en la primera instancia se alega la existencia de este vicio del consentimiento–, no se podrá apreciar la existencia de intimidación alguna»²⁵⁶.

Por otro lado, Minero Alejandre apunta «que siempre que el TS ha declarado la existencia de intimidación por abuso de situación cuando el apremio resulta imputable total o parcialmente a quien se beneficia de él se corresponde única y exclusivamente con supuestos en los que la parte que crea el apremio reviste la firma del contrato como requisito *sine qua non* para la realización de un acto concreto que revierte en un claro interés para el afectado por tal coacción, de manera que es dicho beneficio futuro el que conduce a este segundo a otorgar su consentimiento a la contratación (SSTS de 5 de abril de 1993, 5 de octubre de 1995 y 4 de octubre de 2002, entre otras). Con todo, el carácter beneficioso del contrato firmado para la parte que sufre de la intimidación provocada por su contraparte es el factor clave a tener en cuenta a la hora de apreciar la intimidación en este tipo de supuestos»²⁵⁷. El caso de la presente STS, 1.ª, 28.09.2011 «no se encuadra entre aquellos cuyas características permiten declarar al TS la existencia de intimidación por abuso de situación o apremio, al no ser la firma de las escrituras de donación un requisito *sine que non* para la consecución por parte de la donante de un beneficio concreto posterior»²⁵⁸.

Por último, según Minero Alejandre, «el hecho de que la donante no quisiera desagradar a su hijo y sus nietos –que, desde luego, se habrían visto contrariados por su potencial negativa–, con quienes no tenía establecida relación de dependencia no supone un temor racional con eficacia invalidante»²⁵⁹. Y «[a] lo sumo, dichas reticencias de la donante podrían englobarse, si quiera [*sic*] de forma analógica, en el ámbito del denominado «temor o miedo reverencial» del artículo 1267.IV CC que no constituye vicio del consentimiento, y «en relación con este tipo de miedo [reverencial], se debe tener en cuenta una vez más que en el supuesto de hecho litigioso la donante no guardaba una relación de dependencia con respecto de ninguno de los donatarios y que, por cuestiones generacionales, es difícil entender que debiera sumisión alguna a sus hijo y nietos [...]. No puede concluirse lo mismo [...] respecto del respeto, también citado en el art. 1267 [CC] como otro de los factores relevantes a la hora de apreciar el temor reverencial»²⁶⁰.

²⁵⁶ MINERO ALEJANDRE, *CCJC* (2012) apartado 3.

²⁵⁷ MINERO ALEJANDRE, *CCJC* (2012) apartado 3.

²⁵⁸ MINERO ALEJANDRE, *CCJC* (2012) apartado 3.

²⁵⁹ MINERO ALEJANDRE, *CCJC* (2012) apartado 3.

²⁶⁰ MINERO ALEJANDRE, *CCJC* (2012) apartado 3.

c) *Para la violencia*, Minero Alejandro considera que es «irrelevante, por inexistente, este vicio del consentimiento en el supuesto de hecho analizado, tanto en su ámbito físico como en su posible aspecto moral, sin que pueda inferirse en modo alguno de los datos aportados y sin haber sido alegada por la donante en ninguna de las instancias»²⁶¹.

d) *Y para el dolo*, Minero Alejandro explica que «[a] diferencia del error, respecto de la noción de dolo, el TS carga su acento, en la conducta insidiosa del agente, en la maquinación o astucia, activa o pasiva, por acción u omisión, del que induce al otro a contratar. Por contra, *el factor esencial no es el error inducido del interlocutor del agente. Todo lo contrario. Será indiferente que esta situación psicológica –la del error inducido– se dé o no en él –en el interlocutor del agente, a consecuencia de la actuación de este último–. Por tanto, si bien ambos vicios del consentimiento –el dolo y el error– se implican mutuamente con frecuencia, dicha coincidencia no es necesaria. Podrá darse o no. El dolo, tal y como se concibe en nuestro ordenamiento, no es sólo un error inducido. Puede existir aunque no haya error en quien lo padece»* (cursiva mía)²⁶². Añade de inmediato, que «[e]l presente caso [...] [el de esta STS, 1.ª, 28.09.2011] es uno de esos ejemplos en los que el dolo existe con independencia del error –que no se aprecia, como ya hemos tenido ocasión de comentar, o que se aprecia en su grado de inexcusable o negligente–»²⁶³.

Trasladándose al dolo omisivo, Minero Alejandro indica que, «[d]entro de este grupo de sentencias [sobre dolo omisivo] podemos citar varias resoluciones que tratan un supuesto muy específico: *el del dolo consistente en el aprovechamiento de circunstancias no provocadas por el agente, pero que le colocan en una posición negociadora muy favorable, si puede calificarse como conducta contraria a la buena fe el aprovechamiento de esa asimetría negociadora para conseguir la celebración de un contrato que por su contenido o sus condiciones resulta desequilibrado a su favor*. Entre las sentencias que se incluyen en esta categoría se encuentran algunas que, por sus características, resultan muy próximas al supuesto de hecho de la sentencia que comentamos [Minero Alejandro] ahora: *contratos firmados por personas de avanzada edad por los que se ceden gratuitamente bienes o derechos en favor de quien ejerce el dolo por aprovechamiento de la debilidad contractual de su contraparte* (entre otras, SSTS de 15 de julio de 1987 [que extracto en la anterior [A]] y de 27 de febrero de 1989 [que extracto en la anterior [B]]. En muchos casos, *dicha debilidad en la posición contractual de una de las partes deviene del carácter sorpresivo o apremiante con el que la otra conforma la perfección del contrato*. En otras palabras, el dolo se produce porque una de

²⁶¹ MINERO ALEJANDRE, *CCJC* (2012) apartado 3.

²⁶² MINERO ALEJANDRE, *CCJC* (2012) apartado 4; continúa: «En el caso del dolo, al darse la nota de malicia, se potencia el vicio del consentimiento, de manera que se amplía la imputabilidad del error –en caso de existir éste–, y el contrato será anulable incluso si el error ambiental sufrido por la contraparte hubiese sido inexcusable o negligente en condiciones normales o si recae sobre las simples motivaciones de esa contraparte».

²⁶³ MINERO ALEJANDRE, *CCJC* (2012) apartado 4.

las partes es plenamente consciente de que las circunstancias provocadas por ella inducirían a error en la contratación a la otra parte –o bien a la propia contratación, esto es, al consentimiento en contratar para la otra parte–» (cursiva mía)²⁶⁴. Para Minero Alejandre, «*también en este último tipo específico de dolo [dolo omisivo] se puede englobar el caso que ahora nos ocupa*», *de la STS, 1.ª, 28.09.2011* (cursiva mía)²⁶⁵.

3.3 La doble naturaleza del dolo: vicio del consentimiento e ilícito civil (conducta antijurídica)

[24] *En el dolo se aprecia, simultáneamente, la existencia de un vicio del consentimiento para el que lo sufre (la víctima del dolo; art. 1265 CC) y una conducta ilícita (o antijurídica) desenvuelta por su autor.* En este sentido se manifiesta, *por ejemplo*, Rojo Ajuria; también, puede considerarse a Fuenteseca. Y lo hacen como sigue.

[A] Según Rojo Ajuria:

«En nuestro Código civil el dolo está regulado en el Libro IV, Título II, Capítulo II, Sección Primera, “Del consentimiento”, y en el Capítulo VI, “De la nulidad de los contratos”. Por lo tanto, y en esto nuestro Código no es diferente a los demás, *el dolo forma parte de los llamados vicios del consentimiento*, y es a su vez una de las causas que originan la anulabilidad del contrato. No obstante, esta simple lectura de los códigos ha generado importantes resistencias. La razón es evidente, ya que *el dolo es un vicio del consentimiento que*, a diferencia del error, *tiene siempre como causa una conducta ilícita*. Además, si tenemos en cuenta que las categorías de vicio de la voluntad y anulabilidad son más bien propias de la codificación, pero que, por razones históricas también evidentes, todos los ordenamientos jurídicos no absolutamente formalistas han sancionado de alguna manera el dolo en la formación de los contratos, parece plausible un acercamiento al dolo que prime la sanción, o la responsabilidad derivada de la conducta del contratante doloso» (cursiva mía)²⁶⁶.

²⁶⁴ MINERO ALEJANDRE, *CCJC* (2012) apartado 4; continúa: «Pues bien, en opinión de De Castro y Bravo [...] al que siguen la doctrina más autorizada en la materia, entre otros, G. Bercovitz Álvarez [...] y A. M. Morales Moreno [...], el terror ambiental creado por quien produce la situación de apremio y se beneficia asimismo de ella no implica intimidación *sensu stricto*, pero existirá dolo, por haber sido empleado por la contraparte en su beneficio» [apellidos de los autores, mayúsculas en el original].

²⁶⁵ MINERO ALEJANDRE, *CCJC* (2012) apartado 4; concluye: «El desequilibrio de las prestaciones de las partes, en concurrencia con otros datos de hecho, denota la falta de libertad contractual de la contraparte –la donante–, pero el vicio de la voluntad no será el perjuicio, ni tampoco lo será la situación de debilidad contractual de una de las partes, sino su utilización de mala fe por la otra parte contractual –los donatarios–, es decir, el dolo de ésta, cuando resulta incuestionable que la buena fe exigía, en el caso, el deber de informar».

²⁶⁶ ROJO AJURIA (1994) p. 75; también de ROJO AJURIA, sus textos, *infra*, notas 305 b) y 971 b) y d).

También, y teniendo presente a Trabucchi, de Rojo Ajuria:

«[...], el dolo es un hecho que implica una consideración bilateral, de la conducta de uno de los contratantes y de sus consecuencias sobre los presupuestos de conocimiento de la víctima. No creemos [Rojo Ajuria] que exista ningún obstáculo, jurídico o lingüístico, para que *al hablar de dolo vicio de la voluntad se estén indicando contemporáneamente el hecho del engaño y la actividad de mala fe de quien es su autor. La noción de dolo vicio se compone pues de dos elementos, el objetivo (conducta ilícita) y el subjetivo (voluntad viciada).*

[...]. Se puede discutir si la mala fe de una parte, o el falso conocimiento de la otra, tienen una mayor relevancia en la figura del dolo vicio; *pero no se podrá nunca llegar a la exclusión de uno u otro de los elementos que juntos se integran.*

De los dos aspectos esenciales de la noción de dolo (actividad ilícita del autor del engaño, y consiguiente determinación de la voluntad de la víctima), tal como reconoce el propio Trabucchi [apellido, mayúsculas en el original], por la propia naturaleza del vicio, el primero, la actividad ilícita, adquiere una mayor relevancia. No obstante, es la consideración del segundo aspecto el que permite el reagrupamiento del dolo junto al error (y la violencia) en la moderna categoría de los vicios del consentimiento» (cursiva mía)²⁶⁷.

[B] Y para Fuenteseca:

«Entiendo [Fuenteseca] que es necesario partir de un concepto genérico de dolo, como conducta que atenta contra la buena fe. Dicho comportamiento puede manifestarse tanto en negocios *inter vivos* como *mortis causa*. [...] el dolo que interesa es el que surge en los tratos preliminares que preceden a un contrato, o el que aparece en el momento mismo de la perfección del negocio, quizá podría definirse, tomando como punto de partida lo expuesto en la parte histórica, *como influencia antijurídica sobre la voluntad ajena. De este modo se unen dos aspectos fundamentales: por un lado, la contravención de la buena fe, el atentado contra los arts. 7.1.º y 1258 C.c.; por otro lado, que ese comportamiento se dirige y recae sobre la voluntad de la contraparte negocial, afectándola (arts. 1261 y 1255 [sic. 1265] C.c.). Quedan, por tanto, vinculados la mala fe y la voluntad negocial.* Se trata de un peculiar ataque al consentimiento o a la voluntad contractual.

Estos mismos caracteres concurrirán asimismo en el dolo recíproco, aunque, en este caso, en ambas partes contratantes. *Las dos actuarán contraviniendo la buena fe y, también ambas, influirán sobre la voluntad del contrario.* Es decir, en el contrato con dolo recíproco la situación resultante aún es más grave, a mi juicio [Fuenteseca], que la del dolo unilateral. Por eso sus consecuencias jurídicas habrán de estar en consonancia con tal diferente circunstancia» (cursiva mía, salvo la de *inter vivos* o *mortis causa*)²⁶⁸.

²⁶⁷ ROJO AJURIA (1994) pp. 101-103.

²⁶⁸ FUENTESECA (2002) pp. 53-55; para el dolo unilateral, *vid.* además p. 139; para el dolo recíproco, *vid.* además pp. 141-143, 150, 161, 162, 209.

3.3.1 A QUÉ ASPECTO DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL (AL CONOCIMIENTO O/Y A LA LIBERTAD DE DECISIÓN) AFECTAN LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO Y, EN PARTICULAR, EL DOLO

A) *La doctrina de los autores*

[25] *En el análisis general de los vicios del consentimiento (error, dolo, violencia e intimidación) subyace la cuestión de qué aspecto, del que los sufrió, se ve afectado. ¿Su conocimiento de la realidad, pues el vicio del consentimiento le impidió la correcta percepción? ¿Su libertad en la toma de su decisión de si celebraba el contrato? ¿Ambos? Lo anterior es algo presente entre los autores, sea en tiempo cercano al Código civil (por ejemplo, Manresa y Navarro, Scaevola) sea actualmente (por ejemplo, Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Capdevila, y Llebaría Samper). Se comprueba de inmediato.*

[A] *Las explicaciones de Manresa y Navarro, y Scaevola*

[A.1] Manresa y Navarro considera:

«Base este artículo [1265 CC] de los cinco [artículos] siguientes, que desvuelven la declaración fundamental en él contenida, viene á enumerar en forma negativa, al expresar las causas que vician el consentimiento, las circunstancias que ha de tener, los requisitos que deberán concurrir en la manifestación de la voluntad, que es á su vez requisito del contrato.

Esos requisitos son: que el consentimiento se preste con noción exacta de los extremos sobre que recae, que sea libre, y que sea también espontáneo. Al conocimiento se opone el error, á la libertad la violencia ó la intimidación, y á la espontaneidad el dolo, que si bien más parecido al error en sus efectos, porque *oscurece la idea verdadera de las cosas*, tiene algo de común con la violencia, porque, como ésta, acusa la *influencia ilícita* de un contratante en el consentimiento del otro que con él contrata. Teniendo en cuenta esto, se explica el orden que aquí sigue el Código» (cursiva mía)²⁶⁹.

[A.2] Según Scaevola:

«A) *Principio fundamental.*— Lo es el consignado en el artículo 1265 afirmativo de la nulidad del consentimiento prestado por error, violencia, intimidación ó dolo.

[...]

Estos varios defectos ofrecen una naturaleza psíquica ó psicológica en cuanto conciernen al ánimo, á la mente del que contrata, quien, bajo la influencia de ellos, emprendiendo un camino que no hubiera seguido de no sentir tal presión, hace ó consiente lo que en otro caso no habría consentido.

²⁶⁹ MANRESA Y NAVARRO, «Artículo 1265» (1901) p. 609.

Todos se ofrecen así como un estado anormal ó morboso de la voluntad, en cuanto ésta no es real y verdaderamente la del sujeto que lo sufre, ya sea ocasionada la enfermedad por un juicio falso del propio sujeto, ya por un elemento ajeno á él que no puede contrarrestar, ó bien por la acción dolosa de quien con él contrató.

En todos estos casos falta el consentimiento, porque *falta la intención consciente y reflexiva de obligarse; ó conozco mal lo que contrato* (error), ó conociéndolo bien *no hubiera querido obligarme á aquello que me han impuesto* (violencia é intimidación), ó que me *han presentado falsamente* (dolo)» (cursiva mía)²⁷⁰.

[B] *Las explicaciones de Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy y Bosch Capdevila, y de Llebaría Samper*

[B.1] Según Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy y Bosch Capdevila:

«Los vicios [del consentimiento] pueden derivar de dos grupos de causas:

a) *De un conocimiento equivocado de la realidad*. Por ejemplo, el comprador adquiere un terreno porque cree que puede realizar en el mismo cualquier tipo de construcción, si bien en realidad solamente se pueden construir en él naves industriales, pero no viviendas. Ello puede tratarse de un simple error del contratante (art. 1266 CCEsp), en ocasiones consecuencia de su falta de conocimiento o su ignorancia o falta de experiencia (art. 621-45.1 CCCat [que regula la ventaja injusta, de la que me ocupo *infra*, [136] [A]], o bien este error puede venir provocado por un tercero (dolo, arts. 1269 y 1270 CCEsp).

b) *De la falta de libertad a la hora de contratar*; es decir, una persona contrata en contra de su voluntad porque alguna circunstancia (angustia económica, art. 621-45.1 CCCat [que regula la ventaja injusta, de la que ocupo *infra*, [136] [A]] o alguna persona (amenazas, arts. 1267 y 1268 CCEsp) le fuerza a contratar» (cursiva mía)²⁷¹.

E insisten más adelante:

«Mientras el error (error en los motivos o «error vicio») y el dolo suponen *un conocimiento equivocado de la realidad* –ya sea por una causa imputable al propio sujeto (el error), o a un engaño producido por el otro contratante (el dolo)–, y dan lugar a una declaración de voluntad que, si bien es emitida de manera libre, se encuentra viciada *por tal desconocimiento*, la violencia y la intimidación constituyen una presión exterior sobre el sujeto, que provoca una declaración de voluntad *privada de libertad*; el sujeto conoce la realidad y es consciente

²⁷⁰ SCAEVOLA (1904) pp. 618-619; continúa: «La voluntad es aquí torcida, forzosa, fraudulenta, y voluntad de tal naturaleza no puede prosperar, porque equivaldría su mantenimiento á la protección de la mala fe. Quien prestó de tal modo el consentimiento puede pedir su nulidad, y, por consecuencia, la del contrato por él generado. Este es el propósito del legislador en el artículo 1265 [CC]» (p. 619).

²⁷¹ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 233; continúan: «Ahora bien, no siempre que el consentimiento está viciado la ley permite la anulación del contrato. Es preciso que el vicio tenga una cierta entidad, ya que de lo contrario se generaría una gran inseguridad jurídica».

de que, probablemente, no le conviene tal declaración, pero la emite a causa de la presión que sobre él se ejerce» (cursiva mía)²⁷².

[B.2] Y según Llebaría Samper:

«Los cuatro vicios tipificados pueden reunirse en dos grupos: los vicios que suponen un fallo en la consciencia (error y dolo), y los que suponen un ataque a la libertad (violencia e intimidación) [esta cursiva mía]. El primer grupo provoca como resultado final el *equivoco* en la persona del contratante, que consiente tomando como base una realidad falsa, inexacta. En ambos casos (error y dolo) esta persona no es consciente del *equivoco* padecido. La diferencia estriba en las causas que provocan dicho *equivoco*, en cómo esa persona llega a él. Al dolo se llega mediante el engaño provocado por la otra parte contratante, mientras que en el caso del error se llega al *equivoco* sin que haya mediado dicho engaño. El segundo grupo provoca como resultado final una situación de *temor*; situación que viene creada por una fuerza actual que se ejerce sobre la persona (violencia) o por una amenaza (intimidación), en ambos casos empleadas bien por la otra parte contratante o bien por una tercera persona» (salvo indicación en contrario, el resto de la cursiva del original)²⁷³.

[26] *Centrándome ya en el vicio del dolo*, los autores defienden *dispar* visiones sobre el específico aspecto que se ve afectado. En concreto, *unos* consideran que el dolo produce un *ataque a libertad* del que lo sufre, a efectos de su toma de decisión en contratar. Por ejemplo, Morales Moreno²⁷⁴, Fuenteseca²⁷⁵,

²⁷² DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 239.

²⁷³ a) LLEBARÍA SEMPER (2021) p. 404.

b) Más allá de lo anterior y conectando con lo que *supra*, [13] manifiesto sobre la tipicidad de los vicios del consentimiento y la oportunidad de regular determinadas situaciones, de interés las siguientes consideraciones de LLEBARÍA SEMPER, que este hace antes del fragmento suyo, que reproduzco en el cuerpo de texto:

«Serán vicios los que resulten tipificados como tales, sin que se permita ni la interpretación extensiva ni la aplicación analógica. En nuestro ordenamiento, se tipifican como vicios del consentimiento el error, la violencia, la intimidación y el dolo (art. 1265 CCE). No son vicios, pues, otras circunstancias subjetivas que puedan entrañar una situación de debilidad de la persona a la hora de formar su consentimiento, tales como la vulnerabilidad económica, la necesidad imperiosa, la ignorancia o manifiesta falta de experiencia, o aquellas otras en las que circunstancial o temporalmente la persona se encuentre en una situación de subordinación, indefensión o desprotección, y todo lo anterior sin perjuicio de que las mismas puedan influir sobre la eficacia posterior del contrato (*cf.* art. 621-45 CCCat [que regula la ventaja injusta de la que me ocupo *infra*, [136] [A]], art. 3.2 del TRLGDCU [que analizo *supra* [3] c]), y art. 111-2.c, w, del CCons)» (p. 404).

²⁷⁴ Para MORALES MORENO, «[e]l bien jurídico protegido es la libertad del contratante» víctima del dolo [(1993a) p. 385]; esta afirmación se inserta dentro del texto que del autor reproduzco *infra*, nota 322 b).

²⁷⁵ Para FUENTESECA, «el dolo penal afecta al patrimonio mientras que el dolo civil recae sobre la libertad de decisión» [(2002) p. 47, y *vid.* nota 4 de p. 47 con cita de distintos autores alemanes, y de Morales Moreno].

Más adelante, FUENTESECA dice: «[c]oncluyendo en torno a la relación entre el dolo unilateral y autonomía de la voluntad, entiendo que existe no sólo un atentado contra la libertad de contratación, sino que dicho ataque se caracteriza por la peculiar manera en que se manifiesta: como conducta contraria a la

y De Verda y Beamonte²⁷⁶ [también M. J. Marín López, *infra*, nota 277 c)]. Otros fijan su atención en el error sufrido por la víctima del dolo y perciben que el problema reside en el *no conocimiento, o conocimiento equivocado, de la realidad*. Por ejemplo, Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Capdevila, o Llebería Semper, como puede comprobarse en los fragmentos, que de ellos reproduzco, en los anteriores [B.1] y [B.2]. Por último, hay autores que ven en el dolo un vicio en el que se manifiesta *tanto un problema de conocimiento como de libertad del sujeto que lo padece*. Así, por ejemplo, Llobet I Aguado²⁷⁷.

B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo

[27] *Sin un particular detenimiento y cuando se pronuncia, para el Tribunal Supremo, en general, la voluntad del que padece el dolo se ve afectada en su (natural) libertad y conocimiento. Ahora bien, sobre qué causa ese defecto de la (natural) libertad y conocimiento, hay al menos a gruesos, pero*

buena fe. Luego el resultado consistirá en una doble contravención: de la autonomía de la voluntad, de la libre decisión, por un lado, y por otro, del principio general de la buena fe» (p. 79, pero *vid.* desde p. 77).

²⁷⁶ Para DE VERDA Y BEAMONTE, «[l]a acción de anulación [por dolo] protege, pues, la libertad en la determinación de la voluntad de los contratantes («die Freiheit seiner Willensentschliessung») [CCJC (2007) p. 1326; *vid.* además RdP (2006) pp. 64, 65, 67].

²⁷⁷ a) Para LLOBET I AGUADO, «[e]l dolo, vicio de la voluntad, se sanciona por un doble motivo: a) Coarta la libertad del otro contratante en cuanto éste lleva a cabo el contrato engañado (no es enteramente libre como tampoco lo es el intimidado), si bien es cierto que su falta de libertad no es tan patente como en el caso de la fuerza o la intimidación./ b) Impide una declaración de voluntad veraz porque el contratante padece error» [(1996) p. 128; *vid.* además el texto que del autor transcribo *infra*, [40] c) [A], y también el que transcribo, *infra*, [69] [A] b)].

b) Por otro lado, según GARCÍA VICENTE, «[e]n realidad el dolo es un vicio a caballo entre el error (tienen en común que el engaño se sustancia normalmente en una falsa representación de la realidad) y la intimidación (en ambos se sanciona especialmente la conducta ilícita de una de las partes)» [«Artículo 1269» (2013) p. 9123].

c) Para M. J. MARÍN LÓPEZ, si bien claramente considera que en el dolo, lo afectado es la libertad de contratar, en alguna ocasión apunta al problema del conocimiento de cómo es la realidad.

Así, *con carácter general*, dice: «El contrato, como acuerdo de voluntades que es, exige que la voluntad de cada contratante se haya formado de manera consciente, racional y libre. Hay casos, sin embargo, en que la voluntad contractual se ha formado defectuosamente, bien por falta de conocimiento de la verdadera realidad (error, dolo), bien por la falta de libertad que sufre un contratante (intimidación violencia)» (73, p. 689).

Y en su específica exposición para el dolo: «El bien jurídico protegido [en el dolo] es la libertad del contratante, que queda debilitada al haber sido captada su voluntad por el otro contratante» (120, p. 701); «[h]ay dolo cuando uno de los contratantes emite su declaración de voluntad sin plena libertad o sin un completo conocimiento de la situación, debido a la conducta insidiosa del otro contratante. Esa falta de libertad es la que permite calificar la situación como vicio del consentimiento (la declaración está viciada), y es la razón por la que el ordenamiento jurídico protege a ese sujeto, permitiéndole anular el contrato» (130, p. 703); «el Código civil no exige un perjuicio patrimonial; más bien al contrario, pues el art. 1300 CC dispone que la acción de anulación existirá aunque no haya lesión para los contratantes. Ésta es una decisión acertada, pues en el dolo el bien jurídico protegido es la libertad del contratante, y no su indemnidad patrimonial. El perjuicio patrimonial de la víctima no es un requisito del dolo, pero sí puede servir de indicio de la falta de libertad contractual de ese sujeto» (132, p. 704); «[...]», o que el contratante haya emitido su consentimiento con un vicio (falta de libertad)» (152, p. 710); «[...]». En los demás casos, a pesar de que la conducta insidiosa sea grave, limite la libertad de la víctima, [...]» (157, p. 711); «[e]n el dolo de tercero, aunque ciertamente existe un déficit de libertad de un contratante, [...]» (161, p. 712). Todas las citas de (2020).

identificables trazos, dos grupos de sentencias. *En uno*, las posibles causas la afectación son *el engaño, la coacción u otra insidiosa influencia*. Aunque no se diga expresamente, se apunta a la tesis amplia del dolo. *En el otro grupo de sentencias*, simplemente se señala que la causa del vicio *es el engaño*, lo que podría interpretarse en favor de la tesis estricta del dolo, pero, ciertamente, el Tribunal Supremo *no* especifica que el engaño sea la única causa para el dolo. *Por último*, en otras sentencias, el Tribunal Supremo solo señala que se afectado es la libertad de la voluntad del declarante. Expuesto lo anterior, a continuación menciono diversas sentencias a modo de ejemplo.

[A] *La afección de la (natural) libertad y conocimiento a causa del engaño, la coacción u otra insidiosa influencia*

Por ejemplo, «la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia» en las STS, 1.ª, 26.03.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; FD 2.º; el texto *infra*, [34] [A.2]), STS, 1.ª, 12.06.2003 (Pte. Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán; FD 4.º; el texto *infra*, [101] [D.3]), STS, 1.ª, 11.06.2003 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; FD 2.º), STS, 1.ª, 29.03.1994 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; FD 1.º; el texto *infra*, [34] [A.1]), y STS, 1.ª, 11.05.1993 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; FD 3.º; el texto *infra*, [49] [C]).

[B] *La afección de la (natural) libertad y del conocimiento a causa del engaño*

Por ejemplo:

a) Que «[e]xiste una conducta insidiosa –con propósito de engaño– por parte del vendedor, dirigida a provocar la voluntad comercial [...]. La voluntad del declarante –comprador– quedó viciada en su libertad y conocimiento como consecuencia de, cuando menos, la omisión (dolo negativo)» (STS, 1.ª, 11.12.2006, Pte. Excmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández; FD 3.º; *infra*, [55] [A.1] reproduzco un texto más amplio de la sentencia en la que se encuentra el fragmento ahora transcrito).

b) Que «la voluntad del declarante debe haber quedado viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño» en las STS, 1.ª, 01.06.2016 (FD 2.º6; *infra*, [42] [B] reproduzco un texto más amplio de la sentencia, en la que se encuentra el anterior fragmento transcrito) y STS, 1.ª, 05.07.2016 (esta última, reproduciendo a la anterior STS, 1.ª, 01.06.2016; *infra*, [103] [A] reproduzco un texto más amplio de la sentencia, en la que se encuentra el anterior fragmento transcrito; FD 4.º).

[C] *La afección de la libertad*

Así, «que se trata de una conducta insidiosa, que ejerza tal influencia sobre quien declara que su voluntad no pueda considerarse libre» (STS, 1.ª, 16.02.2010; Pte. Excmo. Sra. Encarnación Roca Trías; FD 3.º; el texto *supra*, [23] [C]).

3.3.2 EL ILÍCITO CIVIL

A) *La doctrina de los autores*

[28] *Que el dolo constituye una conducta ilícita (o antijurídica) del que lo lleva a cabo es otro rasgo del dolo apuntado por los autores*²⁷⁸. De Cossío y Corral, que emplea la expresión acto ilícito, utiliza también la de *delito civil* que *contrapone* al dolo *delito penal*²⁷⁹. Además, el autor *reflexiona* sobre que el dolo delito civil permita la anulabilidad del contrato y no conlleve su nulidad radical y absoluta, lo que entiende justificado en la concesión, al que padeció el dolo, de poder decidir si mantiene o no el contrato.

[A] Lo último lo plantea y explica De Cossío y Corral así:

«[S]e suscita la cuestión de cómo siendo el dolo algo ilegal, constitutivo siempre, [...], de un delito civil, y algunas veces, además, de un delito penal, es reducido por la ley, en su tratamiento, a mero vicio del consentimiento, que determina la anulabilidad del contrato, y no reconocido como causa de nulidad radical y absoluta, en cuanto supone una ilegalidad que debe afectar a toda la economía del contrato y, por lo tanto, ser origen de una nulidad al amparo del [entonces vigente] artículo 4.º del C. c. En este punto interesa hacer algunas aclaraciones: es indudable, y tal ha sido sin duda el motivo que ha inspirado las normas relativas a esta materia, que el contratante víctima del dolo, puede tener interés en el mantenimiento íntegro del contrato, y ninguna razón aconseja privarle de tal beneficio. Al reconocérsele el derecho potestativo de impugnar el acto, queda salvo esa posibilidad y, al mismo tiempo, la de producir la ineficacia del contrato; de otra parte, se priva al autor del dolo [*sic*; dolo] de la facultad de, en servicio de su propia conveniencia, ampararse en la nulidad radical con perjuicio del otro contratante inocente de su culpa»²⁸⁰.

²⁷⁸ Por ejemplo, MANRESA Y NAVARRO, en el texto que de él reproduzco *supra*, [25] [A.1]; ROJO AJURIA (1994) p. 22, cuyos textos reproduzco *supra*, [24] [A] e *infra*, nota 971 b) y d), y p. 140 («[i]mplicando el dolo vicio la existencia de un ilícito precontractual, [...]»); VAQUER ALOY, *CCJC* (2001) p. 626; FUENTESECA, cuyo texto reproduzco *supra*, [24] [B]; GARCÍA VICENTE, cuyo texto reproduzco *supra*, en la nota inmediatamente anterior a esta, en b); DOMÍNGUEZ YAMASAKI (2010) pp. 281-284.

²⁷⁹ a) Según DE COSSÍO Y CORRAL, «el dolo [...] en cuanto constituye un delito civil [...]». Es más, el dolo causante, puede incluso, en determinadas circunstancias, ser constitutivo de delito penal, y sancionado además con una pena [...]» [(1955) p. 320; *vid.* además pp. 334, 347].

Como apunto en el cuerpo del texto, en *otras ocasiones*, DE COSSÍO Y CORRAL habla de acto ilícito, por ejemplo, p. 325; también, de hecho ilícito, en p. 335.

b) En la *STS*, 1.ª, 24.04.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penades) se lee, que «[e]l dolo genera responsabilidad, en cuanto acto ilícito, que algún autor ha calificado como «delito civil», con obligación de reparar los daños y perjuicios» (cursiva mía; FD 3.º). Ese *algún autor*, en el que se pensare al redactar la sentencia, pudiera ser De Cossío y Corral. Análisis esta sentencia *infra*, [55] [C.2], [120] [B], [125] [B] y [128].

²⁸⁰ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) pp. 322-323.

[29] *¿En qué consiste la ilicitud (o antijuridicidad) de la conducta del autor del dolo? En la infracción de lo que le impone la buena fe precontractual (por supuesto, ha hacerse con determinando ánimo; para esto último infra, [37]-[38]).*

Morales Moreno, defensor de la tesis amplia del dolo como *supra*, [18] b) [A] expuse, explica que la *conducta ilícita* del autor del dolo «debe resultar» de su consideración en sí misma «(modo en que se manifiesta, medios que utiliza), puesta en relación con las normas del ordenamiento», cobrando, entre dichas normas, «especial relieve el principio de buena fe»²⁸¹. Recuerda que «[e]l dolo se considera desde el Derecho romano como una conducta contraria a la buena fe («la buena fe es contraria al fraude y al dolo»), Ulpiano, D. 17, 2, 3, 3 [que transcribo *supra*, [12] primera [A]]»²⁸². Y añade, que «[l]a buena fe (lealtad contractual), nos permite concretar o precisar en cada caso los deberes de conducta de los contratantes durante el desarrollo de los tratos y en la celebración del contrato, y, consecuentemente, nos determina la existencia de dolo (grave infracción de esos deberes)»²⁸³. En su consideración, «[l]as manifestaciones del dolo son tantas como las infracciones de los deberes que impone la buena fe (cfr. P. 7, 16, 1 y siguientes [*supra*, [11] [A] transcribo dicha partida y las dos siguientes])»²⁸⁴.

[30] *A la ilicitud del dolo al que vengo refiriéndome, esto es, al llamado *dolus malus*, en terminología tradicional, se contrapone la *licitud* del *dolus bonus*, dolo permitido. Según Morales Moreno, «[l]a distinción teórica entre el*

²⁸¹ MORALES MORENO (1993a) p. 382.

²⁸² a) MORALES MORENO (1993a) p. 382.

b) Para el derecho romano, las consideraciones de DE CASTRO Y BRAVO, *supra*, nota 148 b); y para la *exceptio doli* romana, *supra*, nota 147 a), las explicaciones de JÖRS/KUNKEL.

c) JÖRS/KUNKEL explican, además, para la *actio de dolo*: «1. La acción de dolo (*actio de dolo*) del derecho honorario de la última época de la República debe su creación al jurista C. Aquilio Galo. Se concedía en el Edicto subsidiariamente, cuando no fuera posible el ejercicio de otra acción, a la persona que hubiera sufrido un daño dolosamente causado. Dado este su carácter subsidiario, que impedía entrara en concurrencia con otras acciones, el pretor sólo la otorgaba una vez comprobada su pertinencia, por examen de los hechos (*si iusta causa esse videbitur*). En la época republicano-clásica era concedida en los casos de engaño o maquinación fraudulenta (Servio y Labeón, en D. 4, 3, 1, 2 [que transcribo *supra*, [12] primera [A]]); más tarde, en correspondencia con la ampliación que experimenta el concepto de *dolus*, procedía en todas las hipótesis de perjuicios causados por cualquier clase de actos desleales y contrarios al derecho. Su fórmula procesal contenía, como la acción reivindicatoria [...], una cláusula restitutoria (*clausula arbitraria*), que abría al demandado la posibilidad de evitar la condena mediante la restitución del provecho obtenido. Si no cumplía el mandamiento restitutorio del juez, era condenado al pago del daño según la estimación jurada hecha por el demandante; la condena tenía efecto infamante (Ed. perp., en D. 3, 2, 8). El ejercicio de la acción de dolo estaba sujeta al plazo preclusivo de un año, a contar desde que el demandante hubiera tenido conocimiento del engaño» [(1937) reimp. 1963, § 160, p. 369].

²⁸³ MORALES MORENO (1993a) p. 382.

²⁸⁴ MORALES MORENO (1993a) p. 382; *vid. además* «Artículo 1269» (1993b) pp. 468-469.

dolus bonus y el *dolus malus* marca la diferencia entre los modos lícitos de atraer al otro contratante y aquellos que son ilícitos»²⁸⁵. *Infra*, [48] y [49] me ocupo del *dolus bonus* y remito allí.

B) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

[31] *Por ejemplo*, en la STS, 1.^a, 30.06.2000 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil), el Tribunal Supremo considera que el vendedor (el Estado) *no actuó con buena fe, sino con deslealtad contractual*. Para el Tribunal Supremo, «la trasgresión [del Estado] se produjo voluntariamente y con plena conciencia de la antijuridicidad del acto» (FD 2.º; transcribo el texto *infra*, [133] [A]). El Estado había afirmado al comprador que la empresa que le transmitía contaba con todas las licencias necesarias para su explotación (seguridad administrativa), lo que no era cierto. Se consideró que hubo dolo incidental.

Por otro lado, en repetidas ocasiones, el Tribunal Supremo manifiesta, *sin más*, el carácter de acto ilícito del dolo (o del comportamiento de su autor) como, por ejemplo, en la STS, 1.^a, 24.04.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penades; FD 3.º; transcribo el texto *infra*, [120] [B]).

Por último, voy a detenerme en la STS, 1.^a, 29.09.2015, que presenta particular interés. Según el Tribunal Supremo, *el dolo supone una conducta anti-jurídica de su autor, que vulnera la buena fe*, mientras que el error no es producto del acto antijurídico de una de las partes, pues puede obedecer a múltiples razones como deficiencias o ambigüedades en la negociación, o por la culpa del que yerra. En cuanto al caso, los vendedores ocultan a los compradores que, en las fincas que adquirirían, no podía realizarse el proyecto de urbanización que pretendían, la construcción de edificios con apartamentos y garajes, considerándose que actuaron con dolo. Procedo a exponer la presente sentencia, a la que *supra*, [22], me referí, a propósito de la tesis estricta del dolo.

[A] *La STS, 1.^a, 29.09.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno)*

En síntesis, resultado del ejercicio de la opción de compra pactada, los vendedores (Amparo y Fructuoso) venden sus participaciones sociales en una mercantil, mercantil propietaria de unas fincas en las que se proyectaba construir unos edificios con apartamentos y garajes. Amparo y Fructuoso (vendedores) ocultan maliciosamente a los compradores (*Habitat, S.A. y Habitat vacances*,

²⁸⁵ MORALES MORENO (1993a) p. 382; continúa: «El ámbito de una y otra manifestación [del dolo] puede variar según los criterios éticos de cada época y la ponderación de los intereses en juego. El propósito de atraer la voluntad del otro contratante no constituye dolo si se emplean medios tolerados por el Ordenamiento».

S.L.) que el proyecto de urbanización programado para las fincas de la mercantil no podía llevarse a cabo. En primera instancia se considera que el error provocado por la vendedora no fue esencial, pues la conducta de los compradores fue negligente (tuvieron una actitud pasiva) y se desestima la demanda. En segunda instancia se considera que existió dolo de los vendedores Amparo y Fructuoso y el error provocado por ellos a los compradores debió calificarse de esencial y excusable²⁸⁶. Amparo y Fructuoso recurren en casación y alegan infracción de los artículos 1261.º, 1266 y 1300 CC, al considerar inexcusable el error de los compradores (motivo 1.º)²⁸⁷ y vulneración de los artículos 1260.1.º, 1269, 1270.I

²⁸⁶ En la STS, 1.º, 29.09.2015, para la primera y segunda instancia y el dolo se indica: «3. [...]»

E) En el presente caso, ambas instancias consideran acreditado el dolo o engaño de la mercantil vendedora [*Fomento Vivienda Mediterránea, S.L.*] para inducir a la parte compradora [*Habitat, S.A. y Habitat Vacances, S.L.*] a la formalización de los sucesivos contratos. Para la Audiencia, resulta también acreditado su carácter esencial respecto del objeto y de las condiciones que llevaron a celebrar el contrato de compraventa de participaciones sociales. Así, con relación al primer aspecto, se destaca que si bien es cierto que en el contrato de opción de compra se hizo referencia al anterior contrato de permuta, dicha referencia tuvo por objeto indicar el carácter vencido y sin efectos del mismo y su no afectación al proyecto de urbanización aprobado. Declaración que ambas instancias tachan de falsedad, pues la vendedora [*Fomento Vivienda Mediterránea, S.L., Amparo y Fructuoso*], a la fecha de la celebración del contrato, tuvo pleno conocimiento de la impugnación entablada. Hecho que ocultó deliberadamente a los compradores [*Habitat, S.A. y Habitat Vacances, S.L.*] que por la naturaleza del procedimiento no tuvieron acceso, ni conocimiento del mismo. Con relación al carácter esencial del dolo o engaño se destaca que el error producido afecta tanto al objeto del contrato, pues las actuales condiciones del proyecto de urbanización resultan inviables tras la anulación operada, como al plano económico del mismo, dado el sobrecoste que representaría la inclusión futura de la parcela de la propiedad de la Sra. Marisa, tanto en relación a su compra, como a las necesarias obras de demolición de la edificación existente.

4. En síntesis, y conforme a los antecedentes señalados, ambas instancias, pese a la acreditación y calificación jurídica del dolo de la mercantil vendedora [*Fomento Vivienda Mediterránea, S.L., Amparo y Fructuoso*], entran a valorar el error en la formación de la voluntad contractual con desigual interpretación del alcance del mismo.

En este contexto, para la sentencia de primera instancia el error provocado por la vendedora [*Fomento Vivienda Mediterránea, S.L., Amparo y Fructuoso*] no tuvo el carácter de esencial porque, aunque las fincas no reunían las condiciones que se les atribuían, la parte compradora [*Habitat, S.A. y Habitat Vacances, S.L.*] mostró una clara pasividad en orden a intentar la subsanación del PRI impugnado o la presentación de otro nuevo; de forma que el ordenamiento jurídico no ampara a quien ha padecido el error, cuando no merece protección por su propia conducta negligente. Por lo tanto, desestimó la demanda interpuesta, absolviendo a los demandados [Amparo y Fructuoso] de las pretensiones ejercitadas contra ellos.

En cambio, para la sentencia de la Audiencia el error provocado por la vendedora [*Fomento Vivienda Mediterránea, S.L., Amparo y Fructuoso*] fue un error propio o error vicio del consentimiento que debió ser calificado de esencial y de excusable para la parte compradora. Por lo que, estimando el recurso de apelación interpuesto, revocó la anterior resolución recurrida con estimación de la demanda interpuesta por los demandados» (FD 1.º).

²⁸⁷ En concreto: «*En el primer motivo* [esta cursiva del original], denuncia [el recurrente en casación, *Fomento Vivienda Mediterránea, S.L., Amparo y Fructuoso*] que la sentencia [de la Audiencia Provincial] infringe los artículos 1261.1.º, 1266 y 1300 del Código Civil y la jurisprudencia de esta Sala sobre el error en el consentimiento. *En el motivo se cuestiona la excusabilidad del error apreciado por la sentencia para anular el contrato celebrado por las partes el 14 de mayo de 2008, tras una opción de compra posteriormente prorrogada. Aduce que en el previo contrato de opción se relacionaban todos los documentos técnicos con que contaba la empresa vendedora y recurrente* [*Fomento Vivienda Mediterránea, S.L.*], incluido el contrato de permuta con [...] que se hallaba vencido y que motivó la sentencia anulatoria del TSJ de Valencia, por las razones dadas por el Ayuntamiento de Vinaroz para excluir del plan parcial la parcela de aquella y que es contrario a las normas elementales de prudencia y diligencia que la empresa

y 1300 CC (motivo 2.º) por entender que no actuaron con dolo (cfr. AH 1.º y FD 2.º)²⁸⁸. El Tribunal Supremo no casa.²⁸⁹

En su sentencia, el Tribunal Supremo va comparando los requisitos de los vicios de error y dolo, que no son iguales, y *en este contexto comparativo destaca que en el dolo existe una conducta antijurídica por parte de su autor*. Dice así:

«2. *Formación de la voluntad contractual. La debida diferenciación del tratamiento jurídico en las figuras del dolo y del error vicio*

La fundamentación jurídica del presente caso parte, necesariamente, de las perspectivas analíticas y conceptuales que presentan el dolo y el denominado error vicio, en la formación de la voluntad contractual, para precisar el distinto tratamiento jurídico que hay que establecer respecto de uno y otro supuesto. De ahí que se proceda inicialmente a desarrollar esta fundamentación con relación a la desestimación del segundo motivo planteado.

En nuestro ordenamiento, el tratamiento jurídico *del dolo contractual*, conforme a la tipicidad legal que históricamente lo ha distinguido como vicio del consentimiento, *cobra una clara especificidad en atención a su naturaleza de acto antijurídico, esto es, de conducta que infringe un deber jurídico y que resulta especialmente reprobable por vulnerar el principio de buena fe contractual que debe informar el curso de la formación del consentimiento contractual* (STS de 14 de enero de 2014, núm. 537/2013).

En este sentido, *el error que produce o comporta el dolo* queda también particularizado respecto de la noción general del error, pues es *producto o consecuencia de una intención o propósito de engañar a la otra parte contratante* y provocar, de este modo, una injusta vinculación obligacional que, por lo general, le será claramente perjudicial.

Esta *nota de antijuridicidad* que acompaña al dolo determina, a su vez, que la reacción del ordenamiento jurídico se centre en la protección del contratante engañado permitiendo, entre otras medidas de protección, la consecuente nulidad del contrato celebrado. En esta línea se desenvuelven también los principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), no sólo en la distinción del dolo como causa preeminente del vicio del consentimiento, sino también en la exclusión de la autonomía de la voluntad en orden a modular las consecuencias de la anulación, por error o información incorrecta, cuando dicha previsión resulte contraria

compradora [Habitat, S.A. y Habitat Vacances, S.L.], dedicada a la actividad inmobiliaria y que invirtió una gran cantidad de dinero en la compraventa, no se cuidara de acudir al Ayuntamiento de Vinaroz para comprobar la situación administrativa del proyecto y la existencia del recurso contencioso, teniendo en cuenta, además, que desde el contrato de opción de compra hasta la celebración de la compraventa pasaron más de siete meses».

²⁸⁸ En el AH 5.º de la sentencia se lee: «[...] con apoyo en los siguientes MOTIVOS [mayúsculas del original]:/ [...] Segundo.- Infracción de los artículos 1260.1.º, 1269, 1270, par 1.º y 1300 CC».

Según el FD 2.º1: «*En el motivo segundo [cursiva del original], alega [el recurrente en casación] vulneración de los artículos 1261.1, 1266 y 1300 del Código Civil [sic] al estimar que la conducta de los vendedores no puede caracterizarse de dolosa pues el plan ya estaba autorizado y aprobado cuando se celebró la opción de compra y los vendedores pusieron a disposición de los compradores todo el expediente administrativo*» (FD 2.º).

²⁸⁹ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

a los postulados de la buena fe y lealtad a la palabra dada; caso del dolo que nos ocupa.

De lo expuesto se desprende la conveniencia de diferenciar las figuras del dolo, propiamente dicho, y del error vicio en el curso de la formación del consentimiento contractual y, en consecuencia, la de sus respectivos regímenes jurídicos.

Así, en primer lugar, debe resaltarse que aunque *el engaño, ínsito en el dolo, provoque necesariamente el error a la otra parte contratante, la reacción del ordenamiento jurídico se centra exclusivamente en la antijuridicidad de la conducta dolosa* para determinar la nulidad del contrato celebrado. Consecuencia que solo puede quedar excepcionada bien cuando el dolo no revista carácter grave o esencial para con el objeto o las condiciones del contrato, o bien cuando haya sido empleado por ambos contratantes. (Artículos 1269 y 1270 del Código Civil).

En segundo lugar, [...], hay que precisar que una vez apreciado el dolo contractual no cabe, a su vez, apreciar el error vicio en el contrato como si se tratara de supuestos compatibles y concurrentes. En efecto, la apreciación del dolo contractual determina por sí mismo, esto es, de un modo pleno, la nulidad del contrato celebrado; de forma que resulta improcedente entrar en el tratamiento jurídico que le es propio al error vicio, particularmente respecto a la valoración de la nota de excusabilidad del mismo. Nota que resulta lógica de acuerdo a la caracterización de este supuesto, *en donde el error no es producto de un acto antijurídico de una de las partes, sino que puede obedecer a múltiples razones, entre otras, a deficiencias o ambigüedades de la negociación llevada a cabo, o ser incluso consecuencia de la culpa del mismo equivocado*. De ahí, la necesaria valoración de las conductas de las partes en este supuesto.

3. *En el presente caso, tal y como califican y constatan ambas instancias, el dolo contractual de la mercantil vendedora [Fomento Vivienda Mediterránea, S.L., Amparo y Fructuoso] se presenta de forma inequívoca. Tomando cuerpo en el engaño, por omisión, consistente en no advertir deliberadamente a la parte compradora [Habitat, S.A. y Habitat Vacances, S.L.] de la existencia de un hecho, la impugnación del proyecto de urbanización presentado como definitivo, cuyo resultado o desenlace afectaría a la esencia y condiciones del contrato que estaban celebrando, viciando el consentimiento de los compradores [Habitat, S.A. y Habitat Vacances, S.L.] acerca de las circunstancias reales de lo que adquirirían.*

4. Como se ha señalado, de acuerdo con la exposición sistemática de la fundamentación jurídica aplicable al presente caso, la desestimación del motivo primero del recurso interpuesto tiene su razón de ser en la debida diferenciación del tratamiento jurídico de las figuras analizadas. En este sentido, la constatación y consecuente calificación del dolo contractual hace improcedente que se entre en la valoración del supuesto del error vicio del contrato, pues el efecto de la nulidad del contrato ya se ha producido, de forma plena, con base al propio dolo contractual apreciado. De suerte, que no cabe alegar la posible culpabilidad o negligencia de la víctima del engaño en la respuesta al error provocado, sino solo su posible excepción por el carácter no esencial del mismo, o por el empleo del dolo por ambas partes contratantes» (cursiva mía; FD 2.º).

[32] *Por otro lado, supra*, [28] comenté, que De Cossío y Corral contraponen el dolo delicto civil y el dolo delicto penal. Y ciertamente, el dolo del artículo 1269 CC puede encajar en alguna figura penal, como por ejemplo en la estafa. En alguna ocasión, la Sala de lo civil del Tribunal Supremo señala que *la gran generalidad de los términos del artículo 1269 CC permite entender que, si bien no hay plena coincidencia entre el dolo del Código civil y la estafa, sí existe entre ellos sustancial conformidad*. En este sentido, por ejemplo, la STS, 1.ª, 03.02.1981, aunque, advierto, el interesado (un banco) no ejercita la acción de anulación contractual por dolo, sino que pide a la aseguradora el cumplimiento del contrato de seguro que con ella había concertado como asegurado y en garantía de un crédito del que era titular por haber prestado determinada cantidad a una empresa (la prestataria, cuyos directivos actuaron con ánimo defraudatorio al concertar el préstamo con el banco, habiendo un previo juicio penal en el que se les condenó). La compañía asegurada pretende no pagar al banco asegurado, alegando la nulidad del contrato de seguro por su conexión con el préstamo, nulo este por causa ilícita (art. 1275 CC), lo que *no admite* el Tribunal Supremo (la causa ilícita han de compartirla ambos contratantes; no residir solo en uno de ellos). De esta STS, 1.ª, 03.02.1981 doy cuenta en la siguiente letra [A].

Esta misma doctrina sobre *la gran generalidad de los términos del artículo 1269 CC y que entre el dolo civil y la estafa no hay plena coincidencia, pero sí sustancial conformidad*, se encuentra en la STS, 1.ª, 18.07.1988, que se apoya precisamente en la antes citada STS, 1.ª, 03.02.1981, reproduciendo parte de esta última. En la STS, 1.ª, 18.07.1988, antes de la venta, los vendedores llevaron a cabo en su chalé obras de albañilería y pintura para ocultar las grietas y fisuras que tenía, que se debían a la naturaleza del terreno en que aquel estaba asentado, y se consideró que actuaron con dolo. De esta otra STS, 1.ª, 18.07.1988 (Pte. Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López) doy cuenta *infra*, nota 499 b).

[A] *La STS, 1.ª, 03.02.1981 (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García)*

En esencia, el *Banco de Crédito industrial* (prestamista) celebra un contrato de préstamo con Matesa (prestatario) cuyo fin era financiar que Matesa fabricase y posteriormente exportase a otra empresa (*La Estrella Textil, S.A.*) una serie de elementos para confección de lanería de señora, cobertores y mantas para otra empresa. Hecho el préstamo, el *Banco de Crédito industrial* (asegurado) celebra con la *Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S.A.* (asegurador) un seguro de afianzamiento de crédito. Matesa no restituye el préstamo recibido y el *Banco de Crédito industrial* (le sucede la *Comisión Liquidadora de Créditos Oficiales*) pide a la *Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S.A.* el

pago de 6.350.983,20 pesetas más intereses legales. En primera instancia no se estima la demanda. En segunda instancia se estima la apelación de la *Comisión Liquidadora de Créditos Oficiales* y entre otras cosas se condena a la *Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S.A.* al pago de la cantidad antes indicada. La *Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S.A.* recurre en casación y en su muy amplio recurso, alega, entre otras cosas, que el préstamo es nulo por causa ilícita y esto afecta (se extiende) al contrato de seguro, por lo que no tendría que pagar. El Tribunal Supremo entiende que no hay causa ilícita (art. 1275 CC), pues para la misma han de compartirla ambas partes y, si bien los directivos de Matesa tenían ánimo de defraudar, no sucede lo mismo con el banco, y ese propósito defraudatorio de los directivos de Matesa puede constituir una manifestación del dolo civil del artículo 1269 CC, pero en tal caso el contrato se presupone válido, si bien puede ser impugnado (art. 1301 CC). Tras ello, el Tribunal Supremo señala que el dolo civil no tiene total coincidencia con la estafa, aunque se dé, por fuerza, una sustancial identidad.²⁹⁰

En concreto, según el Tribunal Supremo:

«la controversia ha quedado en definitiva centrada sobre dos problemas fundamentales, referido el uno a si la condena pronunciada por la jurisdicción penal contra quienes desempeñaban funciones de alta administración en la sociedad mutuataria [Matesa] como criminalmente responsables de maniobras defraudatorias urdidas para la consecución del referido préstamo vicia la radical nulidad por ilicitud de causa esta operación, con efectos anulatorios extensibles al complementario contrato de seguro y [...], cuestiones ambas que la Sala de instancia decide entendiendo que la comisión del acto punible no puede tener más trascendencia que la propia de una resolución pronunciada en la esfera repressiva, sin alcanzar al contrato de préstamo en perjuicio del mutuante (en la actualidad sustituido por la «Comisión Liquidatoria de Créditos Oficiales Exportación») tanto porque no se postula un concreto pedimento reconvenicional [por parte de *Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S.A.*], como porque la falsedad del documento relativo al contrato con el importador extranjero [*La Estrella Textil, S.A.*] no puede afectar «a quien como prestamista [*Banco de Crédito industrial*] cumplió sus obligaciones, siendo defraudado de contrario» [...]» (cdo 1.º).

«[...] que frente a la sentencia recaída en el segundo grado jurisdiccional, que revocando la apelada y estimando la demanda promovida por la Comisión Liquidadora de Créditos Oficiales a la Exportación condena a la «Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S.A.», a pagar a la demandante [*Comisión Liquidadora de Créditos Oficiales*] la cantidad reclamada, se alza el primer motivo [de casación] [...] que [...] alega violación de lo dispuesto en el artículo 1261 del Código Civil e infracción por el mismo concepto, en su negativo aspecto de inaplicación, de lo establecido en el artículo 1275 del propio Cuerpo legal, sosteniendo, en síntesis, que la señalización de la conducta de los rectores de «Matesa», como incurso en la tipología de estafa, provoca que el contrato de

²⁹⁰ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

préstamo, en cuanto encaminado finalísticamente a la comisión del fraude, carece de verdadera causa, o vendría teñido de ilicitud si la concepta [*sic*] existente; *alegación que no puede prevalecer por las siguientes razones*: Primera. El negocio de mutuo ha tenido incuestionable existencia, con desplazamiento patrimonial evidente en favor de la entidad prestataria [Matesa] y esta realidad no se destruye por la circunstancia de que hayan sido utilizados ardidés captatorios de el [*sic*; al] Banco prestamista, empleando añagazas –falsedad del documento de compra en firme– la mutuataria [Matesa], pues aun operando en el campo de la causa concreta del contrato ha de ser separado el móvil meramente individual y oculto que abriga cualquiera de los otorgantes de lo que es propiamente el vil [*sic*; fin] incorporado a la causa y como tal integrado en el acuerdo bilateral, ya que por mucho que se acentúe el aspecto o criterio subjetivista, siempre será menester, para llegar a causalizar una finalidad concreta, que el propósito de que se trata venga perseguido por ambas partes y trascienda al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo, [...], de suerte que la causa no puede ser confundida con el fin individual (mero interés o motivo) que animó a cada contratante en su proceder, y en consecuencia para que los móviles subjetivos de los otorgantes repercutan en la plenitud del negocio, como tiene previsto el ordenamiento positivo en particulares hipótesis, será necesario que tales determinaciones, conocidas por ánimos intervinientes, hayan sido elevadas a presupuesto determinante del pacto concertado, operando a manera de causa impulsiva [...], situación que en modo alguno concurre en el caso debatido, pues lejos de existir un propósito común o conjunción de voluntades entre el «Banco de Crédito Industrial» y «Matesa» para alcanzar un fin ilícito en beneficio de los dos contratantes, el ánimo defraudatorio que movió, y ocultaron a los órganos gestores de la prestataria, actuó como designio unilateral y singular en perjuicio del Banco prestamista, que en verdad realizó la prestación dineraria y, por lo tanto el desembolso de la suma de 8.7/2.000 pesetas [*sic*; 8.712.000 pesetas].- Segunda. La ilicitud de la causa aludida en el artículo 1275 del Código Civil descansa en una finalidad comercial contraria a la ley o a la moral y común a todas las partes para dar virtualidad al contrato, lo que hace irrelevantes los deseos y expectativas que impulsan a una sola de ellas, por lo que es claro que la nulidad radical ordenada en dicho precepto requiere que el negocio persiga 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 torpe del convenio, [...], exigencia de la comunidad de propósitos rotundamente impuesta por alguno de los textos de mayor prestigio en el derecho comparado, según como ejemplo puede leerse en el artículo 1345 del Código Civil italiano al declarar que «el contrato es ilícito cuando las partes se hubiesen decidido a concluirlo «exclusivamente por un motivo ilícito común a ambas» [...].- Tercera. Como ya tiene resuelto esta Sala [...], decidiendo controversias entre las mismas partes con sustancial identidad, *la condena penal impuesta a personas naturales pertenecientes a los organismos directivos de la Compañía prestataria, podrá haber afectado, como realmente afectó, al contrato de préstamo realizado entre dicha entidad y el Banco asegurado, pero nada tiene que ver a los fines de la causa con la típica y propia del contrato de seguro, que es el de que ahora se*

trata aunque aquél le sirva de obligado precedente, y por otra parte si bien el artículo 1274 [CC] no da un concepto genérico de causa en los contratos, sino específico para cada uno, del examen de todos ellos se deduce un sentido objetivo, en cuanto que viene a significar el fin que se persigue en cada hipótesis contractual, ajeno a la intención o finalmente meramente subjetiva de los contratantes, lo cual ciertamente no es incompatible con la posibilidad de que los móviles particulares puedan llegar a tener trascendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición o modo, viniendo a constituir parte de ella a manera de causa determinante o impulsiva, pero deberán ser conocidos por ambos contratantes [...] y exteriorizados o al menos relevantes, lo que lejos de acontecer en el supuesto enjuiciado ocurre que la conducta de la prestataria [Matesa], informada por un propósito defraudatorio, es totalmente ajena a la otra parte [Banco de Crédito industrial] y nunca puede constituir causa del contrato, máximo cuando se oculta aquel fin para compeler al Banco a contratar, con lo que esa ilicitud podrá constituir una manifestación de dolo civil del artículo 1269 del Código sustantivo, que presupone un negocio válido aunque privable de eficacia si acreditado suficientemente el vicio se utiliza la acción concedida en el artículo 1301, todo lo cual no varía por el hecho de que tal móvil y conducta sean delictivos e incluso sancionados por una sentencia firme, realidad que servirá tan sólo para justificar, en cuanto constatación fáctica, la existencia del dolo a los efectos de la impugnación, que por lo demás en la situación debatida ni siquiera se ha intentado entablando la acción correspondiente» (cursiva mía; cdo 2.º).

[...] que el dolo «causa dans» o «in contrahendo», determinante de la celebración del negocio jurídico, cuyo elemento objetivo es un comportamiento engañoso informado por el «animus decipiendi» de lograr la declaración mediante el artificio utilizado, lo hace consistir el artículo 1269 del Código Civil, en términos de gran generalidad, en el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno los contratantes induciendo al otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho, concepto en el que caben toda suerte de astucias para conseguir el resultado falaz (sentencia de 22 de marzo de [...] 1924²⁹¹ y 28

²⁹¹ En dicha STS 22.03.1924 (Pte. Excmo. Sr. D. Mariano Avellón) se conoce, en esencia, de la impugnación por parte de Salvador (cesionario) de un contrato de cesión (o venta) de permiso (o concesión) de exportación de 50.000 kilogramos de aceite de oliva por la cantidad de 27.500 pesetas, que Salvador celebró el 01.09.1919 con Francisco (cedente). Según Salvador, el 14.07.1919, Arturo obtiene concesión para exportar 200.000 kilogramos de aceite de oliva para la Aduana de Málaga con un plazo de sesenta días y a la Junta de Subsistencia de Almería para el consumo de dicha provincia se le adjudica el depósito del 50% de la concesión (100.000 kilogramos), a cuya entrega Arturo se niega, quien solicita prórroga de la vigencia de la concesión, lo que se le deniega al haberse negado a la entrega del anterior depósito. Salvador (cesionario) demanda a Francisco (cedente) y pide la nulidad del contrato, alegando como fundamento de derecho los artículos 1269, 1270, 1274, 1275, 1276 y 1278 CC y el artículo 13 de la Ley de 23.07.1908. En primera instancia se declara nulo el contrato celebrado entre Salvador y Francisco, pero en segunda instancia se revoca la sentencia de primera instancia, absolviéndose a Francisco. Salvador interpone recurso de casación y alega, entre otros motivos, la infracción de los artículos 1261.1.º y 1266 CC (motivo 5.º) y la de los artículos 1269 y 1270 CC (el dolo fue grave; motivo 8.º). El Tribunal Supremo no casa. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

Según el Tribunal Supremo *no hubo error*, porque no puede presumirse que Salvador fuera inexperto en asuntos de su profesión, y *no hubo dolo grave*, pues el dolo no fue probado. En concreto:

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

de febrero de 1969 [que extracto *infra*, [62] [A)], por lo que es manifiesto que así entendido, aun no existiendo total coincidencia entre el fraude civil o dolo y la figura punible de la estafa, por fuerza ha de darse entre uno y otra «una sustancial conformidad», como tiene declarado la sentencia de 25 de octubre de 1928²⁹²

«[...] tampoco adolece el contrato de autos del vicio de nulidad por existencia de error en el consentimiento, y dolo grave, como supone el recurrente [Salvador], pues, como dice la Sala sentenciadora, no es racional presumir en un industrial como [...] Lara [Salvador] la inexperiencia en asuntos de su profesión que el supuesto error implica, y porque este Tribunal, en reiteradas sentencias, sienta la doctrina de que para apreciar el error en la sustancia es necesario que él creyese al contratar que la materia del contrato versaba sobre un objeto determinado, y, sin embargo, el contrato se formalizó sobre otro de materia distinta; y tampoco existe el dolo grave, porque no hubo ni se probó la astucia, mentira o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro, ni sugestión ni artificio para inducir a error; razones que obligan a desestimar los motivos [...] quinto [...] y octavo del recurso» (cdo 5.º).

²⁹² En dicha *STS 25.10.1928 (Pte. Excmo. Sr. D. Diego Medina)* se conoce de la impugnación por Elvira del testamento otorgado por Nicolás (Elvira era sobrina de Nicolás) el 11.04.1911 en el que instituye a Justo, cura párraco del lugar en que Nicolás vivía (Serna), heredero único y le nombra albacea, por dolo o fraude (art. 673 CC), además de por otras alegaciones. Este testamento revoca el anterior testamento de Nicolás de 04.05.1905 en el que legaba a Elvira una casa y a su hermana otra casa, ambas en Serna, y en el que expresaba que «que si no otorgase nuevo testamento, se entenderían también instituidas en el resto de la herencia, a iguales partes y como únicas y universales herederas». En primera y en segunda instancia se estima la demanda de Elvira, y Justo interpone recurso de casación en el que, entre otras cosas, alega aplicación indebida del artículo 673 CC. El Tribunal Supremo entiende que Nicolás otorgó libremente su testamento de 11.04.1911, y no hubo dolo o fraude, por lo que casa. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

En lo que interesa, en esta *STS 25.10.1928* se dice: «[...] que el acto doloso está caracterizado por ser producto de astucia, maquinación o artificio empleados para engañar a la persona que lo realice por otra a quien pueda beneficiar el fin propuesto y con tan injusto procedimiento conseguir; es, por tanto, producto de un engaño o resultado de falta de verdad empleado por quien se proponga, y lo haya así conseguido, frustrar la ley o privar de derechos que de la misma se derivan, realizando un fraude con la consiguiente existencia de perjuicios apreciados; y así entendido el dolo, como para los contratos aparece definido en el artículo 1269 del Código civil, sustancialmente conforme con la que del fraude contienen las leyes penales, es evidente que no se puede estimar que concurriera en el acto del otorgamiento de [...] Nicolás [...] porque todos y cada uno de los elementos de la prueba que analiza y estima demostrados la sentencia recurrida, tiende a deducir, que dichos señor se hallaba cuando otorgo el discutido testamento de 11 de Abril de 1915 en estado patológico, cuya científica o vulgar definición no se concreta en la sentencia, aunque se afirma meramente el de la senilidad del que se juzga inherente, esto es, tan unido por naturaleza al de demencia que no se podría separar, caso que lo fuera, como ya sea demostrado, lo erróneo de este criterio, así en el orden científico como en el legal, y en la sentencia no se hace afirmación alguna de que [...] Justo [...] realizara hechos que tuvieran por objeto captar dolosamente la voluntad de [...] Nicolás [...], para que éste otorgase su testamento de 11 de abril de 1915, es indudable la necesidad jurídica de considerar que fue este acto producto de la libre y espontánea voluntad del testador, imposible de estimarlo comprendido entre aquellos cuya nulidad declara el artículo 673 del vigente Código civil, porque las leyes protegen siempre la validez de los testamentos cuando esta clase de documentos aparecen otorgados en forma y con las solemnidades que las mismas exigen, y esta presunción de validez constituye, además, una ofrenda al principio de la libertad de testar, máxime si se trata de quien, como [...] Nicolás [...], carece de herederos necesarios y al ejercitar el derecho de testar no se puede entender que causara agravio al ajeno derecho ni a sentimientos morales de clase alguna, por muy significados que se pretenda estimarlos de afectación familiar, contradictorios de una voluntad solemnemente expresada con todos los requisitos que la ley previene, contra la que no deben prevalecer la más o menos fundadas apariencias de captación de la voluntad, que tan poca consistencia pueden tener respecto a la de un testador, que repetidamente reveló el propósito y deseo de favorecer con su herencia a personas que voluntariamente aceptasen la obligación de cuidarle y atenderle durante el resto de sus días, situación de cuidado y asistencia que no concurría, según declara la misma sentencia, en quien ha impugnado la validez de dicha postrimera voluntad;

y no deja de señalar la doctrina de los autores²⁹³; amplitud de la noción que viene impuesta por los antecedentes históricos, según puede verse en la definición romana («Labeonis definitio vera est») del «dolum malum» como «toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro» («esse omnem callidatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam», D. IV, III, 1, 2 [que transcribo *supra*, [12] primera [A]), que ha pasado a las Partidas como «mal engaño que hacen

y por todas las consideraciones que preceden, deber ser estimados lo motivos de agravio a la ley que sucintamente enumera en el motivo primero el recurso interpuesto a nombre de [...] Justo [...]» (cursiva mía; cdo 5.º).

²⁹³ a) Efectivamente, *situándose desde el derecho civil*, en la doctrina de los autores se ha señalado que el dolo del Código civil tiene un campo de actuación más amplio que la estafa. Por ejemplo, para ESPÍN CÁNOVAS, en 1979: «El dolo puede también constituir delito penal. Como delito penal constituye la estafa, entre cuyas manifestaciones típicas figura la defraudación usando nombre fingido, atribuyéndose cualidades supuestas, aparentando negociaciones imaginarias (art. 529, núm. 1, Código penal). Estas manifestaciones penales pueden integrar cuando se emplean en la celebración del contrato el dolo vicio del consentimiento. Pero éste es más amplio que aquél y puede existir sin ocasionar responsabilidad penal. Por esto también constituye dolo cualquier engaño (por ejemplo, sobre una cualidad importante de la cosa) que induzca a consentir el negocio, con independencia de si constituye delito. Incluso, la reticencia o silencio puede en algún caso ser constitutivo de dolo según las circunstancias concurrentes, si debe estimarse que el que guarda silencio debía haber informado honestamente al que por desconocimiento de las verdaderas circunstancias se engaña» [(1979) pp. 463-464].

Y en 1901, MANRESA Y NAVARRO apuntaba que el engaño del dolo puede adoptar «las mil formas», no siendo necesario que constituyan estafa, ni que entren en otro concepto de «la esfera propia del Código penal» (transcribo el texto del autor *supra*, [17] [A]).

b) *Actualmente*, los artículos 248 a 251 bis CP regulan la estafa. En lo que ahora interesa, según el artículo 248.I CP: «Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno».

Situado desde la perspectiva del derecho penal, GONZÁLEZ CUSSAC considera que, «[e]n la práctica, el problema que más preocupa es el de trazar la línea divisoria entre el fraude, constitutivo de estafa, y el simple ilícito civil (*engaño y dolo in contrahendo* [esta cursiva, negrita en el original]). El concepto y los efectos del dolo, como vicio del consentimiento en los contratos, se hallan regulados en los artículos 1265, 1269 y 1270 del Código Civil. Pero la distinción entre dolo civil y engaño (estafa) no es sencilla, por ejemplo, en hipótesis donde el engaño nace durante la ejecución del contrato (STS 83/2022, de 27 de enero [...]). Para algunos autores, ha de efectuarse atendiendo a la calidad del engaño. Así, para la existencia del delito de estafa se precisa el uso de nombre o cualidades falsas; o el empleo de maniobras fraudulentas (la doctrina francesa de la «*mise en scènes*»). Sin embargo, ni del texto del Código Civil ni del tenor del Código Penal cabe extraer ningún criterio cualitativo que permita diferenciar el engaño fraudulento del dolo contractual. En consecuencia, el *dolo «in contrahendo»* es fácilmente convertirlo en delito con tal de que concurran los demás elementos estructurales del delito de estafa./ Así pues, la línea divisoria entre la estafa y el ilícito civil, determinante de la nulidad del contrato, radica en la existencia o inexistencia de perjuicio logrado o intentado. En definitiva, en la práctica, en numerosas ocasiones, la conducta resultará calificada de estafa o estimada solo como civilmente ilícita, en función de la vía procesal elegida por el perjudicado [(2022) p. 429; *vid.* además p. 432; para la estafa genérica del art. 248.I CP, pp. 423-434].

c) Más allá de lo anterior y pensando en la persona mayor vulnerable por razón de su edad sobre la que se ejerce violencia económica, JERICÓ OJER señala, que «[e]l CP no recoge una formulación expresa de lo que es violencia económica y tampoco de la influencia indebida, pero partiendo sistemáticamente de esa referencia a la influencia indebida como aprovechamiento que realiza el autor de una situación de dominio sobre la víctima para obtener un beneficio económico, podríamos considerar que se traduce en la comisión [*sic*; de] infracciones penales contra el patrimonio, siendo los casos más frecuentes el delito de hurto (arts. 234 y ss. CP), estafa (arts. 248 y ss. CP) y la apropiación indebida (arts. 253 y ss. CP)» [(2021) p. 129; *vid.*, pp. 120-129, en especial a partir de la p. 126].

algunos ornes los unos a los otros por palabras mentirosas o encubiertas e coloradas que dicen con intención de los de recibir» (Partida Séptima, título dieciséis, ley primaria [que transcribo *supra*, [11] [A]») (cursiva mía; cdo 3.º).

«[...] a la vista de lo expuesto *nada impide que el dolo, como vicio de la voluntad negocial, venga determinado por una conducta insidiosa o maquinación maliciosa induciendo a la declaración, con la gravedad exigida en el artículo 1270 del Código Civil, que integre alguno de los tipos recogidos en el Código Penal como estafa*, antes bien ya en la legislación alfonsina son referidos como casos de «*dolus malus*» (Leyes séptima, octava, novena, décima y decimotercera, de la Partida y títulos citados) actividades que al presente tienen las notas de defraudaciones punibles; todo lo cual conduce a la repulsa del motivo segundo del recurso [de casación], basado en infracción, por violación del artículo 6.º, párrafo tres, del Código Civil, en relación con los artículos 1261 y 1265, asimismo violados en criterio de la parte recurrente [*Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S.A.*], pues el hecho de que la maniobra dolosa utilizada por los rectores de «*Matesa*» para alcanzar la celebración del contrato de préstamo y la consiguiente entrega del numerario haya revestido naturaleza penal, con la sanción de tal conducta por la jurisdicción represiva, no significa que el negocio de mutuo haya sido celebrado con vulneración de normas imperativas, ni que esté radicalmente destruido por nulidad plena o que carezca de alguno de los elementos constitutivos, sino que se seguirán las consecuencias propias de todo negocio celebrado por dolo, anulable a voluntad de quien lo sufrió, tal como preceptúan los artículos 300 [*sic*; 1300] y siguientes del Código Civil» (cdo 4.º).

3.4 Los requisitos del dolo

A) Una breve y básica síntesis

[33] Los requisitos del dolo deben existir *en el momento de la celebración del contrato*.

Además de la antijuridicidad (ilicitud; *supra*, [28] y [29]), el dolo requiere una *intención o consciencia* del sujeto que lo lleva a cabo (elemento *intencional* o *sujetivo*), y puede *materializarse mediante actos u omisiones* (elemento *material* u *objetivo*). Si con ello, el contratante que actúa con dolo *logra captar la voluntad del otro*, pues este último celebra el contrato y *no lo hubiera celebrado sin la existencia del dolo*, se cumple con el *nexo causal* para el *dolo causal* (o *dolo principal*, o *dolo causante*), dolo que permite al contratante, que lo padeció, anular el contrato. En cambio, si la captación de la voluntad del otro contratante se limita a que este *sí que hubiera celebrado el contrato, pero, lo hubiera hecho en diferentes condiciones contractuales*, el dolo se ca-

lífica de *incidental* (o incidente; nexo causal) y permitirá exigir la oportuna indemnización de daños y perjuicios.

Para poder *anular* el contrato (un posible efecto del dolo causal), el Código civil exige, además, que el dolo sea *grave* y *no haber sido empleado por ambas partes contratantes*. El dolo (causal o incidental) ha de haberlo realizado el (o serle imputable al) *otro* contratante. Esto es, el dolo debe ser *de parte*, no de tercero.

Finalmente, el dolo que permite anular el contrato *no requiere, que el contratante que lo padeció sufra daño (perjuicio) o/y lesión* (art. 1300 CC; cfr. art. 1293 CC).

Y más allá de lo anterior, el dolo debe probarlo, el que lo alegue.

B) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

[34] *En múltiples ocasiones*, el Tribunal Supremo recuerda cuáles son los requisitos del dolo causal. Pueden distinguirse dos grupos de sentencias. *En uno*, el Tribunal Supremo recoge *de modo detallado* los requisitos del dolo, lo que recuerda la enumeración recogida, en su día, por De Castro y Bravo en su obra *El negocio jurídico*. *En el otro grupo*, el Tribunal Supremo lleva a cabo una enumeración *menor* de los requisitos del dolo, limitándose a apuntar, en esencia, los elementos subjetivo y objetivo del dolo. *Como ejemplos* para el primer grupo de sentencias voy a referirme a las *STS, 1.ª, 29.03.1994* y *STS, 1.ª, 26.03.2009*, y después, a De Castro y Bravo. *Como ejemplo* para el segundo grupo de sentencias, me centro en la *STS, 1.ª, 01.10.1986*. Procedo de inmediato.

[A] *La enumeración y explicación amplia de los requisitos del dolo por la jurisprudencia y por De Castro y Bravo*

[A.1] *La STS, 1.ª, 29.03.1994 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda)*

En síntesis, Enrique (comprador) compra a Emilio (vendedor) un furgón frigorífico semirremolque (usado). *Según Enrique*, el vendedor Emilio le declaró que el furgón contaba con toda la documentación y tenía los requisitos necesarios para su inmediato uso, pero este no contaba con la imprescindible tarjeta de transporte. El vendedor Emilio demanda al comprador Enrique y pide su condena y la de su esposa al pago de 3.896.435 pesetas e intereses legales. Al contestar a la demanda, el comprador Enrique pide su desestimación «por nulidad del contrato en que se funda por vicio del consentimiento». En primera y segunda instancia se estima la demanda del vendedor Emilio. *Según la Audiencia*, no podía pensarse que dicha tarjeta de transporte se incluyera en el contrato, además de que no se probó que la tarjeta de transporte fuera administrativamente necesaria para que el furgón circularse al ser un semirremolque. El comprador Enrique re-

curre en casación y alega aplicación indebida del artículo 1261.1.º CC (motivo 3.º), aclarando el Tribunal Supremo que la alegada aplicación indebida lo hace el comprador Enrique «sin citar ninguno de los preceptos de este cuerpo legal [Código civil] que regulan tal vicio del consentimiento, [y] se aduce la existencia de dolo por parte del vendedor [Emilio] y, en caso de que no se admita su existencia, se aprecie la existencia de error recayente sobre el objeto del contrato que invalida el consentimiento, citando los arts. 1265 y 1266 de dicho Código» (FD 1.º). El Tribunal Supremo no casa.²⁹⁴

Para los requisitos del dolo, el Tribunal Supremo explica:

«Definido el dolo en el art. 1269 del Código Civil como vicio del consentimiento contractual, comprensivo no sólo de la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, tal concepto legal exige la concurrencia de dos requisitos: El empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que puede consistir tanto en una actuación positiva como en una abstención u omisión, y la inducción que tal comportamiento ejerce la voluntad [sic; sobre la voluntad] de la otra parte para determinarle a realizar el negocio que de otra forma no hubiera realizado, y en este sentido se pronuncia unánime la Jurisprudencia de esta Sala cuya Sentencia de 22 de enero de 1988 afirma que «partiendo de que el dolo no se presume y debe ser acreditado por quien lo alega, no pudiendo admitirse por meras conjeturas o deducciones, y aunque el Código Civil no dice qué se entiende por él ni cuáles son las características de la conducta dolosa, toda vez que se limita a definir el que vicia el contrato señalando algunas formas de manifestación dolosa, los requisitos comúnmente exigidos por la doctrina científica son los siguientes: a) Una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas; b) Que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia; d) Que sea grave si se trata de anular el contrato; y e) Que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes» (cur-siva mía; FD 1.º).

[A.2] *La STS, 1.ª, 26.03.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta)*

Brevemente, el 11.10.2001, Millán vende a Luis Pedro un kiosko bar con derecho de uso y disfrute de la concesión de una terraza (quedaban 24 años de disfrute). Sin embargo, el vendedor Millán oculta al comprador Luis Pedro que, de oficio, se había iniciado un expediente administrativo de recuperación posesoria de la finca por encontrarse esta en dominio público marítimo-terrestre y ocuparse sin el debido título administrativo. El comprador Luis Pedro demanda al vendedor Millán y pide, entre otras cosas y como petición principal, la nulidad de la venta. El vendedor Millán reconviene y pide, entre otras cosas, la resolución

²⁹⁴ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

de la compraventa por incumplimiento del comprador Luis Pedro del pago del precio. En primera instancia se desestima la demanda del comprador Luis Pedro y estima la reconvencción del vendedor Millán. En segunda instancia se estima la demanda del comprador Luis Pedro y se declara la nulidad de la compraventa por el dolo de Millán que sabía de la actuación administrativa de recuperación del espacio ocupado por el kiosko bar, lo que Luis Pedro desconocía al celebrar la compraventa y de lo que no fue informado. El vendedor Millán recurre en casación por entender que no actuó con dolo (alega que «faltó en su conducta el elemento objetivo y subjetivo del dolo por no haber ni ocultación insidiosa ni «animus decipiendi», sin tratarse tampoco de dolo grave «causam dans»» (FD 2.º). El Tribunal Supremo, que entiende que Millán sí actuó con dolo, no casa²⁹⁵.

Sobre la explicación y enumeración amplia de los requisitos del dolo, el Tribunal Supremo dice:

«El dolo regulado en los artículos 1269 y 1270 del Código Civil exige, como reiteradamente ha señalado esta Sala –Sentencias, entre otras de 11 y 12 de junio de 2003– dos elementos: uno, el empleo de maquinaciones engañosas, o conducta insidiosa del sujeto que lo causa, que tanto puede consistir en acciones como en omisiones; y otro, la inducción producida por las maniobras dolosas sobre la voluntad de la otra parte, en términos tales que la determina a celebrar el negocio. El dolo no se presume, sino que debe ser acreditado por quien lo alega, no pudiendo admitirse por meras conjeturas o deducciones, y aunque el Código Civil no dice qué entiende por él ni cuáles son las características de la conducta dolosa, toda vez que se limita a definir el que vicia el contrato señalando algunas formas de manifestación dolosa, los requisitos comúnmente exigidos por la doctrina científica son: a) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la reclamación [sic, declaración] negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas. b) que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia. c) que sea grave si se trata de anular el contrato. d) que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes. –Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Marzo de 1994 [que extracto en la anterior [A.1]–. Además, el dolo principal o causante no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alegue –Sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 28 de Febrero de 1961– no bastando al efecto meras conjeturas –Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Mayo de 1945–.

[...].

Procede insistir también en la exigencia de que la conducta dolosa sea probada inequívocamente, sin que a tales fines basten meras conjeturas o indicios –Sentencias de 13 de mayo de 1991 y 23 de junio y 29 de marzo de 1994–. Ahora bien, también ha tenido ocasión esta Sala de precisar –Sentencias, entre otras, de 12 de junio de 2003– que «la apreciación de la existencia de hechos determinantes de vicios del consentimiento, dada su naturaleza de cuestión fáctica, es de

²⁹⁵ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

la exclusiva competencia de los Tribunales de instancia, cuya conclusión probatoria ha de mantenerse invariable en casación, si la misma no resulta desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello», de tal suerte que el Tribunal de Casación sólo le cabe valorar jurídicamente los hechos que constituyen el aspecto externo del dolo, siendo necesario que los mismos consten debidamente acreditados en autos» (cursiva mía; FD 2.º)²⁹⁶.

[A.3] Por último, según De Castro y Bravo:

«El dolo, para que llegue a considerarse viciado el negocio, habrá de reunir notas que se refieran a: unas, a la conducta de quien impulsó a la declaración, y otras, a lo viciada que por ella resulte la voluntad de quien declara. En efecto, para que se pueda apreciar el dolo se requiere: 1.º *Una conducta insidiosa; es decir, una actuación intencionada y dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas.* 2.º *Que la voluntad del declarante quede viciada; o sea, que la declaración no se haya emitido con la natural libertad y conocimiento, sino que se ha producido a causa de un engaño, coacción u otra insidiosa influencia.* 3.º *Que dicha conducta insidiosa sea la determinante de la declaración; por lo que se viene calificando al dolo que vicia el contrato de «dolus causam dans».* 4.º *Que el dolo sea grave; esa nota, con la que se delimita el ámbito del vicio, conforme a la prudencia y a los usos, se ha de aplicar tanto a la determinación de cuándo la conducta es insidiosa, como la de en qué casos la voluntad ha de entenderse viciada.* 5.º *Respecto de los contratos, hay dos notas de carácter negativo: no se atiende al dolo cuando éste es causado por un tercero (art. 1269, y art. 1268 a contrario); no se tiene en cuenta al dolo cuando éste ha sido empleado por las dos partes contratantes (art. 1270, pár. 1)»* (cursiva mía)²⁹⁷.

[B] *La enumeración más reducida de los requisitos del dolo por la jurisprudencia*

[B.1] *La STS, 1.ª, 01.10.1986 (Pte. Excmo. Sr. D. Matias Malpica González Elipe)*

En esencia, el vendedor Ismael vende al comprador Blas un terreno con casa, silenciando que la finca, según un Plan Parcial, se destinaba a Centro de enseñanza general básica y había sido objeto de reparcelación (hubo dolo omisivo). El comprador Blas demanda al vendedor Ismael y solicita, entre otras cosas, la declaración de nulidad de la compraventa e indemnización de daños. El vendedor Ismael reconviene y pide, entre otras cosas, la resolución del contrato por incumplimiento del pago del precio aun no pagado. En primera instancia se desestima la demanda del comprador Blas y estima la reconvenición del vendedor Ismael. En

²⁹⁶ Otras sentencias que detallan de modo similar los requisitos del dolo son, *por ejemplo*, las STS, 1.ª, 11.05.1993 (FD 3.º; *infra*, [49] [C]), STS, 1.ª, 11.06.2003 (FD 2.º), STS, 1.ª, 12.06.2003 (FD 4.º), STS, 1.ª, 11.07.2007 (FD 1.º), STS, 1.ª, 01.06.2016 (FD 2.º 6) y STS, 1.ª, 05.07.2016 (FD 4.º; *infra*, [103] [A]). Extracto todas estas sentencias *infra*, en el Anexo de sentencias.

²⁹⁷ DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 200, pp. 150-151.

segunda instancia se declara la nulidad de la compraventa y desestima la reconvencción del vendedor Ismael. Este último recurre en casación y alega, entre otros motivos, infracción del artículo 62 LS (motivo 1.º) y de la doctrina legal «por error de derecho en la apreciación de la prueba», «pues el dolo que vicia el consentimiento de los contratos no se presume nunca, sino que ha de probarse» (motivo 4.º) y el comprador Blas no propuso prueba «para acreditar la existencia o actuación insidiosa en el actuar previo a la celebración del contrato». El Tribunal Supremo, que entiende que hubo dolo del vendedor Ismael, no casa²⁹⁸.

En lo que ahora interesa, la explicación de los elementos objetivo (o material) y subjetivo (o intencional) del dolo, el Tribunal Supremo manifiesta:

«y es que los hechos determinantes de la existencia de dolo, no fueron atacados [...] como supuesto error de hecho y no lo fueron en forma correcta como declaramos merced a haberlo sido por error de derecho, lo que en esta inteligencia, dejan las premisas sentadas por la Sala «a quo», la vía expedita para poder obtener las consecuencias jurídicas que deduce la sentencia al decir *que el dolo* «no implica precisamente la intención deliberada de ocasionar perjuicios a la otra parte, sino que *nace de la conjunción de dos elementos: el empleo de maquinaciones engañosas (que pueden perfectamente consistir en un comportamiento negativo o en una abstención de obrar o dar a conocer algún hecho) y la inducción que esos comportamientos ejercen sobre la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio, de manera que pueda racionalmente presumirse que, de no existir el comportamiento doloso del vendedor, el comprador no hubiese efectuado la operación*», razonamiento éste, que se inscribe en la doctrina de esta Sala [...]» (cursiva mía; FD 3.º)²⁹⁹.

3.5 El dolo ha de existir en el momento de la celebración del contrato

A) La doctrina de los autores

[35] Dado que el dolo es vicio que afecta al consentimiento contractual (art. 1261.1.º CC), es lógico que los autores no discutan acerca de que, aquel haya de existir cuando la celebración del contrato (art. 1265 CC)³⁰⁰.

²⁹⁸ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

²⁹⁹ En los puntos suspensivos se citan a las STS 06.06.1953, STS 07.01.1961, STS 20.01.1964, STS 26.10.1981, y STS 23.10.1984.

Doy cuenta de esta STS, 1.º, 01.10.1986, *infra*, nota 819, al ocuparme del artículo 62 TRLS y la presunción de dolo.

³⁰⁰ *Por ejemplo*, ya al poco de la vigencia del Código civil, según MANRESA Y NAVARRO: «No es la primera vez que nos ocupamos del dolo con referencia á las obligaciones; comentando el art. 1102, expusimos el concepto de dolo que se comente en el cumplimiento de las obligaciones é indicamos el de aquel [otro dolo] que concurre en el origen de las mismas, en la celebración de los contratos, el cual es el asunto propio de los preceptos que comentamos [arts. 1269 y 1270 CC]. [...] Tenemos, por tanto y ante todo, una distinción bien clara entre el dolo, que es asunto del art. 1102, y éste de que ahora tratamos [el de los arts. 1269 y 1270 CC]; distinción que se determina por el momento en que concurre, *pues éste de que*

B) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

[36] Sobre el presente requisito del dolo y *a modo de mero ejemplo*, voy a referirme a las STS, 1.ª, 26.04.1940, STS, 1.ª, 27.01.1988, STS, 1.ª, 11.06.2003 (en esta se hace referencia a la anterior de 1940), STS, 1.ª, 11.12.2006 y STS, 1.ª, 05.05.2009.

En la STS, 1.ª, 27.01.1988 se conoce de la venta de 250 acciones de una sociedad dedicada, *de hecho*, a la explotación de una discoteca. El comprador paga 8.000.000 millones de pesetas (parte del precio) y suspende el pago del resto, y demanda a los vendedores, pidiendo la nulidad (anulabilidad) del contrato por error suyo y dolo de los vendedores. *Según el comprador y en lo que interesa*, los vendedores le afirmaron que la discoteca había dado el último año beneficios en más de catorce millones de pesetas, lo que le llevó a aceptar como precio de venta de las acciones el de trece millones de pesetas, pero, cuando entra en la explotación y gestión de la discoteca, resulta que esta tenía cuantiosas pérdidas y deudas. El Tribunal Supremo considera que no hubo error, ni dolo, pues el comprador comprobó con sus propios medios (no por información proveniente de los vendedores) la rentabilidad de la discoteca, además de que la conducta que llevó a la subasta de la discoteca no es atribuible al periodo de actividad de los vendedores, *sino a hechos ocurridos después de la compraventa y en ningún modo imputables a los vendedores*. Realmente se trata de expectativas frustradas del comprador, además de que este ni probó, ni intentó probar que el origen de la actividad fuera con anterioridad al contrato.

En la STS, 1.ª, 11.06.2003 se conoce de dos contratos de renta vitalicia, pretendiendo la rentista (la madre) anular el contrato por dolo de su hijo (asimismo, alega intimidación de su hijo). El Tribunal Supremo apunta, entre otras cosas, que el deudor de la renta (el hijo) deja de pagar *después* de su constitución, lo que es hecho *posterior* a la celebración del contrato y el dolo ha de existir cuando el mismo se celebra, no estimando que hubiere existido dolo del hijo. En esta STS, 1.ª, 11.06.2003 se cita, *como apoyo de la anterior doctrina*, a la STS 26.04.1940, en la que efectivamente se afirma que el dolo debe apreciarse al tiempo de la celebración del contrato, *sin que los actos posteriores debidos a causas posteriores puedan demostrar la existencia de dolo*.

En la STS, 1.ª, 11.12.2006 también se destaca que el dolo debe existir en el momento de perfección del contrato. Aquí, el vendedor ocultó al comprador no ser propietario del sótano que le vende, ya que, la persona que a él se lo

hablamos aquí ha de ser anterior ó simultáneo al consentimiento, nunca posterior á la perfección del contrato que por aquél se verifica» [cursiva mía; «Artículos 1269 y 1270» (1901) pp. 622-623].

vendió, carecía de poder para la venta, y hace creer a sus compradores que el pleito lo tenía ganado, ocultando la resolución judicial desfavorable.

Y en la última sentencia, la STS, 1.ª, 05.05.2009, frente a la alegación de la vendedora de que sentencia impugnada deducía su dolo de hechos posteriores a la firma de las dos escrituras públicas y el dolo solo puede apreciarse por razones o causas existentes al celebrar el contrato, el Tribunal Supremo considera indiscutible, dada la situación fáctica apreciada en la instancia, que el vicio de la compradora existió cuando se perfeccionó el contrato. La compradora adquirió la finca con la finalidad de construir en ella y explotar una estación de servicios y en la escritura de compraventa se decía, entre otras cosas, que tenía determinada superficie mínima, lo que no era verdad, pues, después de la celebración de la compraventa e iniciadas las obras de construcción, la compradora hubo de paralizarlas porque unos linderos los discutían terceros y porque a la finca se le superponía en más de la mitad de su extensión otra finca *pro indiviso* y con dos de sus copropietarios no se logró un acuerdo.

De las citadas en cuarto y quinto lugar, esto es, de las STS, 1.ª, 11.12.2006 y STS, 1.ª, 05.05.2009, me ocupo *infra*, [55] [A.1] y [55] [B.1], respectivamente. Ahora, expongo las otras tres sentencias.

[A] *La STS 26.04.1940 (no consta el ponente en el documento que maneja del Repertorio de jurisprudencia Aranzadi)*

En síntesis, A.D. pide a la sociedad *Fomento de la vivienda X* un anticipo de 50.000 pesetas a cuenta de unos terrenos que A.D. vendía a la sociedad *Cooperativa de Casas Baratas Z*, accediendo *Fomento de la vivienda X* y estableciéndose que, en su día, *Fomento de la vivienda X* retendría la suma de 50.000 pesetas del precio de la venta de los terrenos que A.D. concertaba con la *Cooperativa de Casas Baratas Z*. *Fomento de la vivienda X* demanda a A.D. y le reclama el pago de las 50.000 pesetas. A.D. reconviene y pide la nulidad del contrato. En segunda instancia se considera válido y eficaz el contrato y se desestima la reconvencción y se condena a A.D. Este último interpone recurso en casación y alega, entre otros, infracción de los artículos 1269 y 1270 CC, al haber celebrado el contrato por dolo de la sociedad *Fomento de la vivienda X*. El Tribunal Supremo lo desestima, pues A.D. no ha probado que hubiera habido dolo de *Fomento de la vivienda X*, siendo A.D. el que tomó la iniciativa del contrato, el cual deseaba por su conveniencia y solicitó; además, el dolo que ha de existir cuando se celebra el contrato³⁰¹.

Según el Tribunal Supremo:

«Que el primer motivo del recurso atribuye a la Sala sentenciadora haber infringido los artículos 1865 [*sic*; 1265], 1269, 1270 y 1282 del Código Civil, al estimar válido y eficaz el contrato privado celebrado el 12 de junio de 1929 entre

³⁰¹ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

el demandado [A.D.] y el Gerente de la Sociedad actora, pues tal contrato a juicio del recurrente [A.D.] debe ser estimado nulo por haber mediado dolo imputable a dicha Sociedad actora «Fomento de la Vivienda X»» (cdo 1.º)

«*Que la existencia del dolo no se presume, sino que ha de ser probado por quien la alega* [esta cursiva mía], y en este caso, no sólo no se ha probado, sino que los hechos expuestos o reconocidos por el recurrente [A.D.] llevan a la conclusión contraria, puesto que de ellos resulta que el demandado [A.D.] pidió a la Cooperativa de Casas Baratas Z, un anticipo del precio de los terrenos que trataba de venderle, que también le pidió a la sociedad constructora P. C, y ésta, excusándose de hacer la entrega, trató de obtenerla de la Sociedad «Fomento de la Vivienda X», la cual se avino a satisfacer los deseos de aquél [A.D.], llegándose a este efecto, al otorgamiento del mencionado contrato privado de 12 de junio de 1929, en el que, de acuerdo con el sentido que se desprende de los hechos expuestos, se expresa que, conviniendo al propietario de los terrenos [A.D.], realizar una operación de anticipo con la Sociedad actora «Fomento de la vivienda X», accede [esta] a adelantar a aquel la suma de cincuenta mil pesetas, y si, como se vé, la iniciativa de tal operación ha partido del demandado [A.D.] que por su propia conveniencia la deseaba y la solicitó, y si la Sociedad «Fomento de la Vivienda X», al entregarle la referida suma, accede a sus deseos, es manifiesto que el consentimiento que el demandado [A.D.] prestare, no fue obtenido por medios falaces ni la Sociedad actora [Fomento de la Vivienda X] tuvo que emplear ningún género de artificios o maquinaciones insidiosas para seducir o captar una voluntad que obraba por propio deseo con anterioridad manifestado» (salvo indicación mía, el resto de la cursiva del original; cdo 2.º).

«Que la existencia de las negociaciones entre la mencionada Cooperativa [de Casas Baratas Z] y el «Fomento de la Vivienda X» a que alude el referido contrato y la concesión de ellas con el anticipo realizado no suponen en la Sociedad actora [Fomento de la Vivienda X] intención fraudulenta de tramas o simulaciones para conseguir que el anticipo se realizara, pues no se concibe que tuviera tan vivo deseo de desprenderse de la referida suma de cincuenta mil pesetas, y por otra parte, teniendo interés dicha Sociedad [Fomento de la Vivienda X] en que las gestiones se llevaran a feliz término ya que ello habría de producirle importante lucro, según el recurrente [A.D.] expone, hay que suponer que no obraba entonces fraudulentamente sino que tenía realmente propósito de facilitar tal resultado obrando en su propio interés, sin que los actos posteriores determinados por razones o causas también posteriores puedan ser demostrativos de la existencia de un dolo que solo puede apreciarse con referencia al tiempo de la celebración del contrato para que se produzca la nulidad de éste, de todo lo cual y de lo expuesto en el Considerando anterior se deduce que la Sala sentenciadora no ha infringido los artículos citados del Código Civil referentes al dolo en los contratos» (cdo 3.º).

[B] *La STS, 1.ª, 27.01.1988 (Pte. Excmo. Sr. Antonio Carretero Pérez)*

El 10.01.1980 y en escritura pública se constituye *Barradam, S.A.*, «cuyo objeto social se concretó, de hecho, en la explotación» de la discoteca *Míster*

Chus. El 13.03.1981 y en documento privado, Marcos compra a Jose Enrique y Nuria (matrimonio) 250 acciones de *Barradam, S.A.* (249 de Jose Enrique y una acción de Nuria) por las que paga 8.000.000 de pesetas, suspendiendo el resto del pago del precio. Marcos demanda a Jose Enrique y Nuria y, alegando entre otras cosas que el «rendimiento [de la discoteca *Barradam, S.A.*] asegurado por los vendedores [Jose Enrique y Nuria] no sólo no era ni medianamente cierto, sino que aparecieron múltiples deudas entre ellas, fiscales y tributarias, habiendo tenido noticias de que por la Junta Provincial de Protección de Menores de Valencia que subastada la discoteca «Míster Chus» por deudas contraídas, y que fue rematada y adjudicada por menos de un millón de pesetas», pide, entre otras cosas, la nulidad (anulabilidad) de la compraventa por error y dolo, la condena mancomunada de Jose Enrique y Nuria a la devolución de los 8.000.000 de pesetas e intereses legales, y la indemnización de daños y perjuicios causados en determinados procedimientos ejecutivos (intereses, gastos y costas de dichos procedimientos, devengos de los profesionales que intervinieron en ellos, y honorarios profesionales que se devenguen en otro procedimiento). Los vendedores Jose Enrique y Nuria reconvinen y piden que se condene a Marcos al pago de 5.000.000 pesetas que todavía les debía e intereses legales. En primera instancia se desestima totalmente la demanda de Marcos y estima íntegramente la reconvencción de Jose Enrique y Nuria, sentencia confirmada en segunda instancia. El comprador Marcos recurre en casación y alega, en lo que interesa, inaplicación de los artículos 1265, 1266.I, 1269 y 1270 CC e infracción de la jurisprudencia que interpreta los artículos 1266.I, 1269 y 1270.I CC [motivo 2.º, submotivos a) y b)]. El Tribunal Supremo, que entiende que no hubo error de Marcos, ni fue inducido por Jose Enrique y Nuria a error por maquinación grave que captase engañosamente la volutand de Marcos (esto es, no hubo dolo), no casa³⁰².

Dice el Tribunal Supremo:

«La sentencia recurrida [de segunda instancia] rechaza la pretensión de nulidad establecida por el actor [Marcos], del contrato formalizado en documento privado de fecha de trece de marzo de mil novecientos ochenta y uno, en virtud del cual el demandante [Marcos] compró al matrimonio demandado [Jose Enrique y Nuria] doscienta cincuenta acciones de la Sociedad Anónima *Barradam, S.A.* constituida en escritura pública de fecha diez de enero de mil novecientos ochenta y cuyo objeto social se concretó, de hecho, en la explotación de una discoteca denominada «Míster Chus». Con esta compraventa se convertía el actor [Marcos] en titular de la mitad de las acciones de la Compañía. *La pretensión de nulidad* [de Marcos] *se basa en la existencia de error o dolo en el contrato, como mantiene, contra la sentencia recurrida, por dos razones de fondo: Primera. [...]. Segunda. Los demandados* [Jose Enrique y Nuria] *habían afirmado al actor* [Marcos] *la existencia de beneficios en cuantía de más de catorce millones de pesetas el último año, lo que movió a los compradores a aceptar el precio de la compra de acciones en la cantidad de trece millones de pesetas. Cuando el actor* [Marcos] *entró materialmente, en la explotación y gestión del negocio de la sociedad, resultó que su situación era*

³⁰² Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

desfavorable económicamente, con cuantiosas pérdidas y deudas, lo que demuestra el error o engaño del cual fue víctima el actor [Marcos]» (cursiva mía; FD 1.º).

«[...] Todo el motivo [2.º, tanto el submotivo 1.º como el submotivo 2.º] requeriría, para su apreciación, la constatación, como cuestión de hecho de una equivocación sustancial, al contratar no vencible por la normal diligencia en la información o, en el caso del dolo, la inducción del error por maquinaciones graves que firmaran [*sic*] un mecanismo engañoso captatorio de la voluntad del contratante (sentencias de esta Sala de siete de septiembre de mil novecientos ochenta y seis, uno de octubre de mil novecientos ochenta y seis y cuatro de diciembre de mil novecientos ochenta y seis y treinta de octubre de mil novecientos ochenta y siete entre otras). *Esta base de hecho no existe en la sentencia impugnada, la cual afirma, no solamente que el actor comprador [Marcos] se cercioró de la libre transmisibilidad de las acciones vendidas, sino también que el actor [Marcos] comprobó, por sus propios medios, la rentabilidad del negocio, por no información proveniente de los demandados [Jose Enrique y Nuria] y que la conducta que llevó la empresa a la subasta, no es achacable al período de actividad de los vendedores [Jose Enrique y Nuria], sino a hechos ocurridos con posterioridad al contrato de compraventa en ningún modo imputables a los demandados [Jose Enrique y Nuria]. Se trata, pues, de expectativas frustradas, sin que, como la sentencia recurrida acoge, haya probado el actor [Marcos], ni siquiera intentado probar, que tuvieron su origen en época anterior al contrato, en la cual no se ha demostrado que el negocio no marchara bien o en forma manifiestamente desproporcionada al valor que, en la compraventa, se diera a las acciones vendidas»* (cursiva mía; FD 3.º).

[C] *La STS, 1.ª, 11.06.2003 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda)*

En esencia, Constanza celebra dos contratos de renta vitalicia en escritura pública con su hijo Paulino (deudor de la renta) de fechas, respectivamente, 18.01.1989 y 21.02.1989. Constanza (rentista, acreedora) demanda a Paulino (deudor) y solicita, entre otras cosas, la declaración de nulidad (anulabilidad) de los contratos celebrados por haber prestado su consentimiento por dolo e intimidación. Según Constanza, Paulino le incitó a una falsa representación, la de un falso estado de necesidad, lo que le conminó a contratar como única salida para salir de él. En primera instancia se desestima la demanda de Constanza, desestimándose en segunda instancia la apelación que la misma interpone. José Francisco, heredero de Constanza, recurre en casación y alega, entre otros extremos, aplicación errónea del artículo 1301 CC e inaplicación del artículo 1969 CC (motivo 2.º) e inaplicación de los artículos 1261.1.º, 1265 y 1269 CC (motivo 3.º). El Tribunal Supremo no casa³⁰³.

El Tribunal Supremo se ocupa de estas dos cuestiones. *Una*, la del momento de inicio del plazo de los cuatro años para anular el contrato por dolo del artículo 1301 CC, manteniendo que dicha acción no nace a partir del momento de la consumación del contrato, sino que puede ejercitarse *hasta que* no haya transcurrido el plazo de los cuatro años desde la consumación del contrato y, dado que la rentista Constanza ejercita la acción en vida, lo hizo en plazo, estimándose el motivo 2.º del recurso de casa-

³⁰³ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

ción. De esta cuestión me ocupo *infra*, [116] [B]. *La otra cuestión* consiste en determinar si hubo dolo de Paulino (el receptor del capital y deudor de la renta), entendiendo el Tribunal Supremo que no, entre otras cosas porque *los impagos de las rentas fueron posteriores a la celebración del contrato y los requisitos de dolo deben apreciarse cuando aquel se celebra*. De esto último, me ocupo a continuación.

Según el Tribunal Supremo:

«En su escrito de demanda, la actora [Constanza], causante del recurrente en casación [José Francisco], establece un relato fáctico común para las dos causas de anulabilidad de los contratos, la existencia de intimidación y de dolo, causantes de la emisión de un consentimiento viciado, afirmando en el Hecho Cuarto, que «la intimidación a que se ha visto sometida [...] Constanza, con el fin de que cediera la propiedad de sus bienes, ha venido complementada con una actuación claramente dolosa por parte del demandado [Paulino]: incita a su madre [Constanza] a una falsa representación de las cosas, propiciando un falso estado de necesidad para comunicarla [*sic*; conminarle] a contratar como única salida a la situación por él provocada». En autos no existe prueba laguna [*sic*; alguna] que acredite que la actora [Constanza] celebró los contratos bajo la creencia de un supuesto estado de necesidad; es de destacar que el propio informe psicológico aportado con la demanda, realizado seis años después de la fecha de los contratos y cuando la actora contaba 82 años de edad afirma que «las capacidades de consciencia, memoria, orientación y lenguaje aparecen sin ninguna alteración patológica que dificultan el proceso de razonamiento de la explorada»; asimismo resulta acreditado que la actora [Constanza] percibía dos pensiones de la seguridad social, de lo que tenía pleno conocimiento y, como recoge la sentencia de primera instancia, la prueba testifical acreditada que entre el demandado [Paulino] y su madre [Constanza] existía una perfecta convivencia y había buenas relaciones, prestándosele a aquélla cuidados médicos a petición de su hijo y nuera, *todo lo cual contradice la existencia de esa pretendida conducta insidiosa por parte del demandado [Paulino] dirigida a conducir la voluntad de su madre [Constanza] al otorgamiento de los contratos. Los posteriores impagos de las rentas pactadas no integran la conducta dolosa invalidante del contrato pues como dijo la sentencia de 26 de abril de 1940 [que extracto en la anterior [A]] «los actos posteriores determinados por razones o causas también posteriores no pueden ser demostrativos de la existencia de un dolo que sólo puede apreciarse con referencia al tiempo de la celebración del contrato para que produzca la nulidad de éste».*

En su escrito de conclusiones, examinando la prueba pericial practicada sobre el valor de las fincas objeto del contrato y comparando ese valor con el importe de las ventas [*sic*; rentas] pactadas, hace hincapié en la desproporción entre las contraprestaciones de ambas partes.

De acuerdo con el art. 1802 del Código Civil, el de la renta vitalicia es un contrato aleatorio, siendo incierto el tiempo durante el cual habrá de pagarse la renta; si en virtud de la desproporción existente entre las prestaciones de las partes, desaparece para una de ellas ese requisito de la aleatoriedad podrá llegarse a la declaración de nulidad del contrato, pero no por la existencia de dolo, sino por la inexistencia de causa, y siempre que no conste la existencia de «animus donadi»; al no fundarse las acciones de anulabilidad ejercitada en

la falta de causa, esa pretendida desproporción de las prestaciones, no puede ser considerada como integrante del dolo alegado³⁰⁴» (cursiva mía; FD 2.º).

³⁰⁴ En la STSJC, 14.02.2008 (Pte. Ilmo. Sr. Ramón Foncillas Sopena; Cendoj, Roj STSJ CAT 14523/2008) también se conoce de un contrato de renta vitalicia y en ella se menciona y recoge la doctrina de la STS, 1.º, 11.06.2003 [que extracto en este [36], [C]] de que en el contrato de renta vitalicia, contrato aleatorio y oneroso, si en el momento de su celebración existe desproporción en lo que se refiere a los riesgos asumidos por cada una de las partes contratantes, puede entenderse que al mismo le falta causa. Lo anterior lo explica el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña así:

«Es cierto que la aleatoriedad de los contratos que se caracterizan por tal nota no puede entenderse en términos absolutos, de forma que pueda ampararse todo tipo de riesgo, con exclusión de cualquier parámetro de previsibilidad de contraprestación equivalente, de forma que una parte pueda situarse en posición de perdedora total y la otra de ganadora sin arriesgar nada o muy poco en relación con la contraria. Al fin y al cabo se trata de contratos onerosos y para ellos el art. 1274 C. Civil determina que la causa, requisito inexcusable de todo tipo de contratos, es para cada contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte. Por ello, en casos de ruptura de la equivalencia del riesgo, producido en el momento del otorgamiento del contrato, es perfectamente lógico y adecuado que operen remedios legales para reconducir la situación a unos parámetros de justicia y reciprocidad, en la medida necesaria para preservar o compatibilizar el carácter aleatorio y el de reciprocidad de las prestaciones, que consistirán en la anulación del contrato cuando la desproporción sean fundamental—la STS de 11 de junio de 2003 [que extracto en el cuerpo del texto en este [36], [C]] declara que si en virtud de la desproporción existente entre las prestaciones de las partes desaparece para una de ellas el requisito de la aleatoriedad, podrá llegarse a la declaración de nulidad del contrato por la inexistencia de la causa—o, como sucede en el marco jurídico catalán, en la aplicación de la figura de la rescisión por lesión, cuando ésta, sin tener que llegar al extremo de la inexistencia del elemento causal, suponga una desproporción cuantitativa determinante de la producción de los efectos señalados por la ley a tal figura jurídica» (cursiva mía; FD 2.º).

Y aplicando la anterior doctrina al caso de que conoce, el Tribunal Supremo razona:

«En este apartado se debe examinar si existe una desproporción de las prestaciones en perjuicio de la transmitente del bien y receptora de las pensiones [Beatriz] y en beneficio correlativo de la parte contraria, demandada en el proceso y ahora recurrida [Paulina], de tal entidad que permita sentar la conclusión de que falta la aleatoriedad o incertidumbre sobre el resultado de ganancia o pérdida, que desde el momento de otorgamiento del contrato, por las circunstancias en él concurrentes, estaría ya determinado en claro favor de la última [Paulina].

La recurrente [Congregación de los Sagrados Corazones], heredera de [...] Beatriz, transmitente del bien consistente en la nuda propiedad de la vivienda de que era titular, presenta un cuadro sombrío para los intereses y situación de la misma. Como se ha dicho, a la elevada edad se uniría un estado de salud precario, con graves patologías cardíacas que harían prever un fallecimiento próximo y una absoluta desproporción entre el alto valor del bien transmitido y la escasamente adecuada renta.

— De tales circunstancias la única que puede considerarse acreditada es la edad — [...] Beatriz tenía 90 años cuando otorgó el contrato—.

— Sobre su estado de salud, la sentencia de instancia, en base a la prueba practicada de informes médicos y de la doctora que trataba a la anciana, establece que padecía del corazón pero que podía estar así muchos años pese a su edad y que ya los llevaba con la dolencia, sin que pudiera considerarse corta su expectativa de vida, siendo por lo demás una persona perfectamente lúcida — hay que señalar que en las dos instancias del proceso la parte actora [Congregación de los Sagrados Corazones] atacó también el contrato por supuesto vicio de consentimiento, lo que ya no mantiene en esta fase casacional—. [...] Beatriz falleció cuatro años más tarde y debe significarse que tanto el art. 1804 C. Civil como el 16.2 de la Llei catalana 6/2000, de 9 de junio, de pensiones periódicas, consideran relevante a los fines de nulidad el fallecimiento dentro de un periodo temporal mucho más corto, veinte días y dos meses, respectivamente, a consecuencia de una enfermedad que ya se tuviera.

— La cuantía de la pensión también consta, 1502,53 euros al mes, con incremento según el IPC, de forma que en el año del fallecimiento llegaba a 1.670,68 [sic; 1.670], pero lo que se desconoce es si, atendidas las demás circunstancias concurrentes era adecuada o notoriamente insuficiente. No se conoce, según la conclusión probatoria a que se llega en la instancia, el dato referencial del valor del inmueble, lo que es ya de por sí trascendente y no se ha intentado por la parte actora [Congregación de los Sagrados

3.6 La intención del que comete el dolo (*animus decipiendi*; elemento subjetivo del dolo). La inexigibilidad de la intención de dañar o beneficiar al otro contratante, o de beneficiarse (o lucrarse) a sí mismo

3.6.1 LA INTENCIÓN DEL QUE COMETE EL DOLO (*ANIMUS DECIPIENDI*; ELEMENTO SUBJETIVO DEL DOLO)

A) *La doctrina de los autores*

[37] El dolo causal presupone que el sujeto que lo comete tuvo la *intención* (el *propósito*) de engañar al otro contratante *para* conseguir su consenti-

Corazones] ninguna prueba actuarial que permita alcanzar ninguna conclusión valorativa sobre la renta, habiendo sido por el contrario la demandada [Paulina] la que ha aportado simulaciones de contratos de renta vitalicia efectuadas por La Caixa de las que no se extrae la conclusión propuganda por la parte recurrente [*Congregación de los Sagrados Corazones*].

– *Sobre el valor del bien por encima de los límites que determinarían una desproporción insalvable, la sentencia de la Audiencia coincide con la de primera instancia, ésta con aportación de mayores argumentaciones, en que ello no ha quedado acreditado, lo que debe ir en perjuicio de la parte actora* [*Congregación de los Sagrados Corazones*] *que es a quien correspondía probar la desproporcionalidad entre uno supuestamente elevado y la pensión fijada en el contrato. Las insuficiencias que presentan los dictámenes periciales y en particular el practicado a instancia de la actora* [*Congregación de los Sagrados Corazones*] *con el consiguiente fracaso para imponerse sobre el de la demandada* [Paulina], *según declara la sentencia recurrida, establecer un valor superior al consignado por este último, que se sitúa en un marco de normalidad y corrección causales.*

Es evidente que no puede alterarse, por la falta de concurrencia de los datos que pueden llevar a la conclusión contraria, la que se alcanza en la sentencia recurrida de que existía una causa justificada de la celebración del contrato de autos, teniendo en cuenta que [...] Beatriz únicamente percibía una pequeña pensión y vivía en una residencia geriátrica cuyo superior coste había de sufragar, siendo perfectamente entendible su deseo de no vender su vivienda y preferir transmitir tan sólo la nuda propiedad con reserva de usufructo, a cambio de una cantidad que le permitiera abonar el coste de la residencia y hacer frente a sus gastos. *Se añade aquí que la causa o razón de ser del contrato, además de presumible en su existencia y licitud –art. 1277 C. Civil–, aparece aquí, a falta de dato en contrario que debía proporcionar en todo caso la parte actora* [*Congregación de los Sagrados Corazones*], *como concurrente y adecuada, lo que lleva a acordar el decaimiento del motivo*» (cursiva mía; FD 2.º).

En cuanto a los hechos, aparte de lo que se deduce de los textos que de la sentencia acabo de transcribir, la *Congregación de los Sagrados Corazones* demanda a Paulina, desestimándose en primera instancia su demanda (AH 1.º). Recurre en apelación dicha *Congregación* y en segunda instancia se revoca la sentencia de primera instancia en el sentido de que no ha lugar a efectuar expresa imposición de las costas de primera instancia, manteniendo el resto de los pronunciamientos de primera instancia. La *Congregación de los Sagrados Corazones* interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. En el de casación, la *Congregación* alega, entre otros motivos, «infracción del art. 1790 en relación con los 1261-3 y 1300 del Código Civil, por considerar que no concurre causa en el contrato de violario o pensión vitalicia por faltar el requisito de aleatoriedad. La parte recurrente [*Congregación de los Sagrados Corazones*] considera que las circunstancias en que se otorgó el contrato –alta edad de la cedente [Beatriz] y la existencia de patologías que hacían prever un pronto fallecimiento, alto valor del inmueble cedido y una renta escasamente adecuada– suponían sólo ventajas para la parte a la que se transmitió el bien y se obligó a pagar las rentas [Paulina], que asumía en realidad ningún riesgo, lo que contradice la exigencia de que en este tipo de contratos debe concurrir de forma común para ambos contratantes el riesgo de pérdida o ganancia, o lo que puede denominarse la equivalencia del riesgo entre las partes» (motivo 1.º; cursiva mía; FD 2.º). La *Congregación de los Sagrados Corazones* era heredera de Beatriz.

miento contractual [es la suya una actuación *deliberada*; he dicho engaño, luego bajo el presupuesto del acogimiento de la tesis estricta del dolo (*supra*, [17] y [19]), pero, *con las oportunas adaptaciones*, es aplicable a la tesis amplia del dolo (*supra*, [18])] ³⁰⁵.

Ahora bien, este elemento subjetivo del dolo causal, ¿puede entenderse con un mayor alcance? Sí. En este sentido, se ha considerado que *basta* con que el autor del dolo sea *consciente* de que con su conducta engaña al otro contratante a efectos de obtener su declaración, o que es consciente de que con su conducta capta la voluntad del otro. Así se manifiestan, *por ejemplo*, Albaladejo ³⁰⁶, Morales Moreno ³⁰⁷, Rojo Ajuria ³⁰⁸, Llobet I Aguado ³⁰⁹, De

³⁰⁵ *Por ejemplo*:

a) Según DE COSSÍO Y CORRAL, «[e]s [...] la intención de engañar lo que en nuestro derecho caracteriza al dolo» (p. 332); «la única intención que aquí puede exigirse para que la acción de anulación proceda, es la intención de engañar que por sí sola constituye un hecho ilícito» [p. 335; ambas citas de (1955)].

b) Según ROJO AJURIA, «[e]l dolo vicio exige la intención o propósito de engañar. El dolo es una falta intencional y ha de suponer en el que lo emplea la intención de engañar al otro. Por consiguiente, cuando el engaño resulta sin intencionalidad, no puede hablarse de dolo vicio. Como señala Luna [apellido, mayúsculas en el original], el ánimo de engañar configura al dolo vicio como un acto ilícito» [(1994) p. 22; *vid.* también p. 20]; *vid.* de ROJO AJURIA, *infra*, nota 308.

Y *vid.* las notas siguientes a esta.

³⁰⁶ Para ALBALADEJO, «[e]l *animus decipiendi* consiste en el propósito de engañar (medio), para obtener así la declaración (fin); o, al menos, en la conciencia de que ésta no se emitiría sin el engaño que conscientemente se lleva a cabo» [ADC (1957) p. 995].

³⁰⁷ Para MORALES MORENO, «[e]l dolo exige cierta intencionalidad, orientada a la captación de la voluntad del otro contratante./ Analizada desde esta perspectiva subjetiva, la conducta dolosa puede tener alguna de estas manifestaciones: a) Puede consistir en una «actuación intencionada», «dirigida a provocar la declaración negocial»; b) Pero seguramente basta con que se utilicen esos medios insidiosos, con conciencia de que han de producir la captación, aunque directamente no sea éste el propósito» [(1993a) p. 383, y en nota 23 de p. 383 cita a Pérez/Alguer y a Albaladejo; para este último, la nota inmediatamente anterior a esta].

³⁰⁸ Para ROJO AJURIA, «esta definición del elemento intencional del dolo vicio se ve ampliada por la generalizada admisión en todo el Derecho comparado del llamado *dolo eventual*. Dentro de este concepto, no excesivamente técnico, se incluyen una serie de supuestos que no impiden la configuración del dolo vicio. Por una parte, como ha señalado Morales [apellido, mayúsculas en el original], basta con que se utilicen esos medios insidiosos, con conciencia de que han de producir la captación, aunque directamente no sea éste el propósito» [(1994) pp. 22-23; para el dolo eventual hasta p. 26; *cfr.* con la nota inmediatamente anterior a esta para Morales Moreno].

También de ROJO AJURIA, sobre «la primera exclusión [del dolo]: el engaño causado por negligencia», «[s]ólo la falta intencional es causa de anulación del contrato por dolo vicio (el error provocado de otra forma puede ser relevante en cuanto tal [error]). De ahí el interés, como señalaba Cossío [apellido, mayúsculas en el original], de la investigación de si el autor del acto ilícito ha obrado con o sin intención, ya que la culpa no es más que una fuente de daños y perjuicios. Es de observar que la admisión del «dolo eventual» en ningún caso ha significado la equiparación del dolo a la culpa, ni siquiera a la culpa lata. Y es que como ha señalado Carrasco [apellido, mayúsculas en el original], no es posible una equiparación entre culpa lata y dolo cuando la norma requiera como elemento de su supuesto un «dolo específico» (como la «maquinación» del artículos 1269 Cc)» [(1994) p. 26; *cfr. infra*, nota 313, para Carrasco Perera].

³⁰⁹ Según LLOBET I AGUADO, «el dolo requiere el *animus decipiendi* (elemento subjetivo); [...]. Si no existe intencionalidad, no puede hablarse de dolo aunque exista error [en nota 16 de p. 144, se apoya en Puig Brutau]./ El *animus decipiendi* consiste en el propósito de engañar (medio) para obtener así la

Verda y Beamonte³¹⁰, García Vicente³¹¹, Domínguez Yamasaki³¹², y Carrasco Perera³¹³. *Se habrá advertido que en el presente listado de autores, unos defienden la tesis amplia del dolo, otros, la estricta (luego en función de la tesis que acojan).*

Por lo anterior, si se causó el error o se captó la voluntad del otro contratante a causa de una actuación negligente, o sin culpa, no habrá dolo causal (para prueba del dolo causal según los autores, *infra*, [100]; para los criterios de imputación *para la indemnización de daños y perjuicios*, dolo, culpa lata, *infra*, [129]).

declaración (fin); o al menos, en la conciencia de que esta no se emitiría sin el engaño que conscientemente se lleva a cabo [en nota 17 de p. 144, se apoya en Albadalejo; cfr. para este último autor *supra*, nota 306]. Las citas de LLOBET I AGUADO (1996) p. 144.

³¹⁰ DE VERDA Y BEAMONTE estima «más correcta aquella orientación jurisprudencial que identifica el *animus decipiendi* con el propósito de engaño», si bien «[e]n realidad, parece que habría que estimar que concurre *animus decipiendi*, con tal de que el *deceptor* sea consciente de que, con su conducta, determinará al declarante a concluir un contrato, que de no mediar aquella, no hubiera celebrado, sin exigir la prueba de un específico propósito de engaño» [RdP (2006) pp. 28-29; *vid. además infra*, nota 324].

³¹¹ Para GARCÍA VICENTE, «[d]ebe concurrir un elemento subjetivo plasmado en el denominado *animus decipiendi* o intención de engañar aunque más exactamente basta que se asuma la posibilidad del engaño y la voluntad de aprovecharse de él [STS 1 octubre 1986 [...]] no siendo necesaria la «intención deliberada de engañar»» [«Artículo 1269» (2013) p. 9124].

³¹² Afirma DOMÍNGUEZ YAMASAKI, que «en definitiva, entendemos que, efectivamente, el grado de *malicia* del *deceptor* no tiene porqué alcanzar esa intención deliberada de engañar, sino que debe ser suficiente con la conciencia y aceptación del engaño empleado –un engaño que abarca la falta de veracidad, la omisión de información y la incomprensibilidad de la información–» [(2019) pp. 297-298].

³¹³ a) Según CARRASCO PERERA, «[u]na conducta dolosa en el sentido del art. 1269 CC consiste en una acción u omisión intencionada y engañosa dirigida a provocar la declaración contractual de la otra parte o de un sujeto que es miembro de la clase a la que genéricamente se dirige la manifestación engañosa. Es preciso [...] y la existencia de un *dolo* específico de producir ese engaño o de mantenerlo –cuando era obligado deshacerlo–, sin que sea preciso un *dolo específico de dañar* los intereses de la otra parte. No basta un dolo simple de engañar, pues el dolo causal (a diferencia del incidental del art. 1270) precisa que el engaño haya determinado la voluntad de la otra parte. Pero basta que el engaño determine esta voluntad y que el agente pueda y deba ser consciente de que es así, sin que se requiera que éste haya actuado con mentiras *precisamente* para conseguir la declaración de voluntad ajena» [cursiva del original; (2021) 8/11, p. 382]. En suma, «[l]a conciencia del engaño y el propósito de servirse de él son, de esta forma, elementos definitorios de la figura [del dolo], que se conceptualiza en último extremo como una forma de fraude» (8/12, p. 382).

Y desde la perspectiva contraria, esto es, *desde la de que no existe dolo*, CARRASCO PERERA precisa que, «[e]n rigor no puede hablarse de dolo cuando el declarante realiza manifestaciones o declaraciones temerarias, y aún con dolo eventual, ignorando la verdad y la falsedad cierta de lo que afirma», «[n]i menos cuando se hacen manifestaciones falsas con ignorancia simple de esta falsedad o si la manifestación resulta ser falsa por un error que el declarante comete inadvertidamente al realizar su oferta» (8/12, pp. 382-383). La razón de ello reside en que «[n]o tiene ningún sentido forzar las fronteras conceptuales del dolo *in contrahendo* cuando semejantes declaraciones negligentes o temerarias, que dan lugar a error, podrán ser combatidas ordinariamente por error» (8/12, p. 383).

Por último y más allá de lo anterior, CARRASCO PERERA considera para el dolo, que «[t]ampoco se requiere una *consciencia de la antijuridicidad* de la conducta, bastando que dicha conducta pueda ser considerada objetivamente contraria a la buena fe y que el declarante sepa que es incierto lo que afirma» (cursiva del original; 8/11, p. 382).

b) En el ámbito del derecho comparado y brevemente, LOHSSE, «Article 4:107» (2018) p. 693.

B) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

[38] Con frecuencia y *sin mayor problema*, el Tribunal Supremo alude a la *actuación intencionada* (insidiosa) del que provoca el dolo *causal*, o al *animus decipiendi* (elemento subjetivo del dolo), *algo que podrá comprobarse en muchas de las sentencias que voy extractando en este trabajo. Ahora y a modo de mero ejemplo*, en la STS, 1.^a, 19.07.2006, en la que no se admitió que hubiera habido dolo de los vendedores (no sabían que la finca se encontraba gravada con una hipoteca y cuando lo descubrieron, lo solucionaron), se alude al «*animus decipiendi*» o elemento subjetivo, *consistente en el turbio propósito de inducir a la contraparte a realizar la declaración viciada*» (cursiva mía; FD 4.º). De esta sentencia doy cuenta *infra*, [81] [A] y allí remito.

En la STS, 1.^a, 27.03.1989, el Tribunal Supremo se refiere, para el dolo omisivo y causal, al «*callar consciente o en otra conducta concluyente cuando preexista, como en este caso, un deber u obligación de verificar una comunicación o declaración según la buena fe o las concepciones dominantes del tráfico*» (cursiva mía; FD 3.º). Aquí, los vendedores no informan a los compradores acerca de que no podía edificarse en la parcela que adquieren, por haber sido declarada zona verde, algo que sabían, mientras que los compradores creyeron edificable la parcela por contar esta con determinadas construcciones. Extracto esta sentencia *infra*, [42] [A] y allí remito.

En cuanto a la acción de indemnización de daños y perjuicios por dolo, me ocupo *infra*, [121] ss. y [131] y allí remito.

3.6.2 LA INEXIGIBILIDAD DE LA INTENCIÓN DE DAÑAR, O DE BENEFICIAR AL OTRO CONTRATANTE, O DE BENEFICIARSE (LUCRARSE) A SÍ MISMO

A) *La doctrina de los autores*

[39] El dolo *causal* ¿requiere, en quien lo realiza, ánimo de perjudicar (o de dañar) a su víctima? No. ¿Requiere ánimo de lucrarse a sí mismo? Tampoco. ¿Requiere ánimo de *beneficiar a la víctima del dolo*? De nuevo, no.

[40] a) *Adentrándome en el análisis de los autores*, De Cossío y Corral informa de que Roca distingue en el dolo las fases de «querer un artificio para provocar un error, para que éste provoque una declaración de voluntad, para que tenga un perjuicio» y «*[p]or consiguiente, es preciso que exista el*

propósito, intención o «animus» de perjudicar o dañar»; «[n]o basta la conciencia de perjudicar, sino que es necesaria la voluntad directa de producir un perjuicio» (cursiva mía)³¹⁴. Añade De Cossío y Corral, que «[l]a doctrina tradicional mantenía [...] [la] tendencia [de considerar la causación de un daño como «nota esencial del dolo como vicio del consentimiento»] por influencia del derecho tradicional, que destacaba en el dolo más bien el carácter de delito que el de vicio del consentimiento, y modernamente es mantenida por la jurisprudencia francesa, y por Perrin y Tag-Eldine que estima que es suficiente el mero daño moral» (cursiva mía)³¹⁵. Ahora bien, «la mayoría de los autores [...] excluyen la necesidad de este requisito» de la intención de dañar (cursiva mía)³¹⁶. Por su parte, De Cossío y Corral entiende que en el dolo no se requiere la intención de dañar, dado que considera que «el daño no es necesario para que pueda hablarse de delito, ni de vicio del consentimiento», si bien el daño sí es «necesario para que la acción de dolo, como acción de resarcimiento prospere, [y] no en cambio para que sea estimada la acción de anulación» (cursiva mía)³¹⁷.

Poco después, Albaladejo reconoce que *lo habitual* es que haya conciencia de que se va a producir un daño al que sufre el dolo y un beneficio para el que lo lleva a cabo, pero, *el animus decipiendi se reduce* al propósito de engañar o, al menos, a la conciencia de que la declaración no hubiera sido emitida sin el engaño conscientemente realizado. E incluso, si el dolo se hubiera hecho para beneficiar a su víctima, esta podría anular el contrato. *Más tarde y en similar sentido* se manifiesta De Castro y Bravo. Según este autor, el dolo no requiere la intención de dañar, siendo indiferente que hubiere sido hecho por broma o para que el otro contratante obtenga un beneficio. De Castro y Bravo advierte además, que el resultado que se consiga puede estimarse como dato en la prueba del dolo y que la falta de interés en producir el engaño puede considerarse indicio de que no hubo dolo. No es necesaria probar el daño del otro, ni de la ventaja propia, pues, de conformidad con el artículo 1300 CC (del cual me ocupo *infra*, [95]), el contrato se puede anular, aunque no haya lesión para los contratantes. Albaladejo y De Castro y Bravo manifiestan así sus consideraciones.

³¹⁴ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 333; añade que «[l]as sentencias de 31 de octubre de 1924, y 19 de mayo de 1925, consideran como característica del dolo «el propósito de dañar injustamente».

³¹⁵ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 334; *vid.* desde p. 333.

³¹⁶ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 334.

³¹⁷ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 334; continúa: «Esto sentado, resulta claro que para que el dolo vicie el consentimiento no puede exigirse que exista un daño y, por tanto, tampoco la intención de dañar. Porque no es el daño lo que vicia el consentimiento (el daño nos transportaría más bien a la teoría de la lesión), sino el engaño, determinante de error en la voluntad. [...]» (cursiva mía; p. 335); además, p. 325.

[A] Según Albaladejo:

«El *animus decipiendi* se reduce sólo a lo dicho [al propósito de engañar, o al menos, a la consciencia de que sin el engaño no se hubiera emitido la declaración; *cfr. supra*, nota 306]; y *ni hace falta propósito de dañar, ni de obtener lucro doloso, e, incluso puede no producirse perjuicio alguno. No obstante, habitualmente existirá la conciencia de producir un daño al declarante, y un beneficio para sí, y precisamente se engañará por esta consideración. Es insólito el caso de que el dolo se ejercite con propósito benévolo, pretendiendo engañar para que otro emita una declaración que le es beneficiosa*, pero que por falta de clara visión o por obstinación no querría emitir si no se le engañara. También en este caso—habiendo, como hay, dolo—cabe impugnar la declaración, pues cada uno es dueño de sus actos y puede, si le place, dejar de obtener un beneficio; además de que, si realmente prefiere el beneficio obtenido, le es posible abstenerse de impugnar; razón práctica por la que —aparte de las teóricas— el derecho a la impugnación debe concederse» (cursiva mía)³¹⁸.

[B] Y según De Castro y Bravo:

«El dolo que vicia la voluntad ha sido caracterizado con las notas de «malitia» y de mala fe. Esta afirmación puede originar confusiones. El dolo tiene *aquí* [vicio del consentimiento] significado *distinto* que en el delito civil (art. 1902 [CC]) y en el incumplimiento de las obligaciones (art. 1101 [CC]). *No se requiere que exista una intención dañina o mal intencionada*, y basta para tenerlo en cuenta con que la maquinación insidiosa ejerza tal influencia sobre quien declara, que su declaración no pueda considerarse como decisión propia de una persona libre y no engañada. Por ello, *es indiferente la finalidad que se proponga conseguir el autor de las palabras o de la maquinación insidiosa, sea por broma, «para el bien» del otro contratante o para obtener un beneficio injusto.*

El resultado o propósito conseguido puede, eso sí, estimarse como un dato en el momento de la prueba del dolo, y considerarse indicio de su inexistencia la falta de interés del acusado en producir el engaño (comp. S 30 marzo 1955³¹⁹).

³¹⁸ a) ALBALADEJO, ADC (1957) p. 995.

b) Trasladándome a distinto plano, el del *dolus bonus*, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN incluye el siguiente supuesto: «Se considera [...] como *dolus bonus* aquella mentira o aquel engaño con el cual su autor quiere favorecer a la otra parte. Por ejemplo: por delicadeza o con ánimo liberal se induce artificiosamente a aceptar un contrato que será beneficioso para el engañado. [...]» [(2007) p. 201]. Lo mismo y con anterioridad, DE COSSÍO Y CORRAL *infra*, nota 357 b). Para el *dolus bonus*, *infra*, [48].

³¹⁹ En esta STS 30.03.1955 (Pte. Excmo. Sr. D. Cayetano Oca Albarellos; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 139) y en su cdo 5.º se lee: «que la sentencia recurrida aplica el dolo y el error contractual derivados ambos de que con la carta de aceptación de la oferta y la maquinación insidiosa de ocultar al vendedor los acuerdos del acta de 14 de enero, por los cuales se adjudicaban acciones a socios no fundadores, se la indujo a dar una orden de venta, y se la arrancó un consentimiento prestado con evidente error, más la estimación de los hechos relatados no autoriza a deducir de ellos dolo ni error; ya que es preciso reconocer: primero, que ello sería en todo caso culpa de la Sociedad, no de los demandados adquirentes; segundo, que la Sociedad en la carta de 2 de enero comunicó al señor Porres que le daría cuenta de la distribución, y si el actor [Porres], con medios sobrados entonces no practica ninguna diligencia para enterarse, esa circunstancia significaría dejación de sus derechos, más todavía cuando recibe aviso para presentar las acciones en el Banco de Bilbao, y cumple el encargo, sabiendo positivamente que era para venderlas el día que se

Por ello, quizás, «inciderent tantum», en alguna sentencia se ha caracterizado el dolo por el «propósito de dañar injustamente» (S. 31 octubre 1924) y porque se cometa por aquel «a quien pueda beneficiar el fin propuesto» (S. 25 octubre 1928). Mas no debe olvidarse que para que se produzca la anulación, basta con que el consentimiento resulte viciado por las palabras o maquinaciones insidiosas (arts. 1265 y 1269) y que *no es necesario probar la ventaja que produzca al uno ni el perjuicio que ocasione al otro*; pues expresamente se dispone que la acción de anulación se dará aunque no haya lesión para los contratantes (art. 1300)» (cursiva mía)³²⁰.

b) Dicho lo anterior y trasladándome en el tiempo, *actualmente es algo asentado entre los autores, que el propósito de dañar no es requisito del dolo vicio; ni lo es la intención de beneficiarse (o lucrarse) a sí mismo, ni la de beneficiar al que padece el dolo*. Así se manifiestan, con mayor o menor alcance en sus afirmaciones, *por ejemplo*,

indica, y, todavía hay más, da orden al Banco para la enajenación, lo cual denota no solo la negligencia manifiesta en ese particular, sino su absoluta indiferencia acerca de quiénes fueran los compradores, y que consideraba satisfecho con el percibo del precio y apartamiento de la Sociedad; y tercero, *que la buena fe del primero de los compradores está acreditada por la falta de interés en producir dolo ni error, porque los fundadores podían adquirir la totalidad de las acciones para luego ceder las que quisieran a los no fundadores, con lo que quedaba cortada de raíz cualquier reclamación, y si, con arreglo a lo expuesto, aparece la inexistencia del error y del dolo, no hay necesidad de entrar en las circunstancias necesarias para que su concurrencia produzca la nulidad contractual [...]*» (cursiva mía).

En cuanto a los hechos, el 31.12.1945, el actor (Porres) dirigió una carta al Consejo de Administración de SAFASA, comunicándoles su decisión de vender todas sus acciones al tipo de venta de la par y ofreciéndoselas al Consejo. El 02.01.1946, el Secretario del Consejo comunica al oferente el acuerdo de hacerse cargo de las acciones, así como que oportunamente le participaría de su distribución y día exacto en que se procedería a la formalización ante Agente de Bolsa. El 14.01.1946, el Consejo acuerda la distribución de las acciones entre los que resultaron compradores y que la formalización se llevaría a cabo el 23.01.1946, para lo cual el Secretario daría aviso a Porres. El 23.01.1946 se efectúa la venta de las 550 acciones con intervención de Agente de Bolsa, y por indicación del Banco se extienden los oportunos vendís, se entregan las acciones indicándose su numeración a los adquirentes y Porres recibe el dinero mediante su abono en cuenta. Todo lo anterior en el cdo 2.º

Porres, socio fundador, demanda a diversas personas sobre nulidad de contrato de compraventa de acciones. En su día, se había constituido la sociedad SAFASA y en sus Estatutos se establecía un derecho de adquisición preferente para sus socios fundadores. Todo lo anterior en el rdo 1.º De las 550 acciones de Porres, 445 acciones fueron adquiridas por socios fundadores y 105 acciones por socios no fundadores (rdo 2.º). En primera instancia se desestima la demanda de Porres (rdo 3.º). Porres recurre en apelación y en segunda instancia se revoca la sentencia y absuelve a determinados demandados, y se declara nulas determinadas ventas (rdo 4.º). Tanto Porres como algunos de los demandados interponen recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación de Porres, y sí haber lugar al recurso de casación interpuesto por determinados compradores (Fallo).

³²⁰ DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 201, pp. 151-152.

Rojo Ajuria³²¹, Morales Moreno³²², Fuenteseca³²³, De Verda y Beamonte³²⁴, Bosch

³²¹ Para ROJO AJURIA:

a) «[E]s importante destacar que el elemento intencional [del dolo] *no requiere el ánimo de causar un daño*, ni el dolo vicio la producción de un daño (art. 1300 Cc: «aunque no haya lesión para los contratantes»), si bien lo normal es que lo pueda producir» [(1994) p. 20].

b) «La doctrina jurisprudencial más reciente sigue claramente la línea de excluir que el dolo vicio implique un ánimo de perjudicar o de «proporcionarse para sí o para un tercero ciertas ventajas o beneficios de carácter patrimonial» (sentencias de 1 de octubre de 1986 y de 27 de marzo de 1989). *Así se acepta sin discusión en nuestra doctrina, y, en general, en todo el Derecho comparado. El dolo vicio, como norma de validez, no requiere la existencia de un daño*, requisito imprescindible para aplicar una norma de responsabilidad. *Otra cuestión es que, de hecho, en la inmensa mayoría de los casos, un contrato anulable por dolo vicio resulte lesivo para la parte engañada, y que incluso la desproporción de las prestaciones pueda ser considerada indicio de la existencia de un vicio de la voluntad* (sentencia de 15 de julio de 1987 [...])» (cursiva mía; p. 27; analizo la STS 15.07.1987, *supra*, [23] [A]).

³²² Para MORALES MORENO:

a) «El dolo que contempla este artículo [1269 CC] *no exige que exista ánimo de lucro, ni intención de dañar, ya que ni el lucro ni el daño son requisitos objetivos del mismo*. El Tribunal Supremo lo entiende así. Según su apreciación, el dolo no implica «intención deliberada de causar perjuicio a la otra parte» (sentencias del Tribunal Supremo de 1 octubre 1986 y 27 marzo 1989) ni exige consciencia de que se causa un daño (hay dolo «aunque no tuviera consciencia de que con su silencio causa daño a la otra parte») (sentencia del Tribunal Supremo de 27 marzo 1989). Tampoco es necesario que el contratante doloso tenga intención de proporcionarse para sí o para un tercero ventajas o beneficios de carácter patrimonial (sentencia del Tribunal Supremo de 27 marzo 1989)» [cursiva mía; (1993a) p. 383; *vid.* «Artículo 1269» (1993b) p. 469].

b) «*Lo más frecuente es que el dolo provoque un daño a quien lo padece y una ventaja a quien lo causa. Sin embargo, ni el daño ni la ventaja son requisitos del dolo que contempla el artículo 1269 CC. Sólo es preciso que se produzca una captación ilícita de la voluntad. El bien jurídico protegido es la libertad del contratante./ El ataque a la libertad que padece un contratante justifica el efecto del dolo, la anulabilidad del contrato celebrado, que es oportuna «aunque no haya lesión» (art. 1302 [sic; 1300 CC]). Pero, siendo frecuente que el dolo provoque la celebración de un contrato lesivo, la anulabilidad servirá para evitar el efecto perjudicial de la lesión»* [cursiva mía; (1993a) p. 385].

³²³ FUENTESECA alude al dolo que pretende beneficiar a su víctima, citando a Albaladejo, a De Castro y Bravo y se refiere a qué sucede en el derecho alemán; además, no solo se centra en el dolo unilateral (art. 1269 CC) que permite la anulación del contrato, sino también en el dolo recíproco (art. 1270.I CC), para el que defiende, *adelanto*, que el contrato sería nulo de pleno derecho o inexistente [sobre su tesis, *infra*, [91] b)]. Dice:

«[...] resulta interesante la afirmación de Albaladejo cuando admite el dolo con propósito benévolo. Asimismo De Castro alude también al tema. Y en Alemania, por ejemplo, Brox afirma que «aún cuando con su engaño sólo quiera lo mejor para el engañado puede haber dolo...». Es decir, que es posible que finalmente el contrato que sea beneficie a las partes y les interese mantenerlo. Únicamente añadir, por mi parte [Fuenteseca], respecto de esta cuestión del dolo con propósito benévolo, que si este último se diera en ambas partes contratantes habría que concluir acerca de la nulidad de pleno derecho o inexistencia del contrato afectado. Si se permite la anulación cuando es unilateral, cabría también sostener la nulidad de pleno derecho o inexistencia cuando sea bilateral, puesto que el dolo existe aunque persiga un propósito benévolo.

Concluyendo, estimo [FUENTESECA] que no es necesaria la existencia de un daño como un requisito de la conducta dolosa unilateral. Y, por las mismas razones, tampoco lo será en el caso de dolo recíproco. Es decir, lo que importa es que el dolo afecte al consentimiento, a la libre decisión y que ese ataque se produzca contraviniendo la buena fe» [(2002) pp. 128-129; *vid.* desde p. 127].

³²⁴ Según DE VERDA Y BEAMONTE, «hay que rechazar la orientación sustentada por aquellas sentencias (por ejemplo, STS 30 junio 1988, STS 23 julio 1988 y STS 29 diciembre 1999), que identifican el *animus decipiendi* con el «ánimo de perjudicar» al otro contratante./ *No creo [DE VERDA Y BEAMONTE] que lo que cualifique el dolo desde la perspectiva subjetiva sea el propósito de perjudicar a la otra parte contratante* [esta cursiva mía]. De hecho, lo habitual será que la finalidad directamente perseguida por el

Capdevila (este mismo también, junto con Del Pozo Carrascosa, y Vaquer Aloy)³²⁵, y Domínguez Yamasaki³²⁶.

c) Por último y por su parte, Llobet I Aguado, tras apuntar las consideraciones de Roca (Satre) sobre las distintas fases del dolo a las que antes hice mención a través de De Cossío y Corral [en anterior a)], *intenta explicar como puede entenderse que el dolo vicio produzca un daño y señala que el daño sería el propio contrato, lo que es diferente del dolo como fuente de responsabilidad*. Lo hace así.

[A] Según Llobet I Aguado:

«Se ha dicho que en el dolo pueden distinguirse las siguientes fases: querer un artificio para provocar un error, para que éste provoque una declaración de voluntad, para que tenga lugar un perjuicio. Por consiguiente, es preciso que exista el propósito, intención o *animus* de perjudicar o dañar. No basta la conciencia de perjudicar, sino que es necesaria la voluntad directa de producir un perjuicio.

No obstante, tal formulación parece excesiva, pues debe bastar el deliberado propósito de obtener un beneficio mediante el contrato, a conciencia de que ello supone un perjuicio para la otra parte. Claro está que, por otro lado, cabe la posibilidad de que exista dolo sin propósito de dañar ni obtener beneficio; aunque ello, en la práctica, sea extraordinariamente raro: bastaría entonces el «propósito de engañar», aunque de éste no derivase beneficio ni perjuicio para nadie, *a no ser que se considere como perjuicio el mero hecho de aceptar un contrato que en otro caso no se hubiera aceptado*.

deceptus [sic; *deceptor*] no sea perjudicar al *deceptor* [sic; *deceptor*], sino beneficiarse a costa de él, mediante un engaño del que es plenamente consciente: el perjuicio del *deceptor* será, pues, normalmente, una pura consecuencia (aunque plenamente aceptada) del beneficio que el *deceptor* busca conseguir (esto es lo que primordialmente pretenderá aquél)» [RdP (2006) p. 28; *vid.* hasta p. 29].

³²⁵ a) Según BOSCH CAPDEVILA, «[e]xiste por tanto, en el dolo, una intención de engañar, que no implica necesariamente la intención de perjudicar a la otra parte, si bien, en la mayor parte de las ocasiones, dicho perjuicio se producirá» [«Artículo II.-7:205» (2012) pp. 484-485]. En nota 59 de p. 485, el autor menciona a la STS 01.10.1986, en la que se apunta que «[...] el dolo «no implica precisamente la intención deliberada de ocasionar perjuicios a la otra parte», y, en sentido contrario, la STS 29.12.1999 que «sí exigió esa intención de perjudicar».

b) En la misma línea de lo que acabo de exponer en la anterior a), DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 237.

c) Y con anterioridad, según VAQUER ALOY, «[e]n otras ocasiones el TS se ha referido como elemento esencial del dolo al ánimo de perjudicar (SS de 31 de octubre de 1924, 23 de mayo de 1996 o [...] 29 de diciembre de 1999 [...]), pero parece más correcto entender que lo trascendente en realidad no es tanto el propósito de perjudicar cuanto el hecho de captar la voluntad del contratante, normalmente con el deseo de obtener una ventaja o un beneficio de cualquier clase» [CCJC (2001) pp. 626-627].

³²⁶ Expone DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «[y], por último, aunque esta postura ha sido descartada por la doctrina y la jurisprudencia, el *animus decipiendi* podría abarcar la intención de provocar un daño. Pero, como decimos [DOMÍNGUEZ YAMASAKI], hoy en día no se requiere en ningún caso que la intención del *deceptor* deba alcanzar la provocación de un daño; señalando parte de la doctrina que dicha cuestión puede deberse a la confusión entre el dolo vicio y el dolo relativo a la *culpa in contrahendo*, como origen de la responsabilidad por daños» [(2019) pp. 296-297].

*Esta última proposición parece más acertada, por lo dicho al tratar el concepto de dolo como vicio del consentimiento. El dolo que vicia el consentimiento, en efecto, produce el daño de dar lugar a que se perfeccione una relación contractual en contra de lo que hubiera sido la voluntad real y querida. Por tanto, hay un ataque a la autonomía privada y a la libertad personal. Ello da pie a considerar que el dolo *in contrahendo*, dentro de la teoría de los vicios del consentimiento, se encuentra en una situación intermedia entre los vicios que afectan a la libertad para contratar (violencia, intimidación), y los que provocan una defectuosa formación de la voluntad (básicamente el error).*

Así pues, el dolo vicio del consentimiento comporta siempre la producción de un daño, en el sentido que se acaba de explicar. La sanción que conlleva este daño para quien lo provocó es la validez claudicante de la declaración de voluntad emitida por dolo, y la consiguiente impugnabilidad del contrato, según lo que establecen los arts. 1300 y ss. del Cc.

Distinto de este daño es el que produce el dolo considerado como delito civil –no como vicio del consentimiento–. Este dolo es el que antes se ha catalogado como fuente de responsabilidad, bien sea contractual o extracontractual (arts. 1101 y concordantes; art. 1902, respectivamente)» (cursiva mía)³²⁷.

B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo

[41] *Actualmente, el Tribunal Supremo considera que el dolo no exige, del que lo realiza, intención de dañar al otro contratante. Sin embargo, antaño pueden encontrarse sentencias en las que se apunta al elemento subjetivo del dolo o ánimo de dañar (de perjudicar). Tanto en uno como en otro tipo de sentencias (grupos), las afirmaciones del Tribunal Supremo suelen ser, se comprobará, escuetas.*

[42] *Comenzando con el análisis de las sentencias en las que se entiende que el dolo no requiere intención de dañar al otro (primer grupo de sentencias), voy a referirme, a modo de ejemplo, a las STS, 1.ª, 27.03.1989, STS, 1.ª, 05.05.2009, STS, 1.ª, 01.06.2016, STS, 1.ª, 05.07.2016, STS, 1.ª, 01.03.2017 y STS, 1.ª, 02.03.2020.*

En la STS, 1.ª, 27.03.1989, el Tribunal Supremo considera que los vendedores actuaron dolosamente, con dolo omisivo, al no informar a los compradores que no podía construirse en la parcela, declarada zona verde. Según el Tribunal Supremo, existe actuación dolosa, aunque no se tenga conciencia de que con el silencio se causa daño, siendo aún menos necesario que el contratante doloso haya de tener intención de proporcionar, para sí o para tercero,

³²⁷ LLOBET I AGUADO (1996) pp. 144-145.

La idea de que el contrato celebrado, en sí mismo, es el daño, la manejan, a otros efectos, MORALES MORENO, *infra*, [104] [A.1] y RUIZ ARRANZ, *infra*, [131] e) [B] a).

*ventajas o beneficios patrimoniales*³²⁸. En la STS, 1.ª, 05.05.2009, en donde se conoce de la adquisición de una parcela, resolviendo el problema en que la misma no reunía la extensión mínima necesaria para la finalidad para la que se compraba (construir una estación de servicios) y en la que se entiende que el vendedor actuó con dolo, se dice que «no se requiere un especial ánimo de perjudicar con el negocio, sino que basta que la conducta activa, o negativa, obedezca al propósito de inducir a la contraparte a realizar la declaración viciada» (cursiva mía; *infra*, [55] [B.1.1] reproduzco el texto que contiene la anterior afirmación).

Más recientemente, *otro ejemplo*, lo suministra la STS, 1.ª, 01.06.2016. Los clientes celebran varios contratos de *swap* con el banco y ante las liquidaciones negativas que venían sufriendo, proceden a su cancelación anticipada, lo que les genera costes económicos. Los clientes, que entienden que no han de asumir tales costes, alegan en su recurso de casación, entre otras cosas, que el banco actuó con dolo omisivo pues no les facilitó determinada información (la fórmula para fijar el coste de cancelación, impidiéndoles conocer los parámetros a aplicar) y les generó la confianza de que la cancelación anticipada de los contratos no generaría liquidación económica. El Tribunal Supremo considera que no hubo dolo del banco y señala que el dolo exige «una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial»; que «el dolo se distingue del error en la conducta insidiosa del agente, en la maquinación o astucia» «del que induce al otro a contratar»; y que la «nota de malicia [del dolo]» que resalta su gravedad, «no debe confundirse con el ánimo de perjudicar» (cursiva mía; FD 2.º6). La doctrina de esta STS, 1.ª, 01.06.2016 se reitera poco después en la STS, 1.ª, 05.07.2016 (que reproduce parte de la anterior STS, 1.ª, 01.06.2016) y en la que también se conoce de un contrato de *swap*, no considerándose que hubiera habido dolo del banco (doy detenida cuenta de la STS, 1.ª, 05.07.2016 *infra*, [103] [A], al tratar de la prueba del dolo, y allí remito). E igualmente se reitera la doctrina de la citada STS, 1.ª, 01.06.2016 en las posteriores STS, 1.ª, 01.03.2017 para otro contrato de *swap* y STS, 1.ª, 02.03.2020 para un bono estructurado (como expongo *infra*, nota 332).

³²⁸ En la STS, 1.ª, 16.02.2010 puede leerse que «dolo es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, *generalmente en propio beneficio, aunque esto último no es exigible para que pueda considerarse que ha concurrido dolo*» (cursiva mía; *supra*, [23] [C] reproduzco el texto en el aparecen tales afirmaciones). Como apunté en [23] [C], se entiende que hubo dolo del comprador, que adquirió las acciones por persona interpuesta, e hizo creer a la vendedora que vendía las acciones por la oferta más alta.

A continuación, me ocupo específicamente de las citadas STS, 1.^a, 27.03.1989 y STS, 1.^a, 01.06.2016.

[A] *La STS, 1.^a, 27.03.1989 (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz)*

En síntesis, Federico y Regina compran una parcela de 1804 m² a Luis Miguel y María que incluía lo edificado, esto es, una caseta y pérgola en estado semirruinoso, vallado, bodega, aljibe y pozo, lo que les hizo creer que en la parcela podía edificarse una vivienda, pero, antes de la venta, la finca había sido declarada zona verde, algo que sabían los vendedores y silenciaron a los compradores (no les informaron). El precio de la parcela fue de 4.150.000 pesetas y según informes periciales, la parcela valía como predio rústico 180.000 pesetas y con las edificaciones 1.130.000 pesetas (esto es, el precio pactado fue excesivo). En primera instancia, entre otras cosas, se declara nulo el contrato por vicio del consentimiento, confirmándose en segunda instancia. Los vendedores Luis Miguel y María recurren en casación y alegan, entre otras cosas, aplicación indebida de los artículos 1265, 1269 y 1270 CC (motivo 2.^o). El Tribunal Supremo no casa³²⁹.

Para el Tribunal Supremo, la conducta de los vendedores Luis Miguel y María fue dolosa, *aunque no tuvieran conciencia de que, con su silencio, se causaba daño a los compradores Federico y Regina, siendo aún menos necesario que aquellos, los vendedores, tuvieran intención de obtener una ventaja patrimonial para sí o para terceros*. La conducta dolosa se encuentra «en el callar consciente o en otra conducta concluyente cuando preexista [...] un deber u obligación de verificar una comunicación o declaración según la buena fe o las concepciones dominantes en el tráfico». Lo anterior lo explica el Tribunal Supremo así:

«El segundo de los motivos acusa la «infracción por el concepto de aplicación indebida de los artículos 1269 y 1270 del Código Civil, y la violación de la doctrina legal establecida en las sentencias que cita, en el sentido de que el dolo principal o causante no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alegue». La *deseestimación de este motivo* se impone igualmente; en primer lugar porque según reiterada jurisprudencia, la apreciación de los hechos en que el dolo se funda es punto de hecho que es exclusivo del Tribunal sentenciador, por deducirse de la valoración de cualquier clase de pruebas directas o indirectas; por lo que para que prospere la alegación de inexistencia del vicio es preciso demostrar el error del Juzgador, por el cauce del número 4.^o del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello no obstante, el concepto del dolo puede considerarse una calificación jurídica; calificación que esta Sala de casación asume sobre la base de los hechos no impugnados por el cauce debido, *entendiendo que efectivamente la conducta del vendedor hay que considerarla dolosa, aunque no tuviera conciencia de que con su silencio causa daño a la otra parte, y menos es necesario que el contratante doloso tenga intención de propor-*

³²⁹ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

cionarse para sí o para un tercero ciertas ventajas o beneficios de carácter patrimonial; lo que no obsta a que se halle una conducta dolosa en el callar consciente o en otra conducta concluyente cuando preexista, como en este caso, un deber u obligación de verificar una comunicación o declaración según la buena fe o las concepciones dominantes en el tráfico. Máxime cuando el artículo 62 de la vigente Ley del Suelo y ordenación urbana [que transcribo *infra*, nota 810] impone al que enajenare terrenos no susceptibles de edificación según el Plan, o edificios o industrias, fuera de ordenación, «la obligación de nacer [*sic*] hacer constar expresamente estas calificaciones en el correspondiente título de enajenación», deber éste no sólo inexcusable e imperativo del actual recurrente [los vendedores Luis Miguel y María], sino que sorprendentemente en su recurso [de casación] pretende echar sobre su contraparte [los compradores Federico y Regina]. De todo ello deriva, sin duda, que no hubo infracción alguna cometida por la sentencia impugnada de los preceptos legales invocados en este motivo [de casación], sino cumplimiento estricto de los mismos; [...]» (cursiva mía; FD 3.º)³³⁰.

[B] *La STS, 1.ª, 01.06.2016 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo)*

En síntesis, antes de 2007, diversas sociedades del mismo grupo empresarial (los clientes) celebran con el *Banco Santander* contratos de permuta financiera por importe aproximado de 60 millones de euros. Ante la oferta del empleo de otro banco (*Bankinter*) de un producto más ventajoso, las sociedades cancelan las permutas financieras con el *Banco Santander*, teniendo una permuta un coste de 600.000 € y la otra, sin coste. El 06.03.2007, cada una de las sociedades celebran con *Bankinter* un *swap* de determinada duración y estos contratos, a propuesta de *Bankinter*, se cancelan sin coste y se sustituyen por otros contratos de los que se fija su duración, terminando en 2011. Estos otros contratos dieron lugar a liquidaciones positivas para los clientes, pero a partir de 2009 las liquidaciones les fueron muy negativas por la bajada brusca de los tipos de interés. Las sociedades demandan al banco y piden, entre otras cosas, la declaración de nulidad/anulabilidad de los contratos por vicios del consentimiento e indeterminación del objeto; subsidiariamente, piden la cancelación anticipada de los contratos sin

³³⁰ En su recurso de casación, los vendedores Luis Miguel y María *también* alegaron aplicación indebida de los artículos 1265 y 1266 CC y jurisprudencia de que el error ha de ser excusable (motivo 3.º), lo que el Tribunal Supremo *también* desestima, y en lo que interesa, dice:

«Las circunstancias fácticas que han servido de base a la sentencia recurrida indujeron a error al ahora recurrido [Federico y Regina] para concertar la venta cuya nulidad declara el fallo de aquella sentencia; circunstancias puestas de relieve en el primero de los mismos fundamentos; y las mismas circunstancias, en las que se incluye el silencio consciente del vendedor [Luis Miguel y María] acerca de la situación urbanística del predio, que él conocía pero no el comprador [Federico y Regina]; el que confiaba, dadas las edificaciones que había en él, en poder construir otras nuevas; todo ello señala suficientemente que la diligencia que utilizó el comprador [Federico y Regina] fue la normal, dadas aquellas circunstancias de tiempo y lugar sin que se le pueda acusar al respecto de incurrir en conducta culposa a tenor del artículo 1104 del Código Civil. De ahí que, como ha declarado esta Sala (sentencias, entre otras, de 1 de marzo y 25 de mayo de 1983), hay error si se compra una parcela para construir y luego resulta que esto no era posible por impedirlo la normativa urbanística; error que existe si la cosa objeto del contrato carece de las condiciones requeridas y que se le atribuyeron» (cursiva mía; FD 4.º).

coste; y subsidiariamente, si se considerasen válidos los contratos, la declaración de que el banco está obligado a abonar a las sociedades lo que, aplicando la fórmula de cancelación, les hubiese correspondido. En primera instancia se desestima la demanda de las sociedades. En segunda instancia se entiende que no hay indeterminación del objeto, ni error, ni dolo y se condena al banco a pagar a las sociedades la cantidad que corresponda aplicando la fórmula de cancelación. Las sociedades recurren en casación y alegan, entre otras cosas, infracción de los artículos 1265, 1269 y 1270 CC por considerar que hubo dolo omisivo (motivo 3.º). El Tribunal Supremo no casa³³¹.

Para el Tribunal Supremo, *el dolo es distinto del error, pues en el primero se exige una conducta insidiosa en la maquinación o astucia y esta malicia que resulta de la gravedad del dolo, no debe confundirse con el ánimo de dañar*. Según el Tribunal Supremo:

«[...] La jurisprudencia suele exigir para la apreciación de este vicio del consentimiento [dolo del art. 1269 CC] los siguientes requisitos: i) *una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, mediante palabras o maquinaciones adecuadas*; ii) la voluntad del declarante debe haber quedado viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño; iii) esta conducta debe ser determinante de la declaración; iv) el carácter grave *de la conducta insidiosa*; y v) el engaño no debe haber sido ocasionado por un tercero, ni empleado por las dos partes (recogida en las SSTs de 11 y 12 de junio de 2003).

La jurisprudencia también ha admitido que el dolo, en cuanto vicio del consentimiento, puede 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). Esto es, para que exista dolo omisivo ha de haber un deber jurídico de informar violado por el silencio. *Aunque no puede equipararse sin más el incumplimiento de un deber legal de información con el dolo*.

En cualquier caso, el dolo se distingue del error en la conducta insidiosa del agente, en la maquinación o astucia, ya sea activa o pasiva, del que induce al otro a contratar. Y es esta nota de malicia, que resalta la gravedad del dolo y que no debe confundirse con el ánimo de perjudicar, la que no se aprecia en este caso.

Aunque en alguna ocasión hemos extendido el deber de información del art. 79 bis 3 LMV a los concretos riesgos que pudieran derivarse del coste de cancelación, y hemos llegado a apreciar el error en el consentimiento como consecuencia de este defecto de información, *para la apreciación del dolo se requiere algo más. Es preciso que el silencio se haya empleado como medio de engaño*

³³¹ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

para lograr el consentimiento del cliente, lo que no ha quedado acreditado en la instancia, y el recurso de casación no permite alterar la base fáctica. Al respecto, conviene no olvidar que, no sólo no constan circunstancias que puedan poner en evidencia la existencia del engaño, sino que la sentencia de apelación declara probado que los representantes de las sociedades demandantes «fueron informadas de los riesgos del producto» y «conocían lo que firmaban» (cursiva mía; FD 2.º6)³³².

[43] En cuanto al *segundo grupo* de sentencias, aquellas en las que el Tribunal Supremo ha asociado *el dolo con el ánimo de perjudicar*, los autores suelen citar a la ya antigua STS 31.10.1924, de la que suelen advertir su carácter de mero *obiter dicta*³³³. Y ciertamente es así (el arrendador *incumple* dolosamente el acuerdo de 1916, de celebrar un segundo arrendamiento), además de que en la sentencia se mezcla el dolo en el incumplimiento y el dolo causal y el incidental (vuelvo sobre la misma *infra*, [62]). Advertido esto, lo que el

³³² Como he adelantado en el cuerpo del texto de este [42], la doctrina de esta STS, 1.º, 01.06.2016 es recogida en las siguientes sentencias:

a) La STS, 1.º 05.07.2016 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) que analizo *infra*, [103] [A] y allí remito. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

b) La STS, 1.º, 01.03.2017 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) en su FD 3.º1 [en este FD 3.º1 también se incluye a la STS, 1.º, 05.07.2016, la cual cito en la anterior a) de esta nota; *vid. infra*, [103] [A]].

En la STS, 1.º, 01.03.2017, en esencia, se conoce de cuatro contratos de *swap*. En primera instancia se estima que hubo error de la *Fundación Museo Marítimo Ría de Bilbao* (cliente) en relación con el cuarto contrato de *swap* celebrado con el *Banco Santander, S.A.*, declarándose su nulidad y la del contrato marco que tenían; para los otros tres contratos de *swap* se considera caducada la acción de *Fundación Museo Marítimo Ría de Bilbao*. En segunda instancia, si bien se entiende que la acción de *Fundación Museo Marítimo Ría de Bilbao* no había caducado para ninguno de los contratos, se considera que el cliente no tuvo error al celebrarlos, por lo que se estima la apelación del banco y desestima la demanda de *Fundación Museo Marítimo Ría de Bilbao*. En cuanto al Tribunal Supremo, según este, el cliente sufrió un error y declara la nulidad de los contratos de *swap*, con sus recíprocas restituciones; considera que no procede la nulidad del contrato marco; tampoco considera que el banco hubiera actuado con dolo omisivo. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

Y c) la STS, 1.º, 02.03.2020 (Pte. Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg) en su FD 3.º, en el que se citan a las sentencias de las anteriores a) y b) de esta nota.

En esta STS, 1.º, 02.03.2020, en síntesis, se conoce de un bono estructurado (tridente) celebrado entre el *Banco Santander, S.A.* y Camilo (cliente), pretendiendo este último su anulación por dolo, lo que el Tribunal Supremo no estima, pues «en el supuesto que enjuiciamos, no podemos apreciar ese plus de malicia, ese proceder contractual del banco de ocultar maliciosamente información relevante al actor [Camilo], cuando además de la documentación suministrada, consta en la sentencia del Juzgado que «los testigos, empleados del Banco sirven para corroborar que en las contrataciones de autos se dio personalmente la información con toda claridad y plenitud, que el propio texto de los documentos firmados no alcanzara a dejar claro»» (FD 3.º3).

De esta sentencia doy cuenta al tratar del inicio del cómputo del plazo de cuatro años para anular el contrato (art. 1301 CC), *infra*, nota 951, b). Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

³³³ Cita la STS 31.10.1924, por ejemplo, DE COSSIO Y CORRAL (*supra*, nota 314).

DE CASTRO Y BRAVO apunta que *incidenter tantum* (*supra*, [40] a) [B]); MORALES MORENO apunta que *obiter* [(1993a) nota 25 de p. 383].

Tribunal Supremo afirma es que «*el dolo consiste genéricamente en el propósito de dañar injustamente*».

Ya con mayor proximidad temporal, en ocasiones, el Tribunal Supremo se refiere sin más al elemento subjetivo del dolo o ánimo de perjudicar. En este sentido, por ejemplo, las STS, 1.ª, 15.07.1987 (de la que doy cuenta *supra*, [23] [A] al tratar de la tesis amplia del dolo), STS, 1.ª, 04.12.1990, STS, 1.ª, 15.06.1995 (de la que doy cuenta *infra*, [74] [B] cuando me refiero a la confianza, buena fe o ingenuidad de la víctima del dolo), STS, 1.ª, 23.05.1996, y STS, 1.ª, 29.12.1999³³⁴.

³³⁴ *He de advertir* sobre el dolo y el ánimo de perjudicar que, en diversas ocasiones, he encontrado citadas sentencias en las que se discute si hubo, o no, ánimo de perjudicar con la actuación dolosa (en concreto, ánimo de provocar indefensión). *No son sentencias en las que se conozca de un problema de contratos, el que a mí me interesa, sino que tratan de cambios de domicilio y si las comunicaciones/requerimientos llevados a cabo en juicios ejecutivos están, o no, correctamente hechas.*

Ejemplo de lo anterior es la STS, 1.ª, 22.01.1998 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Carretero Pérez; Cendoj, Roj STS 16973/1988), en la que se conoce de un recurso de revisión. Aquí, Banca Masaveu, S.A. reclama una cantidad en juicio ejecutivo a la Sociedad Cooperativa Principado de Asturias y el Juzgado de primera instancia estima la demanda de Banca Masaveu, S.A. y manda «seguir adelante la ejecución despachada hasta hacer trance y remate en los bienes embargados y los que en lo sucesivo puedan embargarse y con su producto entero y cumplido pago a la ejecutante, con las costas causadas y que se causen hasta el total pago de la cantidad de 3.000.000 de ptas. de principal gastos de protesto e intereses legales desde el protesto» (AH 1.º). Cooperativa de Viviendas del Principado de Asturias interpone recurso de revisión y señala que «[e]n la demanda se fijaba como domicilio de su representada el de Pablo Picasso núm. 2-1. Ciertamente esta Cooperativa tuvo su domicilio inicialmente en esa dirección, pero a la fecha de la demanda, ya hacía más de dos años que se había trasladado por lo cual no pudo llevarse a efecto la diligencia de requerimiento de pago del 16 de enero de 1986 ni mucho menos aún la de embargo, expresándose por la Comisión Judicial que «no se ha podido llevar a cabo el mismo, toda vez que dicha sociedad hace más de dos años que cambió su domicilio social de dicha vivienda y en la misma existe una Peluquería de señoras»» (AH 2.º).

En la sentencia del Tribunal Supremo se lee:

«[...] Dictada la sentencia de remate y en el momento procesal de anuncio de subasta de los bienes embargados, se plantea este recurso, [...], por haber obtenido la sentencia en virtud de maquinación fraudulenta» (FD 1.º).

«Según la recurrente [Cooperativa de Viviendas del Principado de Asturias], tal maquinación fraudulenta, se produjo por haber demandado la actora [Banca Masaveu, S.A. luego Banco de Inversión Herrero (Invherbank, S.A.)] a la Cooperativa en su domicilio fundacional –calle Picasso n.º 2, de Oviedo– en donde, desde hacía más de dos años, no radicaba y constando que, desde fecha 29-IV.1985, se había producido la inscripción del cambio de domicilio a la calle Flórez Estrada n.º 22, en el Registro de Cooperativas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Delegación de Oviedo, fecha anterior a la demanda, cuya presentación tuvo lugar en fecha 3 de mayo de 1985. *El fraude que presidió la presentación de la demanda permaneció oculto a la ejecutada hasta que «cayó en manos de un socio» el ejemplar del «Boletín Oficial del Principado de Asturias y de la Provincia» n.º 3.935, de 1-X-1986, en el que se anunciaba la subasta*» (cursiva mía; FD 2.º).

«[...] en cuanto a su fondo, *debe advertirse igualmente su falta de razón porque los propios estatutos de la Cooperativa, en su artículo 5.º, prevén, para los cambios de domicilio y «para la debida publicidad ante terceros», su publicación en el «Boletín Oficial de la Provincia» y en el Diario de mayor difusión, publicación que no se hizo con anterioridad a la presentación de la demanda, que tuvo lugar dos días hábiles después de la inscripción del cambio de domicilio y cuando la sociedad demandada [Cooperativa de Viviendas del Principado de Asturias] mantenía el primitivo en la Delegación de Hacienda y en la Seguridad Social, sin que nunca hubiera figurado en el Registro Mercantil*» (cursiva mía; FD 4.º).

De las referidas sentencias, a continuación expongo aquellas de las que no doy cuenta en otro apartado del trabajo.

[A] *La STS 31.10.1924 (Pte. Excmo. Sr. D. Diego Medina)*

Básicamente, Ramiro celebra con Emilio un arrendamiento de vivienda (piso principal) y local (planta baja; aquí, Ramiro desarrollará su actividad comercial) por una duración de diez años (desde el 01.01.1910 hasta el 31.12.1919). Vigente el arrendamiento, el 06.11.1916, el arrendatario Ramiro dirige una carta al arrendador Emilio y le solicita que se prorrogue el arrendamiento a su vencimiento, pues tiene intención de hacer obras en el local y ampliar sus negocios y subarrendar parte de la tienda, a lo que el arrendador Emilio contesta el 17.11.1916, diciéndole que harían otro contrato a la terminación del vigente. Sin embargo, poco antes de que finalice el plazo de este arrendamiento, Ramiro se entera de que Emilio va a vender el local a un tercero (*Unión Musical Española*) y el 02.12.1919 requiere notarialmente a Emilio, manifestando que ha tenido noticia de que Emilio había contratado la venta de la casa en que vivía y tenía su comercio y le solicita que acceda al otorgamiento de nuevo contrato, con iguales condiciones y mismo plazo que el primero, de conformidad con la carta de 17.11.1916, respondiendo Emilio que no podía aceptar el requerimiento. El 03.12.1919, Emilio vende el inmueble a *Unión Musical Española*. Notificada la venta a Ramiro, este contacta con *Unión Musical Española* y celebra con esta nuevos contratos de arrendamiento por el mismo precio e iguales condiciones que el anterior con Emilio, salvo que la duración sería por tiempo indeterminado, pudiendo rescindirse por mutuo aviso con término de quince días. El 01.06.1920, *Unión Musical Española* requiere a Emilio para que, dando por rescindidos los arrendamientos, deje libre y a disposición del dueño los locales para fin de mes. Finalmente, a finales de septiembre de 1921 Ramiro desaloja los locales. Ramiro demanda a Emilio y a *Unión Musical Española* y solicita con carácter principal que se declare su obligación de constituir el arrendamiento y condena al otorgamiento de escritura pública e indemnización de daños y perjuicios. En primera instancia se absuelve a *Unión Musical Española*, condenándose a Emilio a otorgar escritura de arrendamiento y a mantenerle en el disfrute de los locales, y en su defecto, al pago de daños y perjuicios. En segunda instancia se absuelve a Emilio de la obligación de otorgar escritura pública de arrendamiento, condenán-

«[...] Estas circunstancias excluyen toda idea de maquinación que la doctrina legal constante viene asociando en cualquier juicio sumario, especial u ordinario a un proceder doloso en el que es preciso que se demuestre un ánimo de dañar de provocar una indefensión, mediante «astucias», «artificios», «ardides», «argucias», «maniobras» o «acechanzas» que reflejan la malicia. En vista de los antecedentes expuestos no es posible apreciar la concurrencia de estos requisitos en la conducta del actor [*Banca Masaveu, S.A.* luego *Banco de Inversión Herrero (Invherbank, S.A.)*]. Por otra parte y dado el recentísimo cambio de domicilio, con una constancia pública, la ejecutada [*Cooperativa de Viviendas del Principado de Asturias*] pudo haber proveído, con una elemental diligencia, a la evitación de confusiones, en vista de la situación conflictiva, con diversos procesos en los cuales, según sus propias alegaciones, se vio envuelta» (cursiva mía; FD 5.º).

dosele a pagar a Ramiro la cantidad de 246.625 pesetas en concepto de daños y perjuicios. El Tribunal Supremo no casa.

En lo que interesa, según el Tribunal Supremo:

«[Q]ue inspirada en dicha ley, recopilada la base vigésima para la formación del Código civil, en 1888 vino a confirmar terminantemente que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas, consagrando así el principio de que toda obligación tiene su origen en la voluntad del hombre; y ajustados a dicha base los artículos 1088, 1089 y 1091 del vigente Código determina el primero las clases de prestaciones que pueden existir y ser objeto de obligación; comprende el segundo el contrato entre las fuentes originarias de la obligación y atribuye el último a la convención voluntaria erigida en contrato toda la eficacia de una ley, entre las partes que la establecieran, que debe ser cumplida a tenor de su contenido literal, si se dan los esenciales requisitos exigidos por el artículo 1261 del propio Código; y *habiendo Lletget [Emilio] prometido a García Suárez [Ramiro], en la carta auténtica de 17 de noviembre de 1916, prorrogarle por diez años y en iguales condiciones el contrato de arrendamiento vigente a la sazón sobre los pisos tienda, primero, y sus anejos de la casa número 30 de la Carrera de San Jerónimo, 1 y 3 de la calle Echegaray, de esta Corte, aquel ofrecimiento debe estimarse verdadero contrato y es fuente de obligaciones, como ha reconocido el Tribunal en la sentencia recurrida interpretando con acierto todos los artículos que se invocan agrupados bajo el motivo primero del recurso [de casación] a nombre de Lletget [Emilio] [...]*» (cursiva mía; cdo 2.º).

«[Q]ue el dolo consiste genéricamente en el propósito de dañar injustamente, es debido en todos los contratos, siendo nula, por lícita [sic; ilícita], la convención que pretendía redimir a la parte que lo usura; tiene el concepto de [dolo] causante, cuando sirve de ocasión para el contrato que a no mediar la astucia que lo caracteriza no se hubiera celebrado y se llama incidental, si sólo facilitó la celebración o consistió el dolo en incumplir el pacto; del causante se deriva acción para pedir la nulidad de lo convenido y el incidental sólo permite y concede a la víctima el derecho de reclamar indemnización de daños y perjuicios, todo conforme a los preceptos 1269, 1101 y siguientes del Código civil, de los cuales el 1106 se debe aplicar cuando el dolo no se ha originado en negligencia, ni fué prevenido en los términos de la ley o de la obligación correspondiente; y como de ninguna de estas clases de negligencia o previsión literal, según declara el juzgador, ha sido el dolo con que Lletget [Emilio, arrendador] dejó de cumplir su obligación, es indudable el derecho del contratante víctima [Ramiro] para pedir no solamente la pérdida sufrida, efectiva y conocida desde que se infringió el contrato de 1916, sino también la ganancia que pudiera dejar de obtener el acreedor García Suárez [Ramiro], por consecuencia de las alteraciones que el hecho doloso determinó sobre el tráfico a que venía dedicado, al impedirle que continuara por diez años más establecido en el local donde otro período igual de tiempo había constituido la base del patrimonio comercial en que injustamente, resultó desposeído; y hallándose atribuída la facultad de estimar la existencia de dolo en los contratos, como cuestión de hecho, a los Tribunales de instancia, la sentencia impugnada reconoce que existió el que a Lletget [Emilio, arrendador]

imputa, y además de estar conforme los hechos de que lo deriva, con lo que explícitamente reconoció dicho demandado [Emilio] en el pleito, no existen elementos que oponer, de los que taxiativamente [*sic*] determina el número 7.º del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque los documentos a que se refiere el undécimo número del motivo segundo no tiene el concepto de auténticos para estimarlos indubitados en la requerida eficacia procesal ni demuestran sino que el industrial García Suárez [Ramiro, arrendatario], sin solución de continuidad, sino contribuyendo a la Hacienda en locales que sucesivamente ocupara, que es cosa diversa a la paralización del tráfico objeto de estimación en el dictamen pericial; paralización que pudo perfectamente coexistir con aquel estado de ininterrumpida solvencia administrativa del comerciante, porque las utilidades del tráfico no están ligadas a la cualidad de cumplidor exacto ante las obligaciones con el Fisco; y *por virtud de esta incontrovertida declaración del Tribunal de instancia sobre la existencia del dolo, es indudable la aplicación del artículo 1106 del Código civil para en armonía con sus preceptos constituir la indemnización que tiene derecho a obtener el que había sido desposeído del derecho patrimonial mercantil creado en la casa de las calles Carrera de San Jerónimo y Echegaray*, y resultan injustificadas las pretendidas aplicaciones de los otros artículos del mismo capítulo legal que se invocan en el segundo grupo de infracciones del recurso» (cursiva mía; cdo 4.º).

[B] *La STS, 1.ª, 04.12.1990 (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz)*

En esencia, en 1984, Carlos Ramón (vendedor) vende a Simón y Carla (compradores) un local para instalar un bar, pagando los últimos, en ese momento, parte del precio y aplazándose el pago del resto. Llegada la fecha de pago para lo aplazado, los compradores no pagan. El 01.02.1985 Carlos Ramón y Simón celebran un contrato de arrendamiento del susodicho local y el 08.02.1985 acuerdan una resolución/desistimiento de la (anterior) compraventa, y una opción de compra del local cuyo precio es la parte del precio que de la anterior compraventa aplazaron. Carlos Ramón demanda a Simón y Carla y pide, entre otras cosas, la declaración de validez de la resolución y de la opción de compra, la del arrendamiento, y la de cláusula por la que se quedaba con la parte del precio de compraventa pagado por Simón y Carla, y su condena al pago de cierta cantidad en concepto de rentas. Simón y Carla reconvienen. En primera instancia se estima en parte la demanda de Carlos Ramón y desestima la reconvención de Simón y Carla. Carlos Ramón apela y en segunda instancia se declara la validez del contrato de 08.02.1985 (resolución de la compraventa y pacto de opción de compra), la validez del arrendamiento y se condena a Simón y Carla al pago de 840.000 pesetas; también se condena a Carlos Ramón al pago de 3.779.500 pesetas; se desestima la reconvención. Simón y Carla recurren en casación y alegan, entre otros extremos, inaplicación de los artículos 1265, 1266, 1269 y 1270 CC, ya que el consentimiento que dieron al contrato de arrendamiento «es nulo al haber existido error y dolo atribuible» a Carlos Ramón, pues, entre otras cosas, «no se enteraron de lo que firmaron por desconocer totalmente el idioma español y por

supuesto la legislación española» (motivo 1.º). El Tribunal Supremo considera no probado, ni el error, ni el dolo, y desestima el recurso de casación.³³⁵

En lo que interesa, el Tribunal Supremo, simplemente, se refiere *al aspecto interno, subjetivo o ánimo de perjudicar del dolo*. Dice:

«f) En el aspecto procesal, tanto la prueba del dolo como la del error incumbe a quien alega esos vicios del consentimiento, prueba no lograda en esta litis, y aunque se ha declarado por esta Sala que el error no tiene acceso a la casación (sentencia de 2 de abril de 1982) y que el dolo es cuestión de hecho en su aspecto externo (sentencia de 21 de diciembre de 1963), incumbiendo ambos en su apreciación al Tribunal de instancia, *no debe olvidarse que el dolo en su aspecto interno, subjetivo o ánimo de perjudicar es cuestión de derecho que puede ser revisada en casación, y que tanto en el dolo como en el error hay que distinguir la prueba de los hechos en que se basan, de la valoración o apreciación de esos hechos a efectos de determinar la clase de error o dolo comprobados, su carácter sustancial o accidental, y si es grave o leve; extremos todos ellos ampliamente censurables en casación, que no pueden ser examinados en esta litis por no aparecer hechos acreditados en que puedan basarse, y no haber sido impugnados los que sienta la sentencia recurrida por no haber utilizado el conducto procesal del número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Todo lo cual conduce a la desestimación del motivo primero del recurso» (cur-siva mía; FD 2.º).*

[C] STS, 1.ª, 23.05.1996 (Pte. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa)

En síntesis, el 13.03.1986, Serafín, Pedro Enrique y Evaristo (italianos; arrendatarios; adquirentes) celebran un contrato de compraventa/traspaso de negocio (industria) de restaurante de Paula (su titular), situado en una casa de la que la última es copropietaria con su marido (Constanza); además, a Serafín, Pedro Enrique y Evaristo se les arrienda el resto de la casa (arrendamiento de vivienda) y el local de negocio en el que se sitúa el restaurante; en la misma fecha, Serafín, Pedro Enrique y Evaristo pagan 3.000.000 de pesetas por la compra de la industria, fijándose el pago del resto del precio, 4.000.000 de pesetas, el próximo 30.08.1986. Serafín demanda a Paula y Constanza, en dos juicios que se acumulan. En el primero pide, entre otras cosas, la resolución del contrato, restitución e indemnización de daños y perjuicios; subsidiariamente, el cumplimiento de las obligaciones de hacer de Paula y Constanza como arrendadores. En el segundo juicio, Serafín pide la nulidad del contrato por ilicitud e indemnización de daños. En primera instancia se desestima la demanda de Serafín, recurriendo este en apelación. En segunda instancia se estima en parte su demanda, declárandose resueltos los arrendamientos del local de negocio y de la vivienda, y de venta del negocio (o industria) de restaurante, procediendo las oportunas recíprocas restituciones. Serafín recurre en casación y en su motivo 2.º alega, entre otras cosas, infracción de los artículos 1269 y 1265 CC, señalando que en la sentencia recurrida no se estima la existencia de dolo, entre otras cosas, porque, aunque no

³³⁵ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

existía licencia municipal para el restaurante, sí la había del Gobierno Civil, además de existir la licencia fiscal y laboral, y la industria estaba abierta pacíficamente al público³³⁶. El Tribunal Supremo, que entiende que no hubo dolo de Paula y Constanza, no casa.³³⁷

Al referirse a los requisitos del dolo, el Tribunal Supremo alude, simplemente, *al elemento subjetivo o ánimo de perjudicar del dolo*. En concreto:

«A lo largo de los razonamientos expuestos en el segundo motivo se aprecia que el recurrente [Serafín] está pretendiendo sustituir los criterios valorativos e interpretativos del Tribunal «a quo» por los suyos propios, lo que resulta inadmisiblemente casacionalmente. La parte [Serafín] hace especial hincapié en la cuestión relativa al dolo contractual en que incurrió el matrimonio demandado [Constanza y Paula], hasta el punto que en torno a él gira la invocación de cuantos preceptos estima vulnerados, y a este respecto, la definición que del dolo se da en el artículo 1269 del Código Civil, ha sido interpretada jurisprudencialmente en el sentido de estar caracterizado por la conjunción de dos elementos: *subjetivo o ánimo de perjudicar* y objetivo o medio externo, constituyendo el primer elemento una cuestión de derecho, y el segundo, una de hecho, así como que el dolo no se presume, al deber ser demostrado de manera cumplida, y semejante interpretación jurisprudencial fue acogida con toda fidelidad en la sentencia recurrida [...]. Sobre dicho particular, es cierto que en el fundamento expresado se estimó acreditada la inexistencia del preceptivo permiso municipal para la explotación en el local arrendado de la industria vendida, pero, asimismo, acreditado que desde el año 1982 hasta el 1986, fecha del contrato litigioso, y contando con la autorización del Gobierno Civil y de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social y con la licencia fiscal, se venía desarrollando pacífica y abiertamente la industria de bar-restaurante, y así, la Sala «a quo», haciendo, uso sin duda, de las facultades que le incumbían en el terreno valorativo, vino a considerar que la concurrencia de esas autorizaciones y de ese desarrollo comercial de manera pací-

³³⁶ Para el dolo, Serafín razona así en su recurso de casación: «[...] - Es prioritario tratar del dolo del artículo 1269, con el efecto declarativo del artículo 1265, señalándose que se hace erróneamente una interpretación favorable a que se trata de transgresión inocente [de Constanza y Paula], con lo que, asimismo, se ignora el artículo 1282, ya que los cónyuges transmitentes [Constanza y Paula] nunca estuvieron animados del deseo de dar aquello que aseguraban dar y que movió a los adquirentes [Serafín, Pedro Enrique y Evaristo] a contratar, siendo pertinente al caso la doctrina de la sentencia de 1 de Abril de 1992, confirmatoria del tratamiento debido a la ocultación contractual-, - Las normas legales administrativas por el sólo hecho de su publicación generan una presunción de conocimiento y aún cuando de contrario se hubiese alegado ignorancia de la normativa sobre el régimen de establecimientos públicos, a la contraparte incumbía destruir esa presunción, y la sentencia no contiene aseveración alguna en contrario de la ignorancia por parte de los destinatarios de la norma y se abstiene de pronunciarse respecto del conocimiento o no del Real Decreto 2816/82, de 27 de Agosto, Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas-, - Aunque para la sentencia ha quedado acreditada la inexistencia del correspondiente y respectivo permiso municipal para la explotación en el local arrendado de la industria vendida, entiendo que excluye en [sic; el] dolo la tenencia de la licencia del Gobierno Civil y las licencias fiscal y laboral, a lo que se une el que la industria estuviera pacíficamente abierta al público- y - No se ha producido ningún acto por parte de [...] Serafín, Pedro Enrique y Evaristo que implique malicia, ni negligencia, respecto de lo que les incumbía, mientras que el matrimonio demandado [Paula y Constanza] ha tenido un comportamiento generador de todas las vicisitudes padecidas-» (FD 7.º).

³³⁷ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

fica y abierta, descartaba la existencia del dolo contractual en los términos definitorios del artículo 1269, con lo cual, se imposibilita entender infringido el precitado artículo, con el efecto declarativo del [artículo] 1265 [CC]» (cursiva mía; FD 8.º).

[D] STS, 1.ª, 29.12.1999 (Pte. Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta)

Brevemente, se adquiere una sociedad que supone la adquisición de la finca *Malamedilla*, coto de caza, indicándose en el contrato que su extensión superficial es de 1.807 hectáreas, pero realmente tiene 1.352 hectáreas. Los adquirentes (*Imanol y Anegada, S.A.*) demandan a los transmitentes (Casimiro y Soledad) por entender que estos actuaron con dolo, pues sabían de la menor extensión de la finca y piden la restitución de parte del precio pagado, el cual se correspondía con las hectáreas no entregadas, e indemnización de daños y perjuicios. En segunda instancia se desestima la demanda de los adquirentes, quienes recurren en casación alegando infracción de los artículos 1269 y 1270.II CC en relación con el artículo 1460.I CC (motivo 1.º). El Tribunal Supremo, que no casa, señala que la finca se compra como cuerpo cierto, no habiendo dolo de los transmitentes (el adquirente visitó la finca, la conoce perfectamente al formalizar el contrato, la utilizó después a su entera satisfacción, y ante su reclamación extrajudicial, los vendedores ofrecen la resolución total del contrato con restitución de finca y precio).³³⁸

En lo que ahora interesa, el Tribunal Supremo se limita, de nuevo, a referirse al elemento «subjeto o ánimo de perjudicar». Lo hace en su texto explicativo, de que los transmitentes (vendedores) no actuaron con dolo:

«Efectivamente, la base casacional de este motivo se encuentra en tratar de demostrar la existencia de una actuación dolosa de los vendedores [Casimiro y Soledad] –ahora recurridos [en casación]– en la realización del contrato plasmado en documento privado, de fecha 2 de agosto de 1988, cuyo objeto era la compraventa de una finca-coto de caza, que se la indicaba con una extensión de 1.807 hectáreas, cuando la superficie real es de 1.352 hectáreas.

Pero, ahora bien, el *sustratum* esencial del mencionado contrato era la venta de una sociedad que implicaba en ello la adquisición de una finca rústica como cuerpo cierto, siendo pues puramente accidental, y nunca esencial la extensión superficial de la misma.

Todo ello lleva ineludiblemente a la proclamación de la ausencia total de dolo en la actuación de la parte vendedora [Casimiro y Soledad]. *Y ello, desde el instante mismo que en dicha actividad negocial no se dan los dos elementos esenciales para la existencia de tal dolo o maquinación maliciosa: como es el subjetivo o ánimo de perjudicar –cuestión de derecho– y el objetivo [de] una actuación inequívoca en la que trascienda el antedicho ánimo –cuestión de hecho–.*

³³⁸ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

En todo caso dicha actuación dolosa ha de ser probada inequívocamente sin que basten meras conjeturas o indicios (S. de 13 de mayo de 1991).

*Y en el factum de la sentencia recurrida, en relación con los dos anteriores presupuestos, se plasma paladinamente, la ausencia de tal «dolos malus», ya que el comprador [Imanol y Anegada, S.A.] visitó la finca en cuestión, incluso la conocía perfectamente en el momento de formalizar el contrato y la tuvo utilizando después a su entera satisfacción; y que incluso dicha persona –ahora recurrente [Imanol y Anegada, S.A.]– al reclamar extrajudicialmente por la menor extensión superficial de la finca al vendedor [Casimiro y Soledad], éste ofreció la total resolución del contrato con devolución de la finca y el precio» (cursiva mía; FD 2.º)*³³⁹.

3.7 Las palabras y las maniobras (un posible elemento material u objetivo del dolo)

A) La doctrina de los autores

[44] El artículo 1269 CC *solo* se refiere a las «palabras o maquinaciones» del que emplea el dolo como *medio* para inducir al otro contratante a la celebración del contrato (dolo causal). Los términos del artículo 1269 CC evocan, pues, un *comportamiento activo* del que comete el dolo y de ahí su denominación como *dolo activo*. El comportamiento activo puede consistir en un actuar o/y en una mentira. Manresa y Navarro, recuerdo, hablaba de «las mil formas, en suma, del engaño» (pero *vid.* todo su texto de *supra*, [17] [A]).

[45] *Sobre la manifestación de opiniones*, Rojo Ajuria apunta que «las meras opiniones, afirmaciones genéricas, no constituyen usualmente dolo»³⁴⁰. Para García Vicente, «[l]os juicios de valor o las opiniones no pueden sujetarse a una revisión en cuanto a su falsedad o veracidad, aunque a menudo sea difícil distinguir la exposición de hechos de los juicios de valor o las opiniones»³⁴¹. Por último, según Carrasco Perera, «si el emitente se limita a manifestar su opinión o a emitir un juicio, el destinatario [de tal declaración] no tiene protec-

³³⁹ La STS, 1.ª, 29.12.1999 continúa: «Todo lo cual lleva, y se vuelve a repetir, a la ausencia de los requisitos que según la doctrina científica se exigen para que el dolo pueda actuar, y que son plasmados en la sentencia de esta Sala de 11 de mayo de 1993, como son: a) una conducta insidiosa dirigida a provocar la declaración negocial, b) que la otra voluntad negociadora quede viciada en su libertad y conocimiento por tal conducta, c) que todo ello determine la actuación negocial, d) que sea grave y e) que no se haya causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes» (FD 2.º).

Sobre los requisitos del dolo y el Tribunal Supremo, *supra*, [34].

³⁴⁰ ROJO AJURIA (1994) p. 24.

³⁴¹ GARCÍA VICENTE, «Artículo 1269» (2013) p. 9125.

ción si actúa a su propia costa sobre la base de aquella manifestación»³⁴². Ahora bien, «[p]ueden existir opiniones insidiosas que deben valer como declaraciones de hechos, si es claro para el que las emite que la otra parte, dada la posición de desconocimiento de la que parte, legítimamente creerá que aquella opinión se sustenta en hechos incontrovertidos»³⁴³.

B) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

[46] Las sentencias del Tribunal Supremo (y las de las Audiencias Provinciales) permiten ilustrar *la gran variedad de comportamientos (maniobras, mentiras) que pueden encajar en el dolo activo*. Al respecto y por ejemplo, Lyczkowska, y Carrasco Perera, exponen respectivamente lo siguiente.

[A] En 2009, según Lyczkowska:

«Dicho comportamiento [la maquinación insidiosa] según la jurisprudencia analizada consiste sobre todo en: un cambio radical de condiciones de adquisición en el contrato de compraventa respecto de la opción de compra concedida (STS de 10 de marzo de 2008 [...] [la extracto *infra*, en el Anexo de sentencias), falsedad de documentación entregada (SAP Málaga de 22 de abril de 2005 [...]), manifestaciones inveraces acerca de la edificabilidad de la finca transmitida (STS de 20 de noviembre de 2002, [...])³⁴⁴, aplicación de una tarifa injustificada al servicio prestado (SAP Salamanca de 11 de marzo de 2002 [...]), inducción a

³⁴² CARRASCO PERERA (2021) 8/14, pp. 383-384.

³⁴³ CARRASCO PERERA (2021) 8/14, p. 384; continúa: «[l]a relativa asimetría informativa de las partes, la condición de perito de quien opina, la situación previa de confianza personal, el extremo sobre el que se opina, etc., pueden reconducir una opinión falsa a un dolo activo».

³⁴⁴ a) Sobre esta STS, 1.ª, 20.11.2002 (Pte. Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez), se celebra una permuta y el permutante que recibe la finca rústica (*Promagca, S.A.*) creía que era urbanizable y podría revenderla por una cantidad muy superior; lo cierto es que *Promagca, S.A.* había sufrido dolo de los vendedores. De modo muy sintético y claro, el Tribunal Supremo explica:

«Esta Sala de casación tiene que partir de los siguientes datos, tal y como se declaran en los Fundamentos Jurídicos Segundo y Tercero de la resolución «a quo» y, que son los siguientes: 1.º) PROMACGA [sic], S.A., y los hoy recurrentes otorgaron escritura pública de permuta de una finca rústica de los demandados, a la que se asignó un valor de 15.300.000 pesetas y una nave industrial de la actora, a la que se señaló un valor de 17.000.000 de pesetas, lo que tuvo lugar el 26 de febrero de 1993. 2.º) Según la Sentencia recurrida tal contrato de permuta es nulo, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1265, 1266 y 1269 C.c., ya que a través de la actuación dolosa de los demandados se produjo un error del consentimiento del representante de la entidad social PROMAGCA, sobre la cualidad urbanizable del terreno y ello llevó a firmar tal contrato de permuta, con un desequilibrio en la reciprocidad de las prestaciones hasta la mitad de su valor en lo recibido por la demandante, según la prueba pericial. 3.º) Se ha dado además la circunstancia de que un hijo de los demandados, trabajaba como Director Comercial de la empresa actora, a cuya iniciativa se debió la permuta y la preparación de la correspondiente escritura pública, sin pasar por la oficina de Madrid, lo que determinó que el representante de la entidad se trasladara a Zaragoza para la firma del documento en la firme creencia de que el terreno era urbanizable y podía enajenarse en la cantidad de 35.000.000 de pesetas. 4.º) No constaba tampoco al representante de PROMAGCA, quienes era los dueños del terreno permutado y el demandado, que trabajaba en la empresa, otorgó poder para que en su representación firmara su esposa la escritura» (FD 1.º).

Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

concertación de obras de mejora que ya han sido pagadas como obras ordinarias (STS de 2 de febrero de 1998 [...]), aprovechamiento de las circunstancias personales del otro contratante para ofrecerle un contrato perjudicial para él (SAP Granada de 22 de abril de 1995 [...], STS de 27 de febrero de 1989 [...]) [que expongo *supra*, [23] [B]], y STS de 15 de julio de 1987 [...]) [que expongo *supra*, [23] [A]], ocultación de las grietas de la vivienda transmitida encargando obras de albañilería (STS de 27 de febrero de 1989 [*sic*; STS, 1.ª, 18.07.1988, que expongo *infra*, nota 499 b])³⁴⁵ [...]), infravaloración de bienes de uno de los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales (STS 9 de septiembre de 1985 [...]), ofrecimiento de un producto en determinadas condiciones que luego no se cumplen (STS de 4 de diciembre de 1956 [...]) [que expongo *infra*, [73] [A]]»³⁴⁶.

[B] Con mayor actualidad, en 2021, según Carrasco Perera:

«La mayoría de los supuestos resueltos han consistido en manifestaciones falsas, parciales o engañosas. Así, se vende un camión del que se predicen determinadas cualidades que no existen realmente (STS 4 diciembre 1956 [...]) [que expongo *infra*, [73] [A]]; el vendedor afirma que los pisos vendidos disfrutaban de ciertas bonificaciones tributarias, lo que no era cierto (STS 28 febrero 1969 [...]) [que expongo *infra*, [62] [A]]; el vendedor oculta las grietas que hay en el edificio realizando obras de albañilería y pintura (STS 18 julio 1988 [...]) [que expongo *infra*, nota 499 b]); se hace creer al constructor que la obra ha invadido el fundo colindante, para forzar así su venta (STS 19 febrero 1996 [...]) [que expongo *infra*, nota 1114 b)). En ocasiones es la maquinación del vendedor, previa al contrato, para ocultar la verdad, lo que hace que finalmente su posterior reticencia a

b) *En el conjunto de casos sobre dolo de que conoce el Tribunal Supremo*, uno que podría calificarse de *típico* es la venta de inmueble que el comprador creía edificable, descubriendo luego que no lo era, o no, cómo él lo entendió (diferente volumen de edificabilidad, distinto destino del inmueble). Sentencias en las que, habiendo problemas con la edificabilidad del terreno, se consideró que hubo dolo son, por ejemplo, las STS 01.10.1986 (Pte. Matías Malpica González Elipe), STS 27.03.1989 (Pte. Jaime Santos Briz) y STS, 1.ª, 05.05.2009 (Pte. Excmo Sr. D. Jesús Engenio Corbal Fernández). Todas estas sentencias las extracto *infra*, en el Anexo de sentencias.

En su día señalé, *en función del concreto caso*, las posibles vías jurídicas en las que podían encajarse los problemas de edificabilidad de los inmuebles [FENOY PICÓN, CCJC (1989) pp. 899-901]. *Ahora y en lo que interesa* conviene que recuerde: «Respecto a este grupo de sentencias y refiriéndonos básicamente a los supuestos encauzados por error y dolo es posible afirmar que para que el Tribunal Supremo acoja la pretensión del recurrente (normalmente el comprador) se necesita que en la adquisición del terreno se haya dado una serie de circunstancias. Las que con mayor frecuencia el Tribunal Supremo tiene en cuenta en la apreciación del caso son las siguientes: a) El hecho de que el vendedor conociera que la parcela objeto de enajenación no era edificable y, sin embargo, mantuviera silencio (SSTS de 1 de octubre de 1986, 27 de marzo de 1989) o incluso llegara a asegurar lo contrario (STS de 20 de abril de 1965); respecto al dolo se habla de un deber del vendedor de informar que, en ocasiones, se conecta con el artículo 62 LS (STS de 27 de marzo de 1989); b) El hecho de que el comprador pudiera confiar que el terreno era edificable porque, por ejemplo, había en él unas construcciones (SSTS de 18 de febrero de 1985, 27 de marzo de 1989); c) El hecho de que por el precio pagado por el comprador pudiera concluirse que los contratantes consideraban un destino urbano (SSTS de 18 de febrero de 1985, 27 de marzo de 1989)» (p. 900).

³⁴⁵ En cuanto a la citada por LYCZKOWSKA, en el cuerpo del texto, STS, 1.ª, 27.02.1989, la expongo *supra*, [23] [B] y en ella se conoce de un contrato de renta vitalicia que se anula por haberse celebrado a causa del dolo. LYCZKOWSKA extracta dicha STS, 1.ª, 27.02.1989, ADC (2009) p. 429.

³⁴⁶ LYCZKOWSKA, ADC (2009) p. 449.

hablar se califique con dolo omisivo (STS 18 junio [sic; julio] 1988 [...] [que expongo *infra*, nota 499 b]): «maquillar» con obras defectos ocultos). El ocultamiento de bienes es calificado de maquinación insidiosa en contratos divisorios entre comuneros (STS 9 septiembre 1985 [...])»³⁴⁷.

[47] En relación con el comportamiento consistente en *mentir* al otro, voy a referirme a la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo sobre el artículo 10 LCS³⁴⁸ y *el deber del asegurado de declarar el riesgo al asegurador en el cuestionario concreto o específico, que el último somete al primero* (dolo activo³⁴⁹). El Tribunal Supremo ha hecho al respecto diversas considera-

³⁴⁷ CARRASCO PERERA (2021) 8/13, p. 383.

³⁴⁸ Recuerdo el tenor del artículo 10 LCS: «El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él.

El asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro. Corresponderán al asegurador, salvo que concurra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el momento que haga esta declaración.

Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración a la que se refiere el párrafo anterior, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.

El tomador de un seguro sobre la vida no está obligado a declarar si él o el asegurado han padecido cáncer una vez hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior. Una vez transcurrido el plazo señalado, el asegurador no podrá considerar la existencia de antecedentes oncológicos a efectos de la contratación del seguro, quedando prohibida toda discriminación o restricción a la contratación por este motivo» (cursiva mía).

³⁴⁹ *Calificación de dolo activo* que apuntan, *por ejemplo* (y adelantando algunas de las ideas que de inmediato señalaré en el cuerpo del texto):

a) DOMÍNGUEZ YAMASAKI: «[...] la ocultación de información por parte del tomador del seguro ha de ser concebida como supuesto de dolo activo –en caso de que dicha información falsa fuese suministrada mediante el *animus decipiendi*, y no con motivo de una culpa grave–./ En definitiva, en lo que respecta al *deber de responder o contestar* que ostenta el tomador del seguro, en el momento en que de manera concreta se le pregunta por una cuestión y éste contesta dando una respuesta falsa, como por ejemplo negando padecer enfermedad alguna, entendemos [DOMÍNGUEZ YAMASAKI] que la situación descrita responde más al dolo activo./ [...] Al respecto, la STS de 12 de diciembre de 2016 [...] indica, en relación al alcance del cuestionario, que «la circunstancia de que se tratara de una cláusula «estereotipada acerca de la salud general que presenta el asegurado» en el momento de suscribir el seguro, en la que no se concretaban preguntas relevantes acerca de la determinación del riesgo objeto de cobertura, esta sala descartó en ese caso que el asegurado hubiera infringido el deber de contestación o respuesta que le impone el art. 10 LCS por no mencionar la enfermedad (cáncer) que padecía»./ En cambio, si aparte de someter al tomador del seguro a preguntas de tipo genérico, además «se le preguntó específicamente acerca de patologías concretas (...) que además hubiera precisado tratamiento médico, constando igualmente acreditado que el asegurado sabía, al menos desde el año 1997, que sufría una patología cardíaca y respiratoria grave, para la que se le prescribió como tratamiento oxígeno domiciliario y que terminó siendo la causa de su invalidez», la situación es diferente. En el supuesto descrito, podría considerarse que, cuando el tomador del seguro dice no padecer ninguna de las patologías que se le enumeran, no nos encontraríamos en la esfera del dolo omisivo –el tomador no se estaría limitando a guardar silencio sobre un extremo–. Así, la respuesta negativa del tomador, ocultando la verdad sobre su estado de salud, podría encuadrarse

ciones. Así, que el deber de declarar del asegurado *es uno de contestación o de respuesta* al cuestionario de la aseguradora³⁵⁰; que el asegurado no puede justificar haber incumplido su deber de respuesta solo porque el cuestionario lo

drarse dentro de un caso de dolo activo en tanto que al tomador del seguro se le ha preguntado específicamente por dicha cuestión; es decir, la contraparte –la aseguradora– con su cuestionario solicita expresamente conocer dicha circunstancia y se entiende que es la única vía por la cual la aseguradora puede obtener tal información» [cursiva mía; (2019) pp. 288-289].

Vid. además la nota inmediatamente siguiente sobre la *STS 20.01.1964*, en la que los compradores preguntaron al vendedor, mintiendo este último.

b) CARRASCO PERERA: «[...] Por eso, la jurisprudencia reciente es constante en liberar al tomador si el asegurador no le ha presentado un *cuestionario de preguntas particularizadas*, porque sólo de las preguntas presentadas se responde por el dolo, que ya es, como se aprecia, un dolo *activo* que se funda en una mentira explícita y no una mera reticencia en callar. Sólo se encuentran excepciones a esta regla cuando el hecho no revelado es notorio y condicionante básico del seguro» [(2021) 8/29d, p. 399].

³⁵⁰ Aunque situándose en el ámbito del error vicio del artículo 1266 CC (el aplicado al caso), la *STS 20.01.1964* (Pte. Excmo. Sr. D. Emilio Aguado González) resulta aquí de interés. Básicamente, los compradores Hilario y Baldomero, que tienen una sociedad irregular y se dedican a la reventa especulativa de solares y de edificios, compran a Carlos un terreno que respondía a su actividad profesional. Aquéllos preguntaron varias veces a Carlos si el terreno estaba afecto a expropiación, lo que Carlos les negó e Hilario y Baldomero le entregan 100.000 pesetas en concepto de arras confirmatorias. Después, Hilario y Baldomero son informados de la expropiación por razones de prolongación de una calle y ensanche de otra de 400 m² que representan el 20% de la extensión total del terreno. En segunda instancia se declara nula la compraventa por error del artículo 1266 CC. El vendedor Carlos interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo no casa. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

Como sigue, el Tribunal Supremo describe los hechos y su calificación:

«[...] la *sentencia de instancia*, de [sic; da] *cómo ciertos y acreditados los siguientes hechos*: «a) que, entre los actores [Hilario y Baldomero] existía una sociedad civil irregular, dedicada a la especulación con terrenos, para la reventa de solares o de edificios construídos sobre ellos; b) que la finalidad de la compra de la finca, objeto del contrato discutido, respondió a esa actividad profesional y no al deseo de construir dos hoteles para ser habitados por los propios demandantes [Hilario y Baldomero]; c) que para comprometer el solar que les había gustado, anticiparon como señal la de 100.000 pesetas, a cuenta del precio que había de satisfacerse, como se hace usualmente en la compra de solares, por unidades de medida, no sólo en metros, sino también en pies cuadrados; d) *que cuantas veces preguntaron los compradores [Hilario y Baldomero] al vendedor [Carlos], si los terrenos estaban afectados a expropiación, les contestó que no, si bien inmediatamente después de entregada la señal, fueron informados de la existencia de una expropiación, sobre el solar, que afecta a cuatrocientos metros cuadrados de superficie y al ponerlo en conocimiento del vendedor [Carlos], éste se negó a rebajar el precio: mientras no lo acreditaran por documento oficial, la certeza de la expropiación, habiéndose aportado a los autos, efectivamente, certificación acreditativa de que el proyecto de ordenación de Canillas fué aprobado por la Comisaría de Urbanismo y es firme desde el 12 diciembre 1956 y la finca de autos está afectada por la prolongación de una calle y ensanche de otra, a costa de esta finca, en una extensión de otros cuatrocientos metros cuadrados; e) que, en consecuencia, la prestación del consentimiento, por parte de los actores [Hilario y Baldomero], fue inducido por un error sobre extremo tan substancial como es para un constructor que busca un solar edificable, la importantísima variación de límites impuestos por los planes de Urbanización, con la imposibilidad de disponer y edificar una cantidad de terreno equivalente al 20 por cien de la extensión total de lo adquirido, cuando el libre aprovechamiento para la edificabilidad de los terrenos, fué lo que dio principalmente motivo a celebrar el contrato, dadas las circunstancias de los compradores [Hilario y Baldomero] y de la operación, incluida por la actitud ambigua e insidiosa del vendedor [Carlos], al asegurar que los terrenos, no resultaban afectados por los planes de ensanche, cuyas seguridades determinaron la entrega de las arras o señal» (cursiva mía; cdo 2.º).*

Como he dicho al inicio de esta nota a pie de página, el caso *se soluciona por error del artículo 1266 CC y no por dolo del artículo 1269 CC*. Ahora bien, se habrá advertido que en el anterior cdo 2.º de la sentencia y en e), que el dolo se evoca al señalarse la actitud ambigua e insidiosa de Carlos, afirmando que

cumplimenta materialmente el personal de la aseguradora, o personal de la entidad que actúe por cuenta de aquella, si el asegurado fue quien proporcionó las respuestas; que el cuestionario no ha de tener una especial forma; que la eficacia del cuestionario de salud depende de que se redacte con las respuestas del tomador/asegurado; *que para apreciar la existencia de ocultación dolosa o, al menos, gravemente negligente del asegurado se tiene que constatar si el tipo de preguntas que se le formulan permiten que este pueda representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él, o que pudiera conocer, se refería*³⁵¹. Todo lo anterior lo recoge, por ejemplo, la STS, 1.^a, 01.07.2020, de la que paso a dar detenida cuenta.

este aseguró que el terreno no estaba afecto a planes de ensanche, lo que determinó la entrega de las arras por Hilario y Baldomero. Pues bien, el Tribunal Supremo también dice:

«Que en el cuarto motivo de recurso [de casación del vendedor Carlos] [...] se denuncia la infracción, por aplicación indebida, de los arts. 1300, 1265 y 1269 del C. Civ. por entender –según se expresa– que no concurren en el caso de autos, los elementos precisos para la aplicación de aquellos, al no existir el vicio del consentimiento que, sin fundamento, se acepta *pero es de advertir que, como esta Sala tiene declarado con reiteración, el error, como conocimiento equivocado de alguna circunstancia de la realidad exterior que pueda influir en el contrato o de aquello que sea substancial al mismo, no es más que una cuestión de hecho, cuya apreciación queda encomendada al razonable criterio del Tribunal sentenciador* [...]; y, en el caso de autos, decaídos los motivos primero y tercero del recurso [de casación del vendedor Carlos] *queda intacta la apreciación fáctica del Tribunal –al margen, por tanto, de la opinión que pudiera merecer a esta Sala– y el vicio del consentimiento declarado en la instancia, no puede ser desconocido y su valoración jurídica, dadas las premisas de hecho fijadas por la Audiencia, aparece correcta, siendo, por último, de señalar que la sentencia recurrida, aunque insinuó la posibilidad de la existencia de dolo, no hace, en definitiva, aplicación del art. 1269 del C. Civ., que el recurrente [el vendedor Carlos] invoca, y, por el contrario, apoya ostensiblemente su fallo en el párr. 1.º del art. 1266, que no se menciona en el motivo que se examina [sic; examina] y el que, como los tres anteriores, no puede, por todo lo dicho, pre- valecer»* (cursiva mía; cdo 6.º).

Vuelvo a ocuparme de esta STS 20.01.1964, *infra*, nota 584.

³⁵¹ *Por otro lado y comparando* la información que el asegurado ha de suministrar al asegurador en el cuestionario específico que este último somete al primero, *con la información* que, por ejemplo, bancos y otras entidades han de proporcionar al cliente en contratos financieros complejos, DOMÍNGUEZ YAMASAKI informa y considera:

«[S]e plantea si la omisión de información que por imperativo legal ha de suministrar una de las partes podría equipararse al dolo activo del mismo modo en que la ocultación de información por parte del tomador del seguro cuando la aseguradora le somete a preguntas específicas se equipara al dolo activo. Al respecto, la jurisprudencia relativa a las controversias surgidas en materia de productos financieros complejos entiende que la omisión de información relevante *«no impide que en algún caso [el cliente] conozca la naturaleza y los riesgos del producto»* –así sostenido por la doctrina jurisprudencial mayoritaria y reiterado en la STS de 22 de noviembre de 2018 [...].–

En consecuencia, uno y otro supuesto se diferencian en que se presume que el potencial adquirente del producto financiero complejo puede informarse por otros cauces sobre el producto financiero que va a adquirir, a pesar de que la entidad financiera ha incumplido los deberes de información acerca de la información relevante; mientras que se considera que la aseguradora únicamente puede obtener la información requerida a través de la declaración del tomador del seguro. Así, según la STS de 2 de diciembre de 2014 [...], *«a través del deber de la declaración del tomador del seguro de las circunstancias que delimitan el riesgo que se quiere que sea cubierto por el asegurador, aflora de manera nítida el carácter del contrato de seguro como de máxima de buena fe. En efecto, se sabe que, siendo tan importante la delimitación del riesgo, ésta no puede llevarse a cabo sin la colaboración del futuro contratante, que es quien únicamente conoce ciertas circunstancias y detalles»*» [cursiva del original; (2019) p. 292].

[A] *La STS, 1.ª, 01.07.2020 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile)*

[A.1] Brevemente, la esposa (Esmeralda) celebra un contrato de seguro de vida combinado y vinculado a un préstamo hipotecario, siendo ambos contratos de la misma fecha. En el cuestionario de salud que la esposa hizo y cumplimentado por la empleada del banco asegurador, la misma negó tener alteración física o funcional, haber seguido tratamiento médico, consumir o haber habitualmente consumido algún medicamento con o sin prescripción médica, y respondió afirmativamente a la pregunta de si tenía buen estado de salud. Lo cierto es que la esposa sí había seguido o seguía tratamiento médico (en 2004 se la diagnosticó hipertensión arterial, con tratamiento y control médico desde entonces; en 2008 se la diagnosticó hipertrofia ventricular izquierda e insuficiencia tricuspídea; desde 2004 padece asma bronquial; se le diagnosticó síndrome ansioso depresivo; en 2006 sufrió cólicos nefríticos; en 2009 se la intervino quirúrgicamente del túnel carpiano bilateral). El marido (Tomás) demanda a la asegurada, pidiendo entre otras cosas su condena al pago de determinada cantidad (la cantidad pendiente de amortización del préstamo). En segunda instancia se entiende que la esposa había ocultado dolosamente datos relevantes de su salud y que faltó a la verdad en el cuestionario al haber afirmado que su estado de salud era bueno. El marido (Tomás) recurre en casación por infracción del artículo 10 LCS, por inexistencia de dolo o culpa grave de su esposa Esmeralda (motivo 1.º). El Tribunal Supremo no casa³⁵².

[A.2] *En relación con el artículo 10 LCS, el Tribunal Supremo recuerda:*

«3. La reciente sentencia núm. 7/2020, de 8 de enero, sintetiza la jurisprudencia de esta sala sobre el art. 10 LCS [...]»³⁵³, de la que resultan los siguientes parámetros interpretativos:

(i) el deber de declaración del riesgo ha de ser entendido como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que además recaen las consecuencias que derivan de su no presentación o de la presentación de un cuestionario incompleto, demasiado genérico o ambiguo, con preguntas sobre la salud general del asegurado claramente estereotipadas que no permitan al asegurado vincular dichos antecedentes con la enfermedad causante del siniestro;

(ii) el asegurado no puede justificar el incumplimiento de su deber de respuesta por la sola circunstancia de que el cuestionario sea rellenado o cumplimentado materialmente por el personal de la aseguradora o de la entidad que ac-

Trato sobre contratos financieros complejos (*swap*, bono estructurados, etc.), a otros efectos, *supra*, [42], *infra*, [103], [115], [131] d) [A].

³⁵² Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

³⁵³ A los puntos suspensivos corresponde: «(con cita de las sentencias 572/2019, de 4 de noviembre, 106/2019, de 19 de febrero, 81/2019, de 7 de febrero, 53/2019, de 24 de enero, 37/2019, de 21 de enero, 621/2018, de 8 de noviembre, 562/2018, de 10 de octubre, 563/2018, de 10 de octubre, 528/2018, de 26 de septiembre, 426/2018, de 4 de julio, 323/2018 de 30 de mayo, 273/2018, de 10 de mayo, 542/2017, de 4 de octubre, 222/2017, de 5 de abril, 726/2016, de 12 de diciembre, 157/2016, de 16 de marzo, y 72/2016, de 17 de febrero, entre otras)» (FD 3.º).

túe por cuenta de aquella si está probado que fue el asegurado quien proporcionó las contestaciones a las preguntas sobre su salud formuladas por dicho personal;

(iii) el cuestionario no ha de revestir una forma especial de la que deba depender su eficacia, admitiéndose también como cuestionario las «declaraciones de salud» que a veces se incorporan a la documentación integrante de la póliza; y

(iv) lo que esta sala debe examinar es si el tipo de preguntas formuladas al asegurado eran conducentes a que este pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se referían, es decir, si las preguntas le permitían ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando intencionadamente datos relevantes para la exacta valoración del riesgo y causalmente relacionados con el siniestro.

4. En consecuencia, la eficacia del cuestionario de salud a los efectos del art. 10 LCS no depende, ni de la forma que revista, ni de quien lo cumplimente materialmente (tomador o un empleado de la aseguradora o de la entidad que actuara por cuenta de ella -como ocurre normalmente con seguros vinculados a préstamos, con el personal de la entidad bancaria, a veces del mismo grupo, como sucede en este caso-), sino de que el cuestionario se redacte con las respuestas facilitadas por el tomador/asegurado.

[...].

6. En cuanto a la validez material del cuestionario en atención a su contenido, para apreciar la existencia de ocultación dolosa o, cuanto menos, gravemente negligente, se ha de comprobar si el tipo de preguntas formuladas al asegurado eran conducentes a que pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se referían.

De manera que lo verdaderamente relevante para descartar la infracción del deber de declarar el riesgo por parte del tomador es que, «por la forma en que se rellenó, pueda concluirse que el tomador del seguro no fue preguntado por esa información relevante» [...] ³⁵⁴.

Como precisó la sentencia núm. 72/2016, de 17 de febrero, pese a que las preguntas sean genéricas, sin referencia a ninguna patología o enfermedad, configurado jurisprudencialmente el deber del tomador de declarar el riesgo como un deber de contestación o respuesta a lo que le pregunta el asegurador, y recayendo en este las consecuencias que derivan de la presentación de un cuestionario incompleto (en el que se omitan circunstancias que puedan influir en la exacta valoración del riesgo), lo relevante en tales casos es «determinar si las preguntas formuladas fueron o no conducentes a que, en sus circunstancias, el tomador pudiera razonablemente advertir o ser consciente de la existencia de antecedentes médico-sanitarios relacionados con su estado de salud que la aseguradora debiera conocer para poder identificar y valorar correctamente el riesgo asegurado con las coberturas de vida e invalidez contratadas».

7. La aplicación concreta de la jurisprudencia reseñada ha llevado a esta Sala a distintas soluciones, justificadas en cada caso por las diferencias de conte-

³⁵⁴ A los puntos suspensivos corresponde: «sentencias 72/2016, de 17 de febrero; 726/2016, de 12 de diciembre; 562/2018, de 10 de octubre; y 222/2017, de 5 de abril» (FD 3.º).

nido de la declaración-cuestionario. En este caso, por la similitud de circunstancias concurrentes, debe estarse particularmente a la doctrina contenida en las citadas sentencias 37/2019, 621/2018, 563/2018, 273/2018, 542/2017, 726/2016, y 72/2016, que, como recuerda la 7/2020:

«declararon la existencia de ocultación dolosa o, cuando menos, gravemente negligente (sentencia 542/2017), atendiendo no solo al hecho de que en algunos de esos casos el cuestionario no era impreciso (porque se preguntó al asegurado específicamente acerca de enfermedades concretas) sino también a que en otros casos, pese a la generalidad del cuestionario, existían «suficientes elementos significativos que el asegurado debía representarse como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar» (sentencia 621/2018, con cita de la 542/2017)».

Ello es así bien porque se ocultaron patologías previas por las que el asegurado fue expresamente preguntado a través de preguntas concretas, no genéricas o ambiguas, objetivamente influyentes para el riesgo que la aseguradora quería contratar (cuyo conocimiento y valoración podría haber determinado que no suscribiera el contrato o que lo hiciera en otras condiciones más onerosas para el tomador), bien porque, a pesar del carácter genérico del cuestionario, existían en el caso suficientes elementos significativos que el asegurado debía representarse como objetivamente influyentes o determinantes de la valoración del riesgo por la aseguradora» (FD 3.º).

[A.3] *En cuanto al caso, el Tribunal Supremo sí que considera que la esposa (Esmeralda) actuó con dolo o al menos con culpa grave:*

«8. En aplicación de dicha jurisprudencia, el recurso [del marido, Tomás] debe ser desestimado por las siguientes razones:

1.ª Las alegaciones del recurrente relativas a que el cuestionario no fue cumplimentado con las respuestas dadas por la asegurada contradicen la base fáctica de la sentencia recurrida.

2.ª De las respuestas de la asegurada [Esmeralda] resulta acreditado que, tras ser expresamente preguntada al respecto, negó (i) padecer enfermedad alguna, (ii) seguir tratamiento médico, (iii) haber sido sometida a alguna intervención quirúrgica, y (iv) consumir o haber consumido habitualmente medicación. Por el contrario, según resulta de su historial médico, al tiempo de suscribir la póliza tenía antecedentes clínicos, que no podía razonablemente desconocer, en concreto: (i) desde el año 2004, le había sido diagnosticado hipertensión arterial por lo que seguía un tratamiento médico, con prescripción de hasta cuatro medicamentos; (ii) en el año 2008, se le diagnosticó una hipertrofia ventricular izquierda, e insuficiencia tricuspídea; (iii) desde el año 2004 padecía asma bronquial; (iv) también se le diagnosticó un síndrome ansioso depresivo; (v) en 2006 había sufrido de cólicos nefríticos; y (vi) en el año 2009, se le intervino quirúrgicamente de túnel carpiano bilateral; todo ello antes de firmar el cuestionario, que tuvo lugar en el año 2010.

3.ª Todas estas patologías o antecedentes de salud (algunas de tipo cardiovascular que fueron objeto de tratamiento médico y farmacológico), se ocul-

taron a la compañía (pese a que se preguntó de forma específica a la asegurado [*sic*; Esmeralda] sobre su tensión).

4.^a) Por la variedad y continuidad en el tiempo de sus problemas de salud, y el citado seguimiento médico y farmacológico prolongado a que estaba sujeta y que fue negado, existían suficientes elementos significativos que la asegurada debía representarse como objetivamente influyentes del concreto riesgo que la aseguradora quería y debía conocer y valorar antes de suscribir el seguro, Y, sin embargo, fueron ocultados» (FD 3.^o).

3.8 El *dolus bonus*

A) *La doctrina de los autores*

[48] El Código civil *no se refiere expresamente al dolus bonus*³⁵⁵. Se trata, el presente, de un dolo que carece de la nota de antijuridicidad a la que me referí *supra*, [28]-[29] y, por dicha ausencia de antijuridicidad, es dolo admitido (*supra*, [30]). ¿En qué consiste?

En 1838, Escriche explicaba en su *Diccionario* y en la voz «[d]olo bueno», que este es «[l]a sagaz y astuta precaucion con que cada uno debe defender su derecho, y evitar todo detrimento y perjuicio que le amenace por engaño de un tercero; ley 2.^a, tit. 16, Part. 7.^a [que transcribo *supra*, [11] [A]]. La palabra *dolo* lleva consigo la idea de falacia ó malicia; y asi no puede llamarse *dolo* con propiedad lo que no es sino discreción para precaverse de las tramas y maniobras de un adversario» (cursiva del original)³⁵⁶. Ciertamente, como apunta García Vicente, «[l]a expresión *dolus bonus* parece contradictoria: el dolo implica siempre ilicitud y es difícil predicar de una conducta ilícita su bondad», pero «[l]os orígenes del término [*dolus bonus*] justifican la paradoja: la bondad del dolo se refirió primero a su licitud como medio de defensa frente a ataques de enemigos o ladrones; o como aquellas astucias empleadas para sobrevalorar o depreciar el objeto de la contratación», y «*más tarde* se equipara a la levedad del engaño, de manera que el pacto o contrato en que se padecía se mantenía porque los daños causados por el dolo eran de escasa entidad (Digesto 4, 3, 1, 3 y Digesto 4, 4, 16, 4 [transcribo ambos textos *supra*,

³⁵⁵ Pero advierto, y *adelanto*, que cuando el artículo 1270.I CC exige para el dolo que permite anular el contrato, que sea *grave*, algunos autores consideran tal gravedad como sinónimo de *dolus malus*, y al *dolus malus* se le contraponen el *dolus bonus*, con lo que se evocaría la existencia del último. Sobre esto y su crítica, *infra*, [69] y nota 540.

³⁵⁶ ESCRICHE, «Dolo bueno» (1874) p. 716.

[12] primera [A])»³⁵⁷ (cursiva mía; cfr. con la P. 7.16.2, antes mentada por Escriche).

Apuntado lo anterior, lógicamente, los autores se han ocupado de *definir y caracterizar al dolus bonus*. Por ejemplo, Albaladejo explica que «[s]ólo es dolo, propiamente hablando, el *dolus malus*» dentro del cual se dis-

³⁵⁷ a) GARCÍA VICENTE, «Artículo 1270» (2013) p. 9130.

b) En el siguiente texto de DE COSSÍO Y CORRAL se explica *también* la evolución del concepto de *dolus bonus*: «los romanos distinguían un «dolus bonus» de un «dolus malus». Sin intentar transportar esta distinción, fundada en ideas morales muy diferentes de las nuestras, al derecho moderno, podemos afirmar [DE COSSÍO Y CORRAL] que no basta que haya un engaño para que pueda hablarse de dolo en el sentido del artículo 1269 [CC]. Puede ocurrir, en primer término, que el dolo o maquinación se halle justificado y persiga un fin laudable: así, por ejemplo, el «dolus bonus» de los canonistas, que no es otra cosa sino el «dolus in spiritualibus», esto es, la mentira que ha inducido a otra persona a adquirir un bien espiritual (por ejemplo, un sacramento), dolo «qui iuvat et non decipit». Puede ocurrir que alguien por delicadeza, y con ánimo de favorecer a la contraparte, haga uso de algún artificio para que acepte un contrato que ha de serle beneficioso. Es claro que en este caso no podremos hablar de un vicio de la voluntad, y ni siquiera de dolo propiamente dicho./ Sin embargo, aunque no sea esta la finalidad del dolo, se plantea la cuestión de si en todo caso ha de exigirse una plena veracidad e información en la formación de los contratos, o si por el contrario, cabe admitir cierto margen de astucia entre las partes que contratan: así, por ejemplo, haciendo uso de elogios exagerados que constituyen lo que se conoce vulgarmente con el nombre de «propaganda». En tal sentido decían las fuentes romanas: «in pretio emptio et venditionis naturaliter licet contrahentibus se circumvenire» (D. 4, 4, 16, 4 [que transcribo *supra*, [12] primera [A]]: se admite por lo tanto el llamado «chalanceo», siempre que se mantenga dentro de los límites señalados por el uso. Godofredo decía a este respecto: «haec tamen circumventio, cuius fit hic, non est dolus, sed prudentia et industria quaedam rei familiaris augendae»» [(1955) pp. 326-327; *vid. supra* nota 318 b)].

Asimismo explica DE COSSÍO Y CORRAL: «En cuanto a los elogios producidos por la propaganda, no han faltado Códigos civiles que no los creen constitutivos de dolo más que en casos determinados. Así, el portugués establece que: «Las ideas vagas y generales que las partes cambian entre sí en relación a las ventajas y a las pérdidas que pueden resultar naturalmente de la ejecución o no ejecución de un contrato no son tomadas en consideración para la calificación del dolo y de la violencia». Y el Código general de los bienes para el Principado de Montenegro establecía que: «No se considera que hay dolo cuando aquel que ofrece una cosa hace su elogio, incluso de una manera exagerada, si en las relaciones comerciales no se atribuye gran importancia a estos elogios». Con razón observa Tag-Eldine que si el Juez en presencia, de hechos que el demandante calificase como dolosos, no tuviere para fojarse una opinión que tener en cuenta más que las reglas de la moral, el dominio del dolo no tendría límites, y envolvería casi por completo el campo de las transacciones civiles y comerciales. Pero el derecho no se confunde con la moral; debe tener en cuenta el estado de las costumbres y de las necesidades de la práctica de los negocios. La vida económica no sería posible si los Tribunales anulasen todas las convenciones concluidas bajo el imperio de la mala fe. Se hace preciso hacer una distinción, ya que la jurisprudencia no sanciona más que las maniobras dolosas de una cierta gravedad./ Decía Pothier a este respecto: «En el fuero interno, se debe considerar como contrario a la buena fe todo aquello que se aparte lo más mínimo de la sinceridad más exacta, la más escrupulosa; el solo disimulo sobre lo que concierne a la cosa que es objeto del contrato y que la parte con quien contrató tendría interés en saber, es contraria a la buena fe. En el fuero externo, no se atendería a aquel que alegase pequeños atentados contra la buena fe; en otro caso, habría un número excesivamente grande de convenciones que habrían de ser rescindidas. Solamente aquello que lesiona abiertamente a la buena fe es considerado en este fuero como verdadero dolo, es decir, aquellas malas maniobras y todos los malos artificios que hayan sido empleados para obligar a contratar a la otra parte»» (pp. 329-330). Todas las citas de (1955).

c) Sobre el tratamiento del *dolus bonus* en los derechos de los Países Bajos, portugués e italiano, FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [19] [B] pp. 1360-1361; para el derecho francés *anterior* a su reforma de 2016, [19] y [A] pp. 1358-1360, y para el *vigente* derecho francés [49] p. 1402; para el derogado derecho belga, [75] p. 1446 y nota 465.

tingue entre el dolo causante y el incidental, y «frente a él [frente al *dolus malus*] existe un denominado *dolus bonus*, consistente en aquellas alabanzas excesivas, afirmaciones exageradas, encomios de tipo general o abstracto, etcétera (así cuando la propaganda asegura de un producto que es el *mejor* o el *más* fino o el *más* barato o el *único* útil), que, si ciertamente tomados en su literalidad son engañosos, sin embargo, por ser habitual su uso en el comercio jurídico y sobreentenderse su verdadero alcance, no dan habitualmente lugar al engaño, y aun si, por excepción, lo dan, no permiten impugnar la declaración emitida por haberlos tomado en sentido riguroso, pues falta en ellos un verdadero comportamiento doloso y, por otro lado, el destinatario no debe ignorar su verdadera significación en el mundo negocial» (cursiva del original)³⁵⁸. Mucho más cercano en el tiempo, Carrasco Perera explica que en el *dolus bonus* se trata de «exageraciones y afirmaciones empleadas por un sujeto para encomiar las cualidades de los productos que vende o servicios que provee, con el fin de atraer clientes y promover las ventas», y se permiten (son «válidas»), si «no» sobrepasan «los límites tolerados por los usos negociales, y sea reconocible el carácter publicitario y propagandístico de las afirmaciones»³⁵⁹.

Más allá de lo anterior, actualmente, el artículo 4.3 *in fine* LCD se refiere a «la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que *no* se pretenda una interpretación literal» (cursiva mía)³⁶⁰.

³⁵⁸ ALBALADEJO, *ADC* (1957) pp. 992-993.

³⁵⁹ a) CARRASCO PERERA (2021) 8/16, p. 385; añade: «En rigor, la distinción entre el dolo bueno y el dolo malo no reside en las cualidades específicas del engaño procurado, sino en su reconocibilidad. Aunque la eficacia anulatoria del dolo no está impedida por la falta de excusabilidad de la conducta del engañado, si la inexcusabilidad consiste en que la mentira era objetivamente reconocible con facilidad por un sujeto de condición ordinaria, seguramente el engaño devenga inobjetable, mediante su reconducción al carácter de *dolus bonus*».

b) Además de los ya aludidos DE COSSÍO Y CORRAL [*supra*, nota 357 b)], ALBALADEJO y CARRASCO PERERA (en este [48]), para el *dolus bonus*, MORALES MORENO, *supra*, [30] y nota 285; ROJO AJURIA (1994) pp. 235-239; GÓMEZ CALLE (1994) pp. 42-43; LLOBET I AGUADO (1996) pp. 130-136, en particular pp. 131-132; FUENTESECA (2002) pp. 135-137; DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) pp. 40-41 e *infra*, [49] [B.2]; GARCÍA VICENTE, «Artículo 1270» (2013) pp. 9130-9131 y siguiente [B] de este [48]; DE LA MAZA GAZMURI (2010) pp. 315-316.

³⁶⁰ Al texto que reproduzco, en el cuerpo del texto, del artículo 4.3 LCD, le precede esto: «Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieren, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá, sin perjuicio de [...]».

[A] *La publicidad y el dolus bonus*

[A.1] Cámara Lapuente explica que, «dentro del amplio término de «publicidad» coexisten tres realidades: (i) la *auténtica oferta publicitaria* (que busca promover «directamente» la contratación), (ii) la *publicidad con contenido informativo* y (iii) [sic; (iii)] la publicidad sin ningún contenido informativo, sugerente, persuasiva, laudatoria, de puro reclamo (que busca promover «indirectamente» la contratación») (cursiva del original)³⁶¹. En esta última realidad de la publicidad, *añado*, se reconoce al *dolus bonus*.

[B] García Vicente, en 2003, indica que el *dolus bonus* «son maniobras respecto de las cuales y pese a su eficacia captatoria, esperadamente disminuida porque no determinarán la voluntad contractual, se ha borrado su cualidad de ilícitas: no son reprochables, desde esta perspectiva, las exageraciones sobre los bienes objeto del contrato»³⁶². Considera que «[e]sta concepción del dolo [*bonus*] no es incongruente con las normas relativas a la publicidad engañosa que exige que el acto engañoso sea «susceptible de alterar el comportamiento económico» del consumidor y cuando además para atender al carácter engañoso de una conducta se deberá atender «al contexto fáctico en el que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y las limitaciones del medio de comunicación empleado» (arts. 5 y 7 LCD)»³⁶³.

Y propone: «Tal vez el mejor modo de afrontar esta cuestión *sea fijar, en pro de la seguridad del tráfico y de una concepción más precisa del dolo, criterios objetivos de [sic; que] delimiten la capacidad de engañar de un mensaje, su idoneidad para hacerlo*. Es evidente que el examen de la idoneidad del engaño sólo puede llevarse a cabo *a posteriori*, de modo que siempre se juzga de manera hipotética, desde los concretos resultados insatisfactorios del contrato. *La idoneidad objetiva de los medios empleados para ocasionar engaño, como define este efecto el artículo 1269 in fine CC («es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho») debe remitirse al criterio id quod plerumque accidit referido al concreto deceptus, y no al buen padre de familia»; «[n]o podemos establecer un patrón abstracto de resistencia al engaño (aunque los apartados 2 y 3 del artículo 4 LCD remitan al consumidor «medio»³⁶⁴) o de ingenuidad admisible, pero sí un conjunto de conductas u omisiones idóneas en abstracto para engañar» (cursiva mía)³⁶⁵.*

³⁶¹ CÁMARA LAPUENTE, «Artículo 61» (2011) p. 519.

³⁶² GARCÍA VICENTE, «Artículo 1270» (2013) p. 9130.

³⁶³ GARCÍA VICENTE, «Artículo 1270» (2013) pp. 9130-9131.

³⁶⁴ Artículo 4 LCD: «2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio». Transcribo el artículo 4.3 LCD, *supra*, nota 360. Y, según el artículo 4.1 LCD: «1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores. [...]».

³⁶⁵ GARCÍA VICENTE, «Artículo 1270» (2013) p. 9131.

B) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

[49] A propósito del *dolus bonus*, las STS 16.01.1930 y STS, 1.^a 12.06.1982 son conocidas. Aunque en ellas el Tribunal Supremo no emplea la expresión *dolus bonus*, puede este ser reconocido (hubo declaraciones elogiosas). En la primera sentencia, la STS 16.01.1930, se vende un motor para poner en funcionamiento las muelas de un molino, sin embargo, el motor no tiene suficiente potencia para hacerlo y la harina, que de la molienda se obtiene, resulta granulosa. Ante la demanda del vendedor de que el comprador le pague el precio que restaba, el comprador reconviene y alega dolo del vendedor, por lo que la venta era nula. El Tribunal Supremo no lo estima, *ya que las alabanzas de las mercancías y sus condiciones hechas en la propaganda comercial no constituyen dolo del artículo 1269 CC*. En cuanto a la segunda sentencia, la STS, 1.^a 12.06.1982, se conoce de un contrato de edición de las ponencias de un Congreso de radiología, habiendo el cliente entregado una cantidad al editor para su publicación y firmándose un documento en el que el editor se obliga a devolver la cantidad recibida dentro de un plazo máximo, lo que el editor no hace, y el cliente le demanda su restitución. El editor alega que padeció dolo, pues fue inducido a engaño con las alagüeñas promesas del cliente de que el libro se vendería masivamente, lo que no se estima. De Verda y Beaumont critica la argumentación del Tribunal Supremo de que el error del editor sería inexcusable, lo que expongo *infra*, en el siguiente [B.2]. Ciertamente, sorprende que el Tribunal Supremo razone con criterios propios del error vicio del artículo 1266 CC para no estimar el dolo alegado (así, que el consentimiento no se vicia si puede evitarse con una regular diligencia, y que mucho menos es admisible el error, si el que contrata es persona perita y concedora del negocio). De esto otro doy cuenta *infra*, en el siguiente [B.3].

Por otro lado, cuando *supra*, [48] [B] expongo la opinión de García Vicente sobre el *dolus bonus*, este se refiere a la *publicidad engañosa*. En la STS, 1.^a 11.05.1993, una sociedad, cuyo objeto era la promoción inmobiliaria y la gestión, constitución y administración de comunidades de propietarios para construir edificios, hizo una campaña publicitaria para captar personas para que constituyesen una comunidad de propietarios, comunidad que actuaría como promotora y constructora de un edificio de viviendas. La comunidad de propietarios se constituyó con el antedicho objeto y apoderó a aquella sociedad para que hiciera, al respecto, las oportunas actuaciones. En el recurso de casación que la comunidad de propietarios interpone, se alega dolo de la sociedad, dado el carácter engañoso de su publicidad. El Tribunal Supremo no lo estima, *ya que la propaganda de la sociedad consistía en una simple invita-*

ción o incitación a formar parte de una comunidad dirigida a la construcción de viviendas mediante aportación pecuniaria de los comuneros y estos tenían pleno conocimiento de ello al otorgar los estatutos por los que se regiría la comunidad; la publicidad de la sociedad no fue una maquinación insidiosa dirigida a falsear la realidad que hubiera, por sí sola, motivado a la comunidad (a los comuneros) a la celebración de los contratos de mandato y prestación de servicios.

Paso a la concreta exposición de las tres anteriores sentencias.

[A] *La STS 16.01.1930 (Pte. Excmo. Sr. D. Mariano Avellón)*

En síntesis, el 03.06.1925, José compra, además de otros efectos, un motor a *Francisco Seguí y Compañía* (vendedor) para poner en movimiento las dos ruedas de un molino que molturaba harina. Sin embargo, el motor careció de la suficiente potencia para ello y la harina que se obtenía era granulosa. El vendedor *Francisco Seguí y Compañía* demanda a José y pide el pago de la cantidad que este le adeudaba (12.984,72 pesetas más intereses legales). José reconviene y alega que existió dolo y procedía la nulidad del contrato y, en el caso de dolo incidental, que procedía la indemnización de daños y perjuicios. En segunda instancia se desestima la reconvenición del comprador José y se declara la compraventa válida y eficaz, condenándose a José al pago de determinadas cantidades. José interpone recurso de casación y alega, entre otras cosas, la existencia de dolo de los artículos 1269 y 1270 CC (motivo 2.^o)³⁶⁶ e inaplicación del artículo 1124 CC (motivo 4.^o)³⁶⁷. El Tribunal Supremo entiende que no hubo dolo causal, ya

³⁶⁶ En concreto, según el motivo «[s]egundo [del recurso de casación del comprador José]. Violación, por inaplicación, de los artículos 1261, 1265, 1266, 1269, 1270 y 1300 del Código civil, en cuanto la Audiencia de Valencia desconoce que se contrató el motor, correas y demás accesorios con objeto de hacer funcionar el molino llamado de La Torre, en Altea, condición esta que es la que principalmente dio motivo al contrato, y siendo como la Sala sentenciadora proclama, por apreciación de la prueba, el motor insuficiente para mover las dos piedras que había en el molino, las correas impropias, dada la humedad del local, y la molienda granulosa o grosera, es indudable que el recurrente [José] prestó su consentimiento por error, recayente en la condición que principalmente le inducía a contratar, error en que incurrió por las terminantes manifestaciones que le hizo la Casa recurrida [*Francisco Seguí y compañía*] en las cartas de 23 y 30 de Junio de 1925, dándole seguridades de buen funcionamiento después de haber estado su técnico en el molino y de haber hecho un presupuesto detallado que la Casa presentó al recurrente [José] para decidirle a contratar, siendo indudable que esas seguridades, el silencio de la recurrida [*Francisco Seguí y compañía*] sobre la limitación de trabajo que la nueva fuerza imponía al molino, la redacción del contrato, que no expresa estudiantamente la contradicción ni limitación aparente respecto de los ofrecimientos preliminares, constituyen las palabras y maquinaciones insidiosas del artículo 1269, cualificativas del dolo y bastantes para inducir al recurrente [José] a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera realizado» (rdo 8.^o de la *STS 16.01.1930*).

³⁶⁷ En concreto, según el motivo «[c]uarto [del recurso de casación del comprador José]. Violación, por inaplicación, del artículo 1124 del Código civil y doctrina de las sentencias de 31 de Enero de 1916, 9 de Julio de 1904 y 7 de Junio de 1909, en cuanto se deniega la resolución del contrato, no obstante reconocer la Sala sentenciadora que el motor no era apto para poner en movimiento y accionar las dos piedras de que constaba el molino en que había de ser instalado; que las correas no eran a propósito, atendiendo la humedad del ambiente del molino, y que la harina que se obtenía era granulosa y más basta que la que de ordinario producía la molienda, eximiendo de esas responsabilidades la Audiencia a la Casa «Seguí», por

que en la propaganda comercial simplemente se alaba la mercancía y sus condiciones, ni hubo dolo incidental; en cambio, sí había de aplicarse la resolución del artículo 1124 CC y casa³⁶⁸.

En lo que ahora interesa, esto es, que no hubo dolo del vendedor *Franciso Seguí y compañía*, el Tribunal Supremo de modo escueto razona:

«[...] que el comprador-demandado [José] excepcionó la nulidad del contrato por la existencia del dolo causante y fundó en ella la reconvención; pero tanto el Juzgado como la Sala sentenciadora *no admitieron* la excepción [de dolo], que el presente recurso se formula en su motivo segundo³⁶⁹, *porque las casas constructoras de maquinaria hacen su propaganda comercial alabando la mercancía y sus condiciones; pero esta práctica no puede considerarse como una forma insidiosa para que exista el dolo definido en el artículo 1269 del Código civil*, y, por tanto, procede desestimar el motivo segundo del recurso [de casación del comprador José]» (cursiva mía; cdo 2.º).

«[...] que la indemnización de daños y perjuicios, lo mismo en su declaración, que en su cantidad, es de la competencia de la Sala sentenciadora, y ésta afirma que no siendo estimables, ni por el dolo incidental a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1270 o en el contenido en el artículo 1101 [CC], no puede estimarse el motivo quinto [del recurso de casación de José]; [...]» (cdo 5.º).

[B] *La STS 12.06.1982 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez)*

[B.1] Brevemente, Luis Pablo (cliente) celebra con Agustín (editor) un contrato para publicar las ponencias de un congreso de radiología. Luis Pablo entrega la cantidad total de 1.000.000 de pesetas al editor Agustín, para la publicación. Por otro lado, en un documento, Agustín se compromete a devolver en determinado plazo el 1.000.000 de pesetas recibido, pero esto no sucede y el cliente Luis Pablo demanda a Agustín y pide el pago de dicha cantidad e intereses. En su contestación a la demanda, Agustín alega, entre otras cosas, haber padecido dolo de Luis Pablo (este le había convencido con exagerado optimismo que se venderían 1.000 ejemplares del libro). En primera y segunda instancia se estima la pretensión del cliente Luis Pablo. El editor Agustín recurre en casación y alega inaplicación de los artículos 1265, 1269 y 1270 CC (motivo 1.º). El Tribunal Supremo considera, entre otras cosas, que Agustín es persona especializada en obras de medicina y que lo que influyó en su actuar contractual fue que lo que concertaba convenía a sus intereses de acuerdo con la más elemental diligencia de que conviene editar una obra, a quien por profesión tiene la de editor, y no casa³⁷⁰.

la errónea interpretación que da al contrato, considerando no incluida la finalidad que el recurrente [José] se proponía y que conocía el actor [*Franciso Seguí y Compañía*], de hacer funcionar el molino de La Torre» (rdo 8.º de la *STS 16.01.1930*).

³⁶⁸ *Infra*, en el Anexo de sentencias reproduzco los hechos que en su día extracté para esta *STS 16.01.1930*, lo que hice desde la perspectiva del incumplimiento del vendedor y el remedio de la resolución del artículo 1124 CC. Para el extracto que ahora hago en el cuerpo del texto, rdos 4.º, 5.º, 7.º y 8.º, y Fallo.

³⁶⁹ Motivo 2.º del recurso de casación que reproduzco *supra*, nota 366.

³⁷⁰ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

Concreta y más extensamente, el Tribunal Supremo argumenta:

«[...] que en relación con *el primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata* [...] *por pretendida violación de los artículos 1265, 1269 y 1270 del Código Civil, reguladores del dolo en materia contractual*, es de tener en cuenta que para apreciar error invalidante del consentimiento («errantis milla ese voluntas»), se requiere que sea esencial y excusable, pues de no ser así habría que estar a la norma de que los efectos del error propio son imputables a quien lo padece (sentencia de 21 de octubre de 1932), así como que el error productor de vicio en el consentimiento ha de ser sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y además inexcusable [*sic*; excusable] (sentencia de 16 de diciembre de 1943), esto es, que no se haya producido exclusivamente por culpa grave del que lo sufrió, o sea, por haber dejado de poner en la celebración del negocio la mínima diligencia exigible, y así no vicia el consentimiento el error que se hubiese podido evitar con una regular diligencia, y mucho menos es admisible el error cuando quienes contratan son personas peritas y conocedoras del respectivo negocio (sentencias de 15 de enero de 1910 y 14 de junio de 1943)» (cursiva mía; cdo 1.º).

«[...] que la doctrina expuesta en el precedente claramente conduce a la desestimación de dicho primer motivo que el recurrente don Agustín [el editor] fundamenta en que al suscribir el contrato en cuestión referido a la edición obra «Progresos de Radiología O.R.L.» (Otorrinolaringología) en 23 de julio de 1975, novando otro anterior, *lo hizo inducido a engaño por las «halagüeñas promesas del actor —el ahora recurrido [...] Luis Pablo— de que el libro se vendería de forma masiva»; porque esa afirmación además de no darla como probada la sentencia recurrida, siempre sería insuficiente como certeramente aprecia la Sala sentenciadora de instancia de una parte por ser razonable que quien pretende como autor o colaborador publicar un libro esté convencido de su valor así lo ponga de manifiesto al que lo ha de editar, y, de otra parte, debido a que las condiciones de editor del referido recurrente [Agustín], especializado precisamente en obras de medicina, de terminan [*sic*; determinan], lógicamente, que en su actuar contractual no influya como causa esencial motivadora de la prestación de su consentimiento aquellas afirmaciones, sino la consideración de entender que lo concertado convenía a sus intereses siguiendo la más elemental diligencia de que quien conviene en la edición de una obra por su profesión de editor» (cursiva mía; cdo 2.º).*

[B.2] De Verda y Beamonte, estando de acuerdo con el resultado de la presente sentencia (la no estimación del dolo, que el editor alega), *no lo está*, como adelanté en este [49], con la idea de que la irrelevancia del *dolus bonus* tiene siempre su causa en que el error fue inexcusable. *En su opinión*, la irrelevancia del *dolus bonus* reside en que el mismo *no es un comportamiento antijurídico, además de que, probablemente, no se cumplan otros requisitos para que el dolo sea relevante, como el del nexo de causalidad entre la maniobra y la captación de la voluntad del otro contratante*. Para De Verda y Beamonte, el *dolus bonus* no es supuesto de dolo. Dice así:

«No puede fundamentarse la relevancia [*sic*; irrelevancia] invalidante del *dolus bonus*, desde el argumento de que el error en el que se resuelve es siempre inexcusable. Esto es, reprochando al declarante haber incurrido en un comportamiento culpable, aduciendo que un contratante medio ha de contar con los elogios y exageraciones habituales en el comercio, de modo que puede evitar la captación de su voluntad mediante el uso de una regular diligencia.

Tal argumento, que supondría la aplicación del requisito de la excusabilidad en sede de dolo, ha de ser rechazado. En mi opinión [De Verda y Beamonte], ha de razonarse de otro modo. Si el *dolus bonus* carece de relevancia es porque en él no concurren los presupuestos del dolo, exigidos por los arts. 1269 y 1270 CC. Por definición, falta el elemento objetivo, caracterizador de la conducta dolosa, a saber, la antijuridicidad del comportamiento del destinatario [de la declaración]. Éste, en cuanto emplea medios tolerados por el ordenamiento jurídico y la común conciencia social, no infringe el principio de la buena fe y los deberes de lealtad contractual. Por lo que su conducta no podrá ser considerada como dolosa.

A mayor abundamiento, es de observar que en los supuestos, denominados de *dolus bonus*, con toda probabilidad, faltarán otros requisitos exigidos por los arts. 1269 y 1270 CC. En particular, el nexo de causalidad entre las maniobras del destinatario [de la declaración] y la prestación del consentimiento por parte del declarante (*dolus causam dans*). O por lo menos, en principio, no será presumible la captación de la voluntad ajena, porque el *dolus bonus*, por su propia esencia, «sólo podrá provocar el engaño en una persona que no pudiera valorar adecuadamente lo que ocurre ordinariamente en la práctica negocial, lo que ciertamente no tiene lugar respecto de una persona normal» (STS 16 enero 1930 [que expongo en la anterior [A]]).

En definitiva, el *dolus bonus* es irrelevante, simplemente, porque, no constituye un supuesto de dolo, cuya eficacia invalidante no podrá ser nunca desvirtuada, razonando en términos de culpa o negligencia, esto es, argumentando que el *deceptus* podía haber [evitado] la captación de su voluntad, mediante el uso de una regular diligencia. La solución contraria llevaría a privilegiar la mala fe del destinatario [de la declaración], en detrimento del derecho del declarante a demandar la tutela de la *integridad* de su consentimiento, derecho éste, que pienso [De Verda y Beamonte] que no debe decaer, pese a la negligencia con la que el *deceptus* se hubiera conducido durante los tratos preliminares o en el momento de la celebración del contrato.

Por las razones referidas no estoy de acuerdo [De Verda y Beamonte] con lo expuesto por la STS 12 junio 1982. [...].

Aunque estoy de acuerdo [De Verda y Beamonte] con el resultado al que llega la sentencia expuesta (desestimación de la demanda de anulación del contrato [por el editor]), la argumentación utilizada no la comparto. En mi opinión [De Verda y Beamonte], si lo que se quería era negar la relevancia del *dolus bonus* bastaba con poner de manifiesto la corrección negocial del comportamiento del destinatario [de la declaración]. Y si lo que se pretendía era negar la existencia de un nexo de causalidad entre las afirmaciones del organizador del congreso [Luis Pablo] y la prestación del consentimiento por parte del editor

[Agustín], este extremo podía haberse dado por probado mediante el recurso a la presunción de que un contratante medio, en las mismas circunstancias que el declarante, no hubiera visto captada su voluntad por las afirmaciones elogiosas respecto del libro, vertidas por el destinatario de la declaración»³⁷¹.

[B.3] *Por mi parte*, he de apuntar, como también adelanté en este [49], lo sorprendente de que, alegando el recurrente en casación, el editor Agustín, la infracción por inaplicación de los artículos 1265, 1269 y 1270 CC, el Tribunal Supremo se apoye en la *STS 14.06.1943*, sentencia muy conocida y en la que la discusión gira en torno al error del artículo 1266 CC, y no, en torno al dolo de los artículos 1269 y 1270 CC. *En lo que interesa*, en la *STS 14.06.1943* se lee:

«Que el motivo 1.º del presente recurso, [...], atribuye a la Sala sentenciadora la infracción del artículo 1266, párrafo primero, en relación con el artículo 1261, ambos del Código Civil, por no haber reconocido que la partida de 50.657,50 pesetas, no comprendida en la contabilidad de la sociedad, había de influir en la liquidación de la misma, es decir, en la substancia del contrato o, al menos, en las condiciones que principalmente dieron lugar a su creación, y que, consiguientemente, el consentimiento prestado a dicha liquidación se basó en un error substancial; pero es notorio que esta tesis, eje del recurso, no puede prosperar, ya que se ha de tener en cuenta: Primero. [...]. Segundo. *Que aun cuando el Código Civil patrio no establece expresamente el requisito de que el error sea excusable, hay que entender, con nutrida doctrina científica, que un error que se haya podido evitar con una regular diligencia no puede ser invocado por el que haya incurrido en él, para anular la declaración, o cuanto menos, que, según expresó esta Sala en sentencia de 15 de enero de 1910, es mucho menos admisible el error «cuando quienes contratan son personas peritas y conocedoras del respectivo negocio»*» (cdo 3.º)³⁷².

³⁷¹ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) pp. 42-43.

³⁷² a) Reproduce este pasaje del cuerpo del texto, de la *STS 14.06.1943*, FENOY PICÓN, *ADC* (2017) [209] p. 651, y en nota 699 de p. 651 indico: «De Verda y Beamonte: «[...] la consagración jurisprudencial del requisito de la excusabilidad tuvo lugar en virtud de la *STS 14 junio 1943* [...] considerando tercero»». El trabajo de De Verda y Beamonte, en el que este hace tal afirmación, es *Error y responsabilidad en el contrato*, 1999.

b) En cuanto a los hechos de la *STS 14.06.1943*, en resumen, en un contrato de disolución y división de una sociedad, el gestor (José) reconoce una deuda de la sociedad frente a Pilar, de cuantía 35.000 pesetas y este reconocimiento de deuda lo impugna José por error vicio en el consentimiento, pues en la contabilidad de la sociedad no se incluyó otra partida (50.657,50 pesetas) con cargo a la sociedad y frente a Adrián. En concreto, según la *STS 14.06.1943*: «Que el tema que trae a debate el presente recurso de casación no es otro que el de si el contrato convenido en la escritura pública de disolución de la Sociedad L. Hermanos y división de su haber, otorgada el 4 de septiembre de 1933, y más especialmente el comprendido en el documento privado de igual fecha, suscrito por el hoy recurrente [...] José [...] para saldar con [...] Pilar [...] la liquidación de aquella sociedad y en el cual se reconoció a favor de esta última señora un saldo por 35.000 pesetas que el citado [...] José se obligó a reintegrar en plazos sucesivos y en la forma que no perjudicase al desenvolvimiento de su industria, han de ser considerados nulos por el vicio en el consentimiento que invoca [...] G. L. [José], consistente en error de hecho substancial en las condiciones de la liquidación, a consecuencia de no haber sido incluida oportunamente en la contabilidad de la sociedad la partida de cargo por 50.657,50 pesetas, referente a operaciones de compraventa de trigos y harinas realizadas con [...] Adrián [...]» (cdo 1.º). En el cdo 5.º se lee: «[...] lo que en el fondo se preten-

[C] *La STS, 1.ª, 11.05.1993 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda)*

Básicamente, *Miraparque, S.A.* se dedica a la promoción inmobiliaria y a la gestión, constitución y administración de comunidades de propietarios para la construcción de edificios; tiene además una opción de compra sobre un solar y el proyecto y la licencia municipal de obras para la construcción de un edificio de viviendas convencionales. En el segundo semestre de 1985 lleva a cabo una campaña publicitaria para captar personas, para que estas constituyan una comunidad de bienes, comunidad de bienes que actuaría como promotora y constructora de un bloque de viviendas en el antes mencionado solar, si bien introduciendo modificaciones al proyecto inicial ya que el edificio de viviendas habría de ser tipo dúplex. El 25.01.1986 se constituye la comunidad de propietarios por quienes inicialmente aceptaron la oferta de *Miraparque, S.A.*, siendo su objeto la adquisición del solar sobre el que *Miraparque, S.A.* tenía la opción de compra y la construcción, en él, de un edificio de 32 viviendas dúplex y, en esa misma fecha de 25.01.1986, todos los comuneros que constituyeron la comunidad apoderan a *Miraparque, S.A.* para que esta pudiera por medio de sus representantes legales ejercitar una serie de facultades (compra del solar, gestión de la construcción del edificio, formalización de obra nueva, etc.). Además, se fija la cuantía a pagar a *Miraparque, S.A.* por la prestación de sus servicios. El 21.03.1986 y en representación de los comuneros, *Miraparque, S.A.* adquiere el solar que dispone de licencia municipal para construir un edificio, y el 14.10.1987 obtiene licencia de obras. En representación de la comunidad de propietarios, el 09.12.1987 *Miraparque, S.A.* contrata con otra sociedad para que esta ejecute la obra de las viviendas, la cual inicia la construcción. Poco tiempo después, entre el 11.12.1987 y el 22.12.1987, todos los comuneros (los iniciales y los incorporados después) revocan los poderes otorgados a *Miraparque, S.A.*

Miraparque, S.A. demanda a la comunidad de propietarios y pide, entre otras cosas, que el poder que se le confirió se declare irrevocable, que la comunidad de propietarios no ponga impedimento para el ejercicio de las gestiones, contrataciones y demás funciones, y que se les condene al pago 2.233.204 pesetas (e intereses legales), cantidad que es la factura que corresponde al periodo de julio de 1986 a octubre de 1987. La comunidad de propietarios reconviene y pide, entre otras cosas, que se declaren nulos y sin valor los pactos hechos con *Miraparque, S.A.* (mandato y prestación de servicios) y la restitución de determinada cantidad que habían entregado a *Miraparque, S.A.* En segunda instancia se estima la demanda de *Miraparque, S.A.* sobre la irrevocabilidad del poder y se condena a la comunidad a que no ponga impedimento a *Miraparque, S.A.* para que esta ejercite sus funciones y a que le pague la cantidad de 2.230.403 pesetas (e intereses legales), desestimándose la reconvenición de la comunidad de propietarios. Esta última

de por [...] José [...], a través de las complejas peticiones de sus escritos, es que asuma [...] Pilar [...] la participación que le corresponde en el cargo de 50.657,50 pesetas, omitido en la cuenta del señor [...] [Adrián]». El Tribunal Supremo entiende que no hubo error relevante.

No consta el ponente en el documento que manejo de *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, núm. 718.

recurre en casación y alega, entre otras cosas, inaplicación del artículo 1265 CC en relación con el artículo 1269 CC (motivo 3.º). El Tribunal Supremo entiende que no hubo dolo de *Miraparque, S.A.* (su publicidad no fue engañosa) y no casa³⁷³.

Tras referirse con carácter general a los requisitos del dolo, el Tribunal Supremo analiza si la publicidad de *Miraparque, S.A.* fue engañosa (si hubo dolo) y entiende que no, pues *en la propaganda había una mera incitación a contratar en la que se describía para qué se contrataba, lo que conocían los comuneros; la publicidad no fue una maquinación insidiosa.* En concreto, según el Tribunal Supremo:

«El motivo tercero [del recurso de casación de la comunidad de propietarios] [...] denuncia inaplicación del art. 1265 en relación con el 1264 [sic; 1269], ambos del Código Civil, que establece la nulidad del consentimiento por dolo. Definido en el art. 1264 [sic; 1269] del Código Civil el dolo como vicio del consentimiento contractual, comprensivo no sólo de la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, tal concepto legal exige la concurrencia de dos requisitos; el empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que puede consistir tanto en una actuación positiva como en una abstención u omisión, y la inducción que tal comportamiento ejerce sobre la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio que de otra forma no hubiera realizado, y en este sentido se pronuncia unánime la jurisprudencia de esta Sala cuya Sentencia de 22 de enero de 19SN [sic] afirma que «partiendo de que el dolo no se presume y debe ser acreditado por quien lo alega, no pudiendo admitir [sic; admitirse] por meras conjeturas o deducciones, y aunque el Código Civil no dice qué se entiende por él ni cuales son las características de la conducta dolosa, toda vez que se limita a definir el que vicia el contrato señalando algunas formas de manifestación dolosa, los requisitos comúnmente exigidos por la doctrina científica son los siguientes: a) Una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando por ello las palabras o las maquinaciones adecuadas; b) que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia; c) que dicha conducta sea determinante de la declaración; d) que sea grave si se trata de anular el contrato; y e) que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes.

Fundada la petición de nulidad de los contratos a que se refiere la reconvencción [de la comunidad de propietarios] en el carácter engañoso de la publicidad emitida por «Miraparque, S.A.», para la captación de miembros de la futura comunidad de propietarios, ha de tenerse en cuenta que los contratos celebrados entre «Miraparque, S.A.», y los recurrentes [la comunidad de propietarios], lo fueron de mandato y de arrendamientos de servicios, no de compraventa de viviendas, como quieren dar a entender los recurrentes en este motivo y en el anterior [de su recurso de casación], por lo que es claro que tal propaganda no puede considerarse como una oferta de contrato vinculante para el oferente y por la que

³⁷³ Expongo sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

éste viniese obligado a proporcionar a los aceptantes una vivienda de las características publicitarias a cambio de un precio también anunciado; *tal propaganda era una simple invitación o incitación a formar parte de una comunidad dirigida a la construcción de un grupo de viviendas mediante la aportación pecuniaria de los comuneros, como se detalla en los contratos de adhesión suscritos por ellos y en los que se hace constar las características de la edificación a construir y la situación urbanística del solar que habían de adquirir, [...] y de lo que tenían pleno conocimiento los comuneros al otorgar los estatutos por los que había de regirse.* No resulta aplicable al caso la doctrina contenida en las importantes Sentencias de 14 de junio de 1976 y 27 de enero de 1977 en que se dio indudable transcendencia a la publicidad realizada sobre los objetos vendidos como elemento de integración del contrato para fijar su contenido obligacional, pues en ambas sentencias se contempló un contrato de compraventa (no de arrendamiento de servicios, como en este caso), siendo la acción ejercitada la dirigida a obtener el cumplimiento del contrato en los términos contenidos en la publicidad realizada, *no la de la nulidad por vicio del consentimiento; por todo lo cual no puede estimarse que la publicidad realizada por «Miraparque, S.A.», constituya una maquinación dirigida a crear una imagen falsa de la realidad que hubiera mundo [sic; movido], por sí sola, a los recurrentes [la comunidad de propietarios] a concretar con la sociedad recurrida [Miraparque, S.A.] los contratos de arrendamientos de servicios y de mandato cuya nulidad se postula y en consecuencia, ha de rechazarse el motivo [de casación]» (cursiva mía; FD 3.º).*

3.9 La reticencia dolosa (o dolo omisivo o dolo pasivo; otro posible elemento material u objetivo del dolo). Su relación con el deber (obligación) de informar al otro contratante

A) La doctrina de los autores

[50] *En los artículos 1269 y 1270.I CC no se hace expresa mención de que el comportamiento doloso pueda llevarse a cabo mediante silencio (callando), no informando al otro contratante cuando había de haberse hecho; esto es, la reticencia dolosa o dolo omisivo o dolo pasivo no es expresamente (o literalmente) mencionada en el Código civil*³⁷⁴. A pesar de este dato norma-

³⁷⁴ a) En el FD 3.º de la STS, 1.ª, 05.09.2012 (Pte. Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel), que transcribo *infra*, [55] [A.5], se destaca que los artículos 1269 y 1270 CC *solo* contemplan «como elemento causal del dolo «*in contrahendo*» una conducta positiva en forma de palabras o maquinaciones», siguiendo al antecedente que representan los artículos 1282 APCC 1882-1888, 992 PCC 1851 (que transcribo respectivamente *supra*, [8] [C] y [B]), P 7.16.1 (que transcribo *supra*, [11] [A]) y D 4.3.1.2 (que transcribo *supra*, [12] primera [A]).

Vid. infra, nota 407, la crítica de ARNAU RAVENTÓS a que, en el FD 3.º de la antes citada STS, 1.ª, 05.09.2012, se atribuya «a la jurisprudencia el mérito de admitir que aquel vicio [el dolo] pueda manifestarse también de forma negativa», ya que *antes* del Código civil se admitía el dolo negativo.

tivo, la relevancia del dolo omisivo en relación con el Código civil fue *tempranamente admitida*. En este sentido, *en 1904*, Scaevola destacaba que el artículo 1269 CC se refería al dolo activo, por cuanto que en el mismo se exige que se hable o ejecute un hecho, y *admitía la relevancia del dolo omisivo. Trasladándose a periodo más cercano, los autores no dudan en admitir la reticencia dolosa en el marco del Código civil*³⁷⁵. Y a propósito del presente dolo, es muy citado el artículo de revista «El dolo omisivo», publicado en 1979, en la *Revista de Derecho Privado* y de Quiñonero Cervantes. Según Quiñonero Cervantes, «[e]n nuestra doctrina no conocemos postura opuesta a la admisibilidad del dolo omisivo como vicio del consentimiento» (cursiva mía)³⁷⁶. A continuación, reproduzco las oportunas explicaciones de Scaevola, y Cervantes Quiñonero.

[A] Según Scaevola:

«[e]l artículo [1269 CC] da al dolo un sentido positivo, es decir, quien lo comete habla ó ejecuta hechos para inducir al que trata de engañar á convenir en lo que él desea. Indudablemente esto es lo más general, exponiendo el que causa el dolo al que pretende hacer víctima de su engaño las excelencias del contrato.

Pero si se peca por acción, también debe de estimarse el dolo por omisión, ó sea cuando una parte oculta ó disimula á la otra los graves inconvenientes de la estipulación ó cualidades defectuosísimas de la cosa objeto del contrato, que de conocerlas luego el engañado no hubiera contratado» (cursiva mía)³⁷⁷.

[B] a) *En primer lugar*, Quiñonero Cervantes *plantea la cuestión* de si la reticencia dolosa puede tener encaje en el artículo 1269 CC. Dice:

«Históricamente, el concepto de dolo vicio del consentimiento ha reunido las notas de intencionalidad, conocimiento del actor, inmoralidad, etc., lo que se resume afirmando que el dolo es contrario a la buena fe, por tratarse del empleo de engaños, maquinaciones, astucias, malas artes. No cabe duda de que así tratado puede incluirse en el concepto de dolo cualquier conducta que, mediando el empleo de tales maniobras, produzca un resultado que induzca o fuerze [*sic*; fuerce] la voluntad de una persona. *El problema que se nos presenta es el de sa-*

b) Por lo que respecta a la P 7.16.1, mencionada en la *STS, 1.ª, 05.09.2012* [anterior a)], se refiere a las maneras en que el engaño puede tener lugar y en ella se apunta que el engaño puede suceder de muchas maneras, una mediante palabras mentirosas, *la otra, cuando se pregunta sobre alguna cosa y uno se calla engañosamente, no queriendo responder* y si se responde, se hace con palabras encubiertas de manera que un hombre no puede, por ellas, guardarse del engaño. En la actualidad, la conducta de que, preguntado por el otro contratante, este se calla, o responde mintiendo, se encuentra en el artículo 10 LCS (cuestionario del asegurador y deber de contestación o de respuesta del tomador del seguro/asegurado, de lo que me ocupo *supra*, [47]).

³⁷⁵ Por ejemplo, DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 328; ALBALADEJO, *ADC* (1957) p. 993; DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 202, p. 152; MORALES MORENO (1993a) p. 387; GÓMEZ CALLE (1994) p. 41; LLOBET I AGUADO (1996) pp. 140, 142-143; DE LA MAZA GAZMURI, *ADC* (2007) pp. 1862-1863; CARRASCO PEREIRA (2021) 8/24, p. 391.

³⁷⁶ QUIÑONERO CERVANTES, *RDP* (1979) p. 347.

³⁷⁷ SCAEVOLA (1904) pp. 639-640.

*ber si la misma idea de amplitud en lo que al concepto de dolo se refiere, se ha plasmado en los códigos civiles; y saber si partiendo de lo que el C. c. describe como dolo, puede considerarse lo que llamamos dolo omisivo, un vicio del consentimiento» (cursiva mía)³⁷⁸. Las «manoeuvres» [del hoy derogado art. 1116 CCF, que transcribo *supra*, nota 90] y su equivalente, «maquinaciones insidiosas» [del art. 1269 CC], sugieren, en principio, que la conducta necesaria para que el dolo se produzca ha de consistir en una serie de actos intencionalmente dirigidos a inducir la voluntad del otro. Así que está claro que ninguna de las partes debe inducir a la otra a realizar el negocio mediante «palabras» o «maquinaciones insidiosas», pero, ¿puede hacerlo mediante el silencio o la abstención? Indudablemente, el silencio y la mera abstención no son actos, sino ausencia de los mismos, pero sí son una «actitud» que el sujeto adopta; y ¿puede esa actitud ser dolosa?, ¿puede ser considerada una de las «maquinaciones insidiosas» a las que el art. 1269 se refiere?*

La respuesta, afirmativa o negativa, dependerá de la flexibilidad o amplitud con que se interprete la dicción legal» (cursiva mía)³⁷⁹.

b) Fijada la anterior cuestión, *en segundo lugar*, Quiñonero Cervantes responde que *el dolo omisivo sí está incluido en el artículo 1269 CC*. Dice esto otro ahora:

«Desde el punto de vista del significado que tienen los términos que utiliza el C. c. español para describir el dolo, vemos que utiliza la expresión «maquinaciones insidiosas». El significado de este término no excluye de su contenido una actitud omisiva.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua atribuye al vocable «maquinación», el significado de «trampa», «intriga» o «acechanza oculta y mal intencionada»; y cualquiera de las palabras propuestas pueden utilizarse en una interpretación gramatical para describir una actitud pasiva.

Nuestra doctrina, coincidiendo con la doctrina italiana, alude al dolo omisivo, con la forma de «reticencia dolosa», término este que, valorando su etimología, podría ser el más exacto para describir el dolo por omisión. La palabra «reticencia» viene de «re» y del verbo «tacere». Puede tener los siguientes significados: «no decir aquello que es necesario para conocer la verdad»; «callar haciendo creer que hay más cosas que decir»; «omitir voluntariamente circunstancias que *deben* ser comunicadas», deber, este último, impuesto por la buena fe.

Nuestro Diccionario atribuye al término reticencia (del latín *reticentia*), al [*sic*; el] significado siguiente: «Efecto de no decir sino en parte, o de dar a entender claramente, y de ordinario con malicia, que se oculta o se calla algo que *debería* o pudiera decirse». Es decir, que al referirse al dolo omisivo bajo el término «reticencia», se excluiría el adjetivo dolosa, pues del significado de la palabra se infiere su condición de tal.

[...].

³⁷⁸ QUIÑONERO CERVANTES, *RDP* (1979) p. 345.

³⁷⁹ QUIÑONERO CERVANTES, *RDP* (1979) p. 346; *vid.* hasta p. 347.

De todo se concluye que la interpretación gramatical que debe darse al término «maquinaciones insidiosas», ha de ser tal, que pueda incluirse en su significado cualquier actitud susceptible de conducir al error a una persona. Pues no sólo las palabras o las acciones que producen un engaño, sino que cualquier conducta o actitud ambigua y maliciosa que pueda llevar a él» (cursiva mía)³⁸⁰.

[51] Para que haya lugar a la reticencia dolosa *debe infringirse un deber (u obligación) de informar por quien calla y es autor del dolo, frente al que lo sufre*. Sin embargo, el Código civil no contiene un artículo que de modo expreso y con carácter general imponga a un contratante que, en determinadas circunstancias, tenga que informar al otro sobre ciertos aspectos y en la fase previa a la celebración del contrato³⁸¹. Pese a la ausencia de tal norma general y común sobre un deber de información precontractual, *entre los autores se reconoce su existencia con fundamento en la buena fe (objetiva) y, según a qué autor se acuda en consulta, esa buena fe puede justificarse en que es principio general de nuestro derecho, o/y en la buena fe del artículo 1258 CC, o/y en la buena fe del artículo 7 CC*³⁸².

³⁸⁰ QUIÑONERO CERVANTES, *RDP* (1979) p. 349; «aun sin recurrir a la analogía y a la equidad puede calificarse de dolosa tal conducta, pues ello puede deducirse de una recta interpretación del art. 1269 [CC]» (p. 354).

³⁸¹ a) BASOZABAL ARRUE, *ADC* (2009) pp. 664-665; CARRASCO PERERA (2021) 8/28, p. 394.

b) *Por contraste:*

b.1) En el derecho francés, tras su reforma de 2016, se regula el deber general de informar en la fase previa al contrato (art. 1112-1 CCF); sobre esto, FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [42] p. 1391, [45] pp. 1393-1394, [50]-[53] pp. 1402-1409.

b.2) En el vigente derecho belga, también se regula, con carácter general, el deber de información. Según el artículo 5.16 CCB: «Devoirs d'information/ Les parties se fournissent pendant les négociations précontractuelles les informations que la loi, la bonne foi et les usages leur imposent de donner, eu regard à la qualité des parties, à leurs attentes raisonnables et à l'objet du contrat». Analicé el equivalente y entonces proyectado artículo 5.20 (*Devoirs d'information*), *ADC* (2020) [88] p. 1460, [91] pp. 1464-1465. Para el derogado derecho belga, FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [76]-[77] pp. 1447-1450.

b.3) Para el derecho italiano, *vid.* la nota inmediatamente siguiente a la presente nota, en sus b) y c).

³⁸² a) *Por ejemplo*, ALBALADEJO, *ADC* (1957) p. 993 (indica además, que «según la clase de negocio, puede exigirse o no una mayor franqueza a los sujetos: mayor, por ejemplo, en contratos como mandato o sociedad; menor en otros, en que la contraposición de intereses justifica una superior reserva, y que el sujeto interesado en informarse investigue los datos que le importen: por ejemplo, en la compraventa o el arrendamiento»); QUIÑONERO CERVANTES, *RDP* (1979) p. 354 [este se refiere al art. 1338 CCI 1942, que transcribo en esta misma nota, en c)]; ASÚA GONZÁLEZ (1989) pp. 244, 250-254, 262; GARCÍA RUBIO (1991) pp. 41-42, *vid.* desde p. 39 (en p. 45 señala, en un contexto más allá del derecho civil estatal, que «se considera que en determinadas circunstancias las reglas de la buena fe exigen que una de las partes procure a la otra determinadas informaciones»); GÓMEZ CALLE (1994) pp. 12, 14, 18 (en particular), 81, 86-87, 99, 131, 135; CABANILLAS SÁNCHEZ, *RCDI* (1995) p. 750, *vid.* desde p. 748, y p. 787; LLOBET I AGUADO (1996) pp. 11, 38-40; DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) pp. 43-44, 51, y *Aranzadi Civil* (1998) p. 198 y nota 1 de p. 198 (en esta nota 1 afirma: «En nuestro Código civil no existe un precepto parangonable al expuesto [art. 1337 CCI 1942, que transcribo en esta misma nota, en c)] (no lo es, evidentemente, el art. 1258 [CC], que, expresamente, no contempla la *bona fides in contrahendo*). Pero es com-

Dicho lo anterior, es momento oportuno de que recuerde que Pérez García propuso ya, en 1990, añadir al artículo 1258 CC un segundo párrafo que dispusiera: «[t]odos los contratantes tienen derecho a recibir una información exacta, completa y comprensible *sobre cuantos hechos pueda comprender su consentimiento*» (cursiva mía)³⁸³.

Por último he de advertir, que Lyczkowska critica que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que me ocupó *infra*, [54] y ss, fundamente el de-

munis opinio, en la doctrina científica (en la que, sin duda, constituyó un hito el conocido trabajo de ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, RCDI, 1971, pgs. 859 y ss.), la de que el principio de buena fe vincula a las partes en el *iter* formativo del contrato); DE LA MAZA GAZMURI, ADC (2007) p. 1863, ADC (2010) pp. 1695-1696, y (2010) pp. 224-228 (en particular p. 225), 230-232, 241-244; DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN, CCJC (2011) apartado 2, p. 3; CÁMARA LAPUENTE, «Artículo 60» (2011) p. 484; MORALES MORENO, con carácter general y abstracto, ADC (2014) pp. 232-233.

Y situándose en una visión más amplia que la mía sobre el dolo, GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO señalan que «[e]n el caso español, la jurisprudencia reconoce ya sin ambages la aplicación del principio de buena fe en la fase preparatoria del contrato» [*Indret* (2010) p. 25], «[a]sí, por ejemplo, la STS 31.10.2001 [...], que cita la de STS, 1.ª, 26.2.1994 [...]» (nota 95 de p. 25); *vid.* pp. 23-25.

b) Para el derecho italiano, por ejemplo, ALONSO PÉREZ apunta: «La buena fe precontractual debe presidir el comportamiento de las partes que negocian. El ordenamiento jurídico, bien a través de una consagración legislativa (como acontece en Italia con los arts. 1337 y 1338 del *Codice civile* vigente), o por el juego de *topoi* tradicionales –principios generales, abuso del derecho, tutela de la confianza, *bona fides*, etc.–, impone a las partes el deber de conducirse correctamente en el desarrollo de las negociaciones precontractuales. El artículo 1337 del Código civil italiano no sólo señala el elemento objetivo de la relación precontractual, sino también el subjetivo: «[...]». ¿Cómo opera aquí la buena fe? Betti [apellido, mayúsculas en el original] lo señala muy bien. Las partes –dice– que no son todavía deudor y acreedor, pero que están en camino de serlo, se deben recíproco respeto a sus respectivos intereses. La actividad que se exige aquí podría calificarse de lealtad en las cosas, desengañándola de eventuales errores, hábito de hablar claro, que exige poner de manifiesto y con claridad a la otra parte la situación real reconocible y, sobre todo, absteniéndose de toda forma de reticencia fraudulenta y de toda forma de dolo pasivo que pueda inducir a una falsa determinación de la voluntad de la otra parte» [esta última cursiva, mía; RCDI (1971) pp. 868-869].

Más adelante indica, que «[e]l alcance de la responsabilidad precontractual quedaría válidamente compendiado en estas palabras a propósito de la interpretación del artículo 1337 del Código civil italiano: «El daño injusto que una parte ha ocasionado a la otra durante la etapa preparatoria de un contrato es resarcible únicamente si el daño ha sido producido de mala fe» (p. 891); y en nota 94 de pp. 891-892 indica: «Mengoni [apellido, mayúsculas en el original], *op. cit.*, «Riv. Dir. comm.», 1956, pág. 362. Piensa el autor, en presencia del artículo 1337, que en tal norma se contempla una figura especial de hecho ilícito, donde la medida de la responsabilidad del autor no vendría dada por el canon *culpa-diligentia* que sanciona el artículo 2043, sino por la mala fe. De forma que el artículo 1337 señalaría una singular involución del Código civil italiano hacia el planteamiento originario del Derecho romano clásico, que concebía la responsabilidad precontractual como responsabilidad *ex delicto* sancionada por la *actio doli* (cfr. pág. 362)».

c) El citado, en la anterior b), artículo 1337 CCI 1942 dispone: «Trattive e responsabilità precontrattuale.– Le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede».

Y según el artículo 1338 CCI 1942: «Conoscenza delle cause di invalidità.– La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto».

³⁸³ PÉREZ GARCÍA (1990) p. 359. *Vid.* además las consideraciones ASÚA GONZÁLEZ (2014) pp. 140-143.

ber de informar en la buena fe, «ya que la buena fe es un principio que debe regir todos los contratos, lo que termina llevándonos *ad absurdum*: silenciar cualquier condición del objeto transmitido que luego invoque el adquirente como obstaculizadora al cumplimiento del fin del contrato se convierte automáticamente en dolo omisivo, sin atender ya ni siquiera al ánimo de la parte que calla» y considera, que «[l]a imposición del deber de información tiene que estar justificada, bien en virtud de un deber legal que emane de la normativa especial aplicable al supuesto, bien por la necesidad de protección de la parte débil del contrato, cuya ignorancia sea excusable y justificada»³⁸⁴ (*infra*, [52] [A.2] reproduzco más ampliamente su opinión y allí remito).

[A] *Sobre el artículo 60.1 TRLGDCU (deber legal de información)*

[A.1] Frente a la regulación del Código civil, *en ciertos sectores del derecho estatal, con mayor o menor alcance, existen deberes legales de información*. Así, por ejemplo, en la contratación con consumidores. El artículo 60.1.I TRLGDCU, modificado en diversas ocasiones, trata de la «[i]nformación previa al contrato», y en su virtud, «[a]ntes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato y oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara, comprensible y accesible, la información relevante, veraz y sufi-

³⁸⁴ a) LYCZKOWSKA, ADC (2009) pp. 446-447; lo que transcribo en el cuerpo del texto se inserta en el fragmento más amplio que de la autora reproduzco *infra*, [52] [B].

b) Lo cierto es que el deber de información con fundamento en la buena fe cuenta con límites. Sobre los límites a dicho deber de información, DE LA MAZA GAZMURI (2010) pp. 232-238, 244-266. DE LA MAZA GAZMURI no es partidario de extraer un deber general de información derivado de la buena fe de carácter muy, o extremadamente, amplio, para los deberes de información atípicos (en pp. 241-244, expone las opiniones de algunos autores que sí lo conciben con ese carácter muy, o extremadamente, amplio). Por su parte, De la Maza Gazmuri considera y aclara:

«A. ¿Un deber general de informar? [mayúsculas en el original, siendo título de epígrafe]

La primera parte de esta investigación muestra, a propósito de los deberes precontractuales de informar típicos, que existen dos modelos que pueden utilizarse para configurar dichos deberes. El primer capítulo, referido al tratamiento de la evicción y a los vicios redhibitorios en el Código civil, permite advertir el primero de estos modelos, al que he denominado [DE LA MAZA GAZMURI] de «deberes excepcionales». Se trata de un modelo en el que la existencia de deberes precontractuales de informar se encuentra limitada a supuestos circunscritos, identificados por el legislador. El segundo modelo surge a propósito del estudio que se realiza en el segundo capítulo de las relaciones entre consumidores y empresarios. En este ámbito, la opción del legislador ha sido establecer deberes precontractuales en forma extremadamente amplia; en términos tales que puede señalarse que, generalmente, el empresario debe suministrar información al consumidor. A este segundo modelo lo he denominado [DE LA MAZA GAZMURI] de «deber general».

El objeto de estudio en la segunda parte de este capítulo son *los deberes precontractuales de informar atípicos, esto es aquellos que no ha tipificado el legislador, sino que se extraen por los jueces directamente de las exigencias de la buena fe*.

La tesis que voy a defender [DE LA MAZA GAZMURI] en este apartado es que existen buenas razones para no utilizar el modelo de deber general para concebir la configuración de los deberes atípicos y, por el contrario, lo adecuado es optar por un modelo de deberes excepcionales. [...]» (cursiva mía; p. 241).

*ciente, sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas»*³⁸⁵.

[A.2] Cámara Lapuente considera que «con razón [...] en el ámbito de la contratación de consumo [y frente al «Derecho tradicional y común de contratos vigente en España»]; cursiva mía] se ha invertido el paradigma, pasando de un consentimiento libre, basado en la autonomía de las partes, a un consentimiento informado, garantizado por deberes legales de información precontractual (Sefton-Green [apellido, mayúsculas en el original], [...]), en aras de una mayor solidaridad en el ámbito contractual»³⁸⁶.

Indica además, que «[p]ara paliar las deficiencias informativas del mercado que, jurídicamente, el Derecho común de contratos no llega a resolver satisfactoriamente sólo con la cláusula general de buena fe [cursiva mía], el Derecho del consumo trata de anticiparse a los problemas de malformación del consentimiento desglosando una serie de deberes de información precontractual, de los que el nuevo art. 60 TR-LGDCU es paradigma y cabecera, con los siguientes fundamentos y finalidades [...]: en primer lugar, *proteger la libertad de decidir sobre si contratar o no con pleno conocimiento de causa*. En segundo lugar, *permitir conocer las cualidades de la prestación en términos que permitan comparar los bienes o servicios, junto con sus condiciones jurídicas y económicas, de manera que no sólo se protege un consentimiento libre y bien formado, sin vicios, para elegir un concreto bien o servicio, sino que se favorece la competencia y el correcto funcionamiento del mercado*. En tercer lugar, *facilitar la comprensión del alcance del compromiso que se adquirirá, tanto en el plano económico como jurídico*, con el desglose previo de las circunstancias en que se desenvolverá la ejecución del contrato y los derechos y obligaciones que afectarán al consumidor» (cursiva mía)³⁸⁷.

³⁸⁵ El artículo 60.1 TR-LGDCU continúa, en su párrafo II, haciendo expresa mención del consumidor vulnerable: «Sin perjuicio de la normativa sectorial que en su caso resulte de aplicación, los términos en que se suministre dicha información, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, además de claros, comprensibles, veraces y suficientes, se facilitarán en un formato fácilmente accesible, garantizando en su caso la asistencia necesaria, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses» (cursiva mía). Para el consumidor vulnerable, *supra*, [3] c).

³⁸⁶ CÁMARA LAPUENTE, «Artículo 60» (2011) p. 484. *Vid. de la nota inmediatamente siguiente*, b), en relación con López Maza/García Vicente.

³⁸⁷ a) CÁMARA LAPUENTE, «Artículo 60» (2011) p. 489; de interés hasta p. 493.

b) Similares razones y funciones, a las expuestas por Cámara Lapuente, apuntan LÓPEZ MAZA/GARCÍA VICENTE para los deberes precontractuales de información en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios. Dicen:

«Las razones para establecer deberes de información en el Derecho contractual de consumo son múltiples y guardan una estrecha correspondencia con las insuficiencias del Derecho común de contratos y con el repudio, matizado, de la desigualdad informativa entre consumidor y empresario o profesional. En todo caso, razones (por qué se ordenan) y fines (para qué sirven) se entremezclan.

Tales razones, predicables no sólo respecto a los deberes de información «previa», son las siguientes: en primer lugar, la protección de la libertad de decisión sobre si contratar o no hacerlo, donde se aprecia una fuerte tendencia a enunciar deberes precontractuales o a controlar la publicidad o las ofertas vinculantes. En segundo lugar, el conocimiento del alcance del compromiso desde el punto de vista económico y

[A.3] *Acerca de qué sucede si el empresario infringe su deber de informar al consumidor*; Cámara Lapuente comienza apuntando que, «[u]na de las mayores críticas que cabe hacer a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios es su desentendimiento por establecer con claridad un elenco de consecuencias jurídicas, especialmente civiles, por la infracción de los deberes de información precontractual que establece. Así sucede desde su promulgación en 1984 y esta laguna no ha sido paliada ni en las sucesivas reformas ni en la refundición de 2007»³⁸⁸.

Explica Cámara Lapuente, «que el incumplimiento de los deberes precontractuales de información puede producirse tanto *por acción*, al suministrar una información falsa o inexacta, como *por omisión, total o parcial*. En el primer caso será de aplicación la integración de la oferta, promoción o publicidad en el contrato por mandato del art. 61 [TRLGDCU], de manera que las afirmaciones precontractuales del empresario le vincularán, mientras que en el segundo caso, las omisiones de la información precontractual relevante también se integrarán en el contrato conforme al principio de buena fe objetiva, como impone el artículo 65 TR-LGDCU» (cursiva mía)³⁸⁹. Pero además y en su caso, «si se cumplen los requisitos legales y jurisprudenciales», podrá haber lugar «a la anulabilidad por error o por dolo omisivo si el contrato llega a perfeccionarse con base en esa información inexacta u omitida (arts. 1266, y 1269, 1270 y 1300 y ss. CC)», «a la responsabilidad precontractual por culpa in contrahendo [esta cursiva del original] con la consiguiente indemnización», y «a la responsabilidad contractual contemplada en los arts. 1101 y ss.», habiendo de entender, «[p]or descontado», «que el consumidor podría pedir también el cumplimiento específico de todo el contenido informativo recogido en el art. 60 y concordantes TR-LGDCU» (cursiva mía, salvo que otra cosa indique)³⁹⁰.

jurídico, así como de sus vicisitudes durante su ejecución o de los derechos o ventajas legales de que goza el consumidor. Por último, el conocimiento de las cualidades de la prestación, que no se reducen a su utilidad o función» [«Artículo 60» (2015) p. 825; *vid.* hasta p. 830].

³⁸⁸ CÁMARA LAPUENTE, «Artículo 60» (2011) p. 508.

³⁸⁹ CÁMARA LAPUENTE, «Artículo 60» (2011) pp. 508-509.

³⁹⁰ a) CÁMARA LAPUENTE, «Artículo 60» (2011) p. 509.

b) Asimismo GARCÍA VICENTE/LÓPEZ MAZA (actualización) se refieren a los remedios de los que se puede disponer de acuerdo con la normativa del Código civil, cuando se incumplió la obligación de información precontractual. En concreto:

«Con este precepto [art. 65 TRLGDCU, *Integración del contrato*] queda al descubierto la falta de una regla general que delimite las consecuencias de la infracción de los deberes de información en la sede de los contratos de consumo. Normalmente tales infracciones se remiten a tres instituciones. En primer lugar, a los vicios de la voluntad contractual (*error provocado y dolo reticente sobre todo, artículos 1266 y 1269 CC*). Así, se podrá anular el contrato conforme al artículo 1300 CC por vicios en la voluntad, cuando la información recaiga sobre alguno de los elementos esenciales del contrato, y siempre que concurren los requisitos del error o del dolo. En segundo lugar, *acudiendo a la responsabilidad precontractual o a la culpa in contrahendo (aplicando generosamente el artículo 1270.II CC)*. Y, en tercer lugar, se alude a la responsabilidad contractual en sentido amplio (*no se cumple lo prometido*), por ejemplo en el caso de afirmaciones falsas o inexactas sobre cualidades de la prestación debida, que pueden juzgarse exigibles, como ocurrió, antes de promulgarse el ahora artículo 61 TRLGDCU, con las declaraciones publicitarias» [«Artículo 65» (2015) pp. 906-907].

[52] Determinada la fuente del deber de informar en el marco del Código civil (la buena fe), *sobre qué ha de informarse en la materia que me interesa*, De La Maza Gazmuri apunta que «[la] doctrina española parece encontrarse de acuerdo en que las exigencias de la buena fe imponen a las partes informarse recíprocamente sobre la existencia de causas de nulidad del contrato. Así, por ejemplo, se ha señalado que en el deber precontractual de informar se comprende fundamentalmente las causas de nulidad del contrato» y, en su «opinión, con independencia de cuál sea la relación entre las partes, las funciones económicas-sociales que se busca satisfacer a través de la contratación parecen exigir que se proteja un determinado «umbral mínimo de confianza» y «[a]sí [...], parece correcto afirmar que cada contratante puede confiar razonablemente, al menos, en que se le suministrará información respecto a la existencia de causas de invalidez que puede afectar al contrato»³⁹¹. Además, De la Maza Gazmuri considera que «es posible deslindar una regla [la segunda en mi presente exposición y dentro de ese umbral mínimo de confianza] según la cual debe suministrarse toda aquella información de la que se dispone que recaiga sobre circunstancias que modifiquen negativamente las presuposiciones del contrato en términos de configurar su incumplimiento. Lo contrario – esto es, mantenerse en silencio respecto de dichas circunstancias que se conocen– parece un ejemplo palmario de mala fe»³⁹² (de esta regla, De La Maza Gazmuri ya había dado cuenta y lo expongo *infra*, [55] [A.2.2]).

Más adelante, GARCÍA VICENTE/LÓPEZ MAZA (actualización) afirman, que «[I]o que parece claro es que el Derecho común de contratos es «insuficiente», no porque no disponga de herramientas para afrontar los defectos de información (que serán típicamente la anulación del contrato por error o dolo o la responsabilidad precontractual) sino porque las cargas que se le aparejan hacen improbable su ejercicio eficaz en sede de contratos de consumo» (p. 910). *Vid.* además «Artículo 65», p. 866.

³⁹¹ DE LA MAZA GAZMURI, *ADC* (2010) p. 1709 y *sobre la doctrina española*, DE LA MAZA GAZMURI cita en nota 71 de p. 1709 a Alonso Pérez, Asúa González, García Rubio, Gómez Calle; para De Verda y Beamonte, apunta la mayor amplitud de su tesis. DE LA MAZA GAZMURI mantiene lo mismo en (2010) p. 270 y nota 9 de p. 270, p. 316, p. 375; también en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2011) pp. 120-12 y nota 18 de pp. 120-121.

Para DE VERDA Y BEAMONTE, *Aranzadi Civil* (1998) p. 198 y nota 2 de p. 198.

³⁹² DE LA MAZA GAZMURI, *ADC* (2010) nota 72 de p. 1719; también p. 1709. Antes de lo que transcribo en el cuerpo del texto, DE LA MAZA GAZMURI explica que «es importante señalar que la mayoría de las sentencias citadas en este trabajo en las que se declara la nulidad del contrato por error o dolo muestran que aquello de lo que no se informó afectaba negativamente al contenido del contrato, en términos tales que determinaba su incumplimiento. Así sucede, por ejemplo, en aquellos casos en los que no se informó de que el local no podía destinarse a supermercado, o que el trastero no era legalmente habitable, o que el bar no tenía licencia de apertura o, finalmente, la imposibilidad de edificar en un terreno. En todos estos casos, la circunstancia que se omitió informar repercute negativamente sobre las presuposiciones del contrato –es decir, los motivos que se encuentran incorporados en su contenido–. Una presuposición del contrato de compraventa de local comercial era que éste podía destinarse a supermercado, aquello que no se informó es que ese destino no era legalmente posible; otra presuposición es que el trastero era legalmente habitable, lo omitido es que no lo era ni podía serlo; por último, otra presuposición es que el bar tenía todas sus licencias al día, la verdad es que no las tenía» (nota 72 de pp. 1709-1710).

[A] También se han ocupado de la obligación (deber) de información, *por ejemplo*, Carrasco Perera, y Lyzckowska.

[A.1] *Cuándo y sobre qué ha de informarse según Carrasco Perera*

En su opinión, existe «[d]eber de hablar en general» en las «siguientes condiciones. (1) Debe comunicar la información relevante quien previamente ha creado con su conducta o palabras un estado de cosas tal que, de no hablar ahora, equivaldría a una maquinación engañosa activa, como aquel que previamente le ha representado a la otra parte medidas [*sic*; medias] verdades. (2) Debe hablar el contratante que se encuentra con la otra parte en una relación preexistente tal que resulte exigible que hubiere debido hacer conocer a la otra parte la circunstancia silenciada, porque la otra parte podía legítimamente confiar en él o porque el poseedor de la información estaba sujeto al cumplimiento de deberes fiduciarios de los intereses ajenos. (3) Debe hablar el vendedor, cuando conoce cualidades negativas de la cosa que no puede ignorar que son relevantes para la otra parte y afectan sustancialmente a la equivalencia entre valor y precio. (4) Debe hablar el proveedor profesional o de bienes o servicios, cuando la contraparte es un consumidor, y el primero conoce extremos que afectarán sensiblemente al precio de la cosa. (5) Debe hablar el contratante que conoce hechos relevantes que pueden hacer ineficaz el contrato o la posibilidad de su cumplimiento, pues la destrucción del valor del contrato para las partes es un extremo respecto del cual la reserva de información por una parte no tiene valor productivo alguno»³⁹³.

Ahora bien, Carrasco Perera advierte que sus afirmaciones «son excesivamente abstractas», dado que «no se ha tenido en cuenta la especificidad del tipo y causa del contrato», «ni el alcance de los deberes y riesgos asociados a la condición de experto de la parte receptora del *input* en que consiste la información»³⁹⁴ y tras analizarlo³⁹⁵, concluye que si en el contrato *entre profesionales se pactó* la distribución de los riesgos entre los contratantes, estos *no* pueden salirse del contrato, *salvo* en circunstancias *extremas* como que *la malicia llegue a tener carácter patológico en contratos muy personalizados*. Explica así:

«Cuando un contrato profesional tenga distribuidos de determinada manera los riesgos de disponer o de carecer de información suficiente, no puede una parte *salirse* del contrato mediante acciones de error o dolo, con cuyos efectos se pretenda la redistribución de los riesgos contratados. Es la estructura del contrato la que delimita los riesgos de callar y del no saber, y no condiciones abstractas como la «asimetría», la «necesidad de información», el «coste de información», la «buena fe». Si la contraparte que no es titular del activo en cuestión asume el riesgo del conocer y de la imprevisibilidad, este resultado no puede modificarse por el hecho de que la otra parte supiera o pudiera saber por su cuenta, ni impor-

Además DE LA MAZA GAZMURI (2010) pp. 273-274, pp. 316-317, pero *vid.* hasta p. 319, p. 375.

³⁹³ CARRASCO PERERA (2021) 8/29, p. 396.

³⁹⁴ CARRASCO PERERA (2021) 8/29, p. 396.

³⁹⁵ CARRASCO PERERA se ocupa de la especificidad del tipo y causa del contrato, de la condición de perito, en 8/29c a 8/29f (2021) pp. 396-401.

ta si la información pudo ser obtenida por esa parte a poco coste, ni se puede entrar en discusión si ésta parte titular del activo contratado debería haber evaluado de esta forma y otra determinada información de que disponía o pudo disponer. En circunstancias tales, sólo puede pretender una parte salirse del contrato en circunstancias *extremas*, cuando la malicia de la otra parte llega a tener un carácter patológico, lo que sólo es frecuente en contratos *muy personalizados*. No hay «dolo» ni «mala fe» cuando una parte asume como probable la reticencia interesada de la otra parte a cambio de deducir del precio este riesgo incrementado, como si el comprador hubiera ya obtenido una franquicia a cambio del dolo reticente del adverso» (la cursiva del original)³⁹⁶.

[A.2] *Cuándo ha de informarse según Lyzckowska*

Según la misma, «[l]a mayoría de sentencias estimatorias de dolo se basan en la concurrencia de un dolo omisivo. En general, la doctrina del dolo omisivo no queda suficientemente deslindada por la jurisprudencia que se pierde en el laberinto de supuestos en los que se imputa dolo al que calla y casos en los que se reputa la falta de diligencia a la otra parte que pudo informarse mejor. Existe una indeterminación de la frontera entre unos y otros. Parece excesivo que el simple silencio sea tomado por dolo omisivo sin más, por lo que algunas resoluciones precisan que hace falta que exista un deber de informar al contratante en el caso analizado. El problema surge cuando las sentencias encuentran existente dicho deber «en virtud de la buena fe», ya que la buena fe es un principio que debe regir todos los contratos, lo que termina llevándonos *ad absurdum*: silenciar cualquier condición del objeto transmitido que luego invoque el adquirente como obstaculizadora al cumplimiento del fin del contrato se convierte automáticamente en dolo omisivo, sin atender ya ni siquiera al ánimo de la parte que calla. Tengamos en cuenta la libertad de contratación y de negociación que en principio debe existir en el Derecho común, restringiéndose únicamente en los ámbitos especialmente sensibles (por ejemplo, respecto de los consumidores) por medio de regulaciones específicas. Por tanto, lo correcto sería partir del principio de autoinformación –cada una de las partes debe informarse acerca de los extremos que le interesen a la hora de contratar. La imposición del deber de información tiene que estar justificada, bien en virtud de un deber legal que emane de la normativa especial aplicable al supuesto, bien por la necesidad de protección de la parte débil del contrato, cuya ignorancia sea excusable y justificada.

La excusabilidad del desconocimiento del dato en cuestión se puede predicar en función de la diligencia empleada por el interesado en la búsqueda de la información, tomando como criterio la diligencia media aplicable al supuesto según sus circunstancias particulares. En el marco de la excusabilidad cobra especial importancia la concurrencia de la confianza legítima en el cocontratante que puede suscitarse bien por las relaciones personales entre las partes, bien debido a la naturaleza especial del contrato que cree confianza mutua entre las partes (por ejemplo, mandato), moderando el nivel de diligencia que deba em-

³⁹⁶ CARRASCO PERERA (2021) 8/29, p. 401.

plearse. También los motivos personales o el propósito individual de la celebración del contrato cuando se expliciten a la otra parte, pueden determinar la concurrencia de un dolo omisivo, si el cocontratante de esta forma ha podido constatar la importancia del dato para la otra parte y no lo ha proporcionado. Leída la jurisprudencia, cabe llegar a la misma conclusión de que la información ocultada debe ser *importante* para que exista dolo omisivo (SAP Murcia de 26 de julio 2005 [...]). No obstante, si no hay información expresa acerca de los datos importantes para el adquirente, dicho criterio vuelve a ser tan indeterminado como el de la buena fe, así que la discusión queda abierta. Sin duda, existen condiciones por excelencia relevantes, tales como la inedificabilidad de la finca objeto del contrato y la jurisprudencia unánimemente encuentra dolo omisivo en la conducta del vendedor que no advierte de la situación urbanística de la parcela al comprador, aunque éste no haya explicitado su propósito [...]. Pero hay umbrales en los que no queda del todo clara la existencia de un deber de informar, sobre todo en cuanto al valor del bien vendido»³⁹⁷.

[53] Finalmente, *sobre el concreto supuesto de la donación y el donante*, Alonso Pérez, pensando en la responsabilidad precontractual, entiende que «es evidente que la relevancia de la responsabilidad *in contrahendo* por comportamiento del donante opuesto a la *bona fides* [esta cursiva del original] *sólo puede dimanar de una actuación dolosa o gravemente culposa (culpa lata dolo aequiparatur* [esta cursiva del original]) *que antecede a la celebración del negocio*», y «[n]ormalmente consistirá en el silencio consciente de vicios o defectos del objeto donado que irroguen un perjuicio al donatario, bien en la cosa adquirida o en su patrimonio a consecuencia de la aceptación» (cursiva mía, salvo que otra cosa indique)³⁹⁸.

B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo

[54] Admite la anulación del contrato y la indemnización de los daños y perjuicios por reticencia dolosa, lo que conecta con el incumplimiento, por parte del que realiza el dolo omisivo, de su deber (obligación) de informar al otro contratante, y deber (obligación) *derivado (derivada) de la buena fe o/ de los usos del tráfico* (por supuesto, también pueden incumplirse deberes legales). Se trata de una jurisprudencia *consolidada*.

[A] *Por ejemplo*, Carrasco Perera enumera a los siguientes *grupos de casos* en la jurisprudencia sobre el dolo omisivo:

³⁹⁷ LYCHKOWSKA, *ADC* (2009) pp. 446-447; continúa: «Gómez Calle propone entender que existe un deber de información sobre una circunstancia que reduce el valor del bien transmitido cuando al facilitar la información se evita que el bien ocasione daños o cuando la noticia afecta a datos relevantes tenidos en cuenta a la hora de la celebración, incluidos los intereses de ambas partes expresadas en la fase negocial».

³⁹⁸ ALONSO PÉREZ, *RCDI* (1971) p. 884, pero *vid.* desde p. 881.

«El repertorio jurisprudencial es muy abundante. Los grupos de casos más interesantes y típicos son los siguientes. a) El asegurado que silencia padecer una enfermedad que influye en la determinación del riesgo asegurado. Así, en las SSTS 13 octubre 1989 [...], 6 febrero 2001 [...], 26 julio 2002 [...], 31 mayo 2004 [...], 15 noviembre 2007 [...], 30 mayo 2018 [...], 7 febrero 2019 [...]. b) El silenciamiento por el vendedor de algún extremo que afecta a una cualidad sustancial de la cosa vendida, cuya existencia es positiva o negativamente determinante de la voluntad del comprador. Así, que la cosa vendida tiene algún vicio o defecto oculto (STS 18 julio 1988 [...] [que expongo *infra*, nota 499 b)], que sobre la finca enajenada existen limitaciones urbanísticas u obstáculos al desarrollo pretendido (SSTS 27 marzo 1989 [...]); 1 octubre 1986 [...], 27 septiembre 1990 [...]; 12 noviembre 1996 [...], que la finca padece de aluminosis (SSTS 17 octubre 2005 [...]; 2 marzo 2007 [que expongo *infra*, 1101 b)] [...]) o que los conejos vendidos padecen una grave enfermedad contagiosa (STSJ Navarra 23 junio 1992 [...]). Son típicos los conflictos de silenciamiento de los vínculos y prohibiciones de edificabilidad (cfr. SSTS 20 noviembre 2002 [...]; 11 diciembre 2006 [...] que expongo *infra*, [55] [A.1]; 5 marzo 2010 [...] y las omisiones sobre la falta de titularidad plena del transmitente (SSTS 26 octubre 1981 [...], 26 junio 1995 [...]; 11 diciembre 2006 [...]). c) La STS 17 enero 2005 [...], anula por dolo el contrato de préstamo concedido a un cliente por una entidad de crédito y el posterior contrato de compraventa de acciones de esa entidad entre las mismas partes, por no informar al cliente de los graves problemas financieros que atravesaba la entidad de crédito y de los riesgos que asumía con la adquisición de las acciones; se desmarca así de dos sentencias anteriores –SSTS 2 noviembre 2001 [...] y 30 septiembre 2002 [...]– y otra posterior (STS 5 abril 2006 [...] que, en esa misma hipótesis, negaban la existencia de dolo. Según la sentencia de 2005, existe una coligación entre el crédito y la adquisición de las acciones, la contabilidad del banco no representaba una imagen fiel y real de la situación económica patrimonial». d) En el ámbito de las compraventas de empresas, el silenciamiento de contingencias adversas susceptibles de determinar el valor de la empresa cuyas acciones o participaciones se venden ha dado lugar a una clase muy definida de litigios entre comprador y vendedor de los títulos representativos. e) Dolo omisivo por el silenciamiento de información financiera en la comercialización a minoristas. f) Dolo del comprador que silencia al vendedor la insolvencia actual que le impedirá pagar el precio de la mercancía. g) Dolo del principal que no comunica al nuevo distribuidor que el saliente retenía en su poder una gran cantidad de stock y que estaba vendiéndolo en la zona de cobertura del nuevo contrato (STS 11 julio 2007 [...]; que expongo *infra*, [55] [A.2])»³⁹⁹.

[55] Por mi parte, para el dolo omisivo he seleccionado para exponer y a modo de ejemplo las siguientes sentencias, que agrupo en tres apartados. *En*

³⁹⁹ CARRASCO PERERA (2021) 8/26, pp. 392-393.

Además, para la jurisprudencia sobre reticencia dolosa, *por ejemplo*, DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) pp. 52-55; M. J. MARÍN LÓPEZ (2020) 142, pp. 706-707.

el primero (letra [A]) expongo las STS, 1.ª, 11.12.2006, STS, 1.ª, 26.03.2009, STS, 1.ª, 05.03.2010 y STS, 1.ª, 05.09.2012; en ellas *se admite* que hubo dolo omisivo y causal. En esta [A]) también me ocupo de la STS, 1.ª, 11.07.2007, en la que se apunta que, quien cometió el dolo *incidental*, no informó al otro contratante de cierto dato, cuándo habría debido hacerlo. *En el segundo apartado* (letra [B]) trato de la STS, 1.ª 05.05.2009, en donde el Tribunal Supremo considera que *existió dolo activo y dolo omisivo*. Y en el tercer y último apartado (letra [C]) analizo las STS, 1.ª, 03.07.2007 y STS, 1.ª, 24.04.2009, en las que el Tribunal Supremo considera que *no existió* dolo omisivo y que el sujeto, que alegaba la existencia del dolo, pudo haberse informado (autoinformado). Procedo a su exposición.

[A] *La admisión del dolo omisivo*

[A.1] *La STS, 1.ª, 11.12.2006 (Pte. Excmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández)*

En síntesis, Alejandro (vendedor) vende a Gaspar y Filomena (compradores) un sótano de 210 m² (hubo una simulación relativa que ahora no me interesa y no me centro en ella). Alejandro (vendedor) no era propietario del sótano porque lo compró a José Ramón que decía actuar en nombre de *Inmobiliaria Lerma, S.A.*, y José Ramón, teniendo poder para vender los locales comerciales de *Inmobiliaria Lerma, S.A.*, no lo tenía para la venta de los sótanos. Alejandro no informó a los compradores Gaspar y Filomena de lo que realmente sucedía. Alejandro demanda a los compradores Gaspar y Filomena y pide el pago de cierta cantidad y estos últimos reconvienen y en lo que interesa, piden, subsidiariamente, que se declare anulado el contrato por vicios del consentimiento, además de otras peticiones. En primera instancia se estima la reconvención de los compradores Gaspar y Filomena por haber vicios del consentimiento. En segunda instancia y para la reconvención, en parte es estimada, declarándose nulo por simulado el contrato al que se denomina de préstamo y se desestima el resto de los pedimentos de la reconvención. Tanto el vendedor Alejandro, como los compradores Gaspar y Filomena, recurren en casación, y el Tribunal Supremo no da lugar al recurso de Alejandro, y sí, al de Gaspar y Filomena, considerando que existió dolo de Alejandro.⁴⁰⁰

⁴⁰⁰ a) Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

b) En la sentencia *también* se analiza el error vicio del artículo 1266 CC. A continuación reproduzco lo que, razonando sobre el error por parte del Tribunal Supremo, me interesa (pues, pienso en el dolo), en cuanto a la fijación de los hechos sucedidos:

«El examen de las nuevas circunstancias conduce a la conclusión de que concurre el requisito de la excusabilidad [del error del art. 1266 CC]. Es cierto que el comprador [...] Gaspar se hallaba en disposición de poder eliminar el error y existía la facilidad de acceso a la información, pero, además de que el error fue provocado por una retención dolosa de la parte vendedora [Alejandro] que no puso en su conocimiento la realidad del debate litigioso con *Inmobiliaria Lerma, S.A.* haciendo creer al comprador que solamente se discutía de la elevación a escritura pública de un documento privado, concurren una serie de

Para el dolo, el Tribunal Supremo explica:

«Niega la sentencia recurrida la existencia del dolo de los arts. 1269 y 1270 CC, en el que también se funda la pretensión reconvencional, (la cual procede considerarla estimada por la Sentencia del Juzgado dado el plural «vicios del consentimiento» consignado en el fallo [del Juzgado], aunque no lo razone en su fundamentación jurídica), por entender que no se probó su existencia por los reconvinientes [Gaspar y Filomena] a quienes incumbía la carga de acreditar los presupuestos fácticos correspondientes. Tal apreciación puede ser explicada en la perspectiva de la base fáctica tomada en cuenta por el juzgador «a quo», pero puede no serlo a luz de la nueva establecida en esta resolución, como consecuencia de la estimación de los dos primeros motivos del recurso de casación que se enjuicia. *La realidad apreciable es que al tiempo de la perfección del contrato ocultó al comprador [...] que la razón de oponerse Inmobiliaria Lerma S.A. a su demanda (en la que pedía la elevación a escritura pública del documento privado de venta por la entidad mercantil del sótano) era que la persona que actuó en nombre de la mencionada sociedad carecía de poder para representarla en relación con la disposición de los sótanos, y le hizo creer que era una mera oposición sin fundamento y que se trataba de un asunto ganado, y asimismo le ocultó la existencia de la resolución desfavorable, pues no tiene base alguna la alegación [...] [de] Alejandro de que aunque la Sentencia era de fecha (16 de junio de 1993) anterior a la venta de 22 de julio de 1993, sin embargo no la conoció hasta finales del mes de julio, pues no es creíble que la representación procesal y dirección letrada hayan interpuesto recurso de apelación en fecha 25 de junio [...] sin previo consentimiento, o cuando menos conocimiento, del apelante [...] Alejandro. El comportamiento del vendedor reúne los requisitos para apreciar la existencia de dolo como vicio invalidante del consentimiento, y, por consiguiente, determinante de la nulidad –anulabilidad– del contrato, con arreglo a los arts. 1265, 1269 y 1270 del Código Civil. Existe una conducta insidiosa–con propósito de engaño– por parte del vendedor, dirigida a provocar la voluntad negocial, la cual, como declara la jurisprudencia, se puede manifestar tanto por*

circunstancias que justifican la confianza suscitada en el comprador [Gaspar] para no preocuparse por el alcance de lo que se debatía en el juicio [...]. En tal sentido son datos especialmente significativos, entre otros: a) la existencia del documento privado de venta del sótano en el que figuraba como vendedor Inmobiliaria Lerma, S.A. y el comprador [...] Alejandro; b) la ocupación del local sótano por [...] Alejandro; c) la entrega del mismo a los demandados compradores [Gaspar y Filomena], los cuales incluso hicieron obras; d) la existencia de una comunicación entre dicho sótano y el local comercial existente encima del mismo (planta baja del edificio); e) el hecho de que en la misma fecha de la adquisición del sótano por los demandados [Gaspar y Filomena] también compraron en escritura pública [...] [a] Alejandro el local comercial sito en la planta baja; f) dicho local comercial asimismo había sido adquirido por [...] Alejandro de Inmobiliaria Lerma, S.A.; y g) en los dos documentos de venta de Inmobiliaria Lerma S.A. [...] [a] Alejandro intervino en representación de la entidad mercantil [...] Jose Ramón. Lo que no cabe imputar a los demandados [Gaspar y Filomena] es que no conocieran, o pudieran imaginar, que [...] Jose Ramón tenía poder de representación de la Inmobiliaria para vender locales comerciales, pero no sótanos. Tal nivel de exigencia excede de la diligencia requerida, y máxime teniendo en cuenta la relación de amistad entre demandante y demandados –vendedor y compradores [respectivamente]–, y que no tenía un especial interés en una eventual sucesión procesal habida cuenta lo que para los compradores [Gaspar y Filomena] era el objeto del debate» (FD 3.º).

las palabras empleadas –lo que se dice– como por la reticencia, consistente en la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato, y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico. La voluntad del declarante –comprador– quedó viciada en su libertad y conocimiento como consecuencia de, cuando menos, la omisión (dolo negativo), además de que también se le aseguró la absoluta falta de razón alguna de Inmobiliaria Lerma, S.A. y que el pleito estaba ganado dado el contenido del documento privado de venta firmado por el representante de dicha entidad. El desconocimiento de la verdadera razón opositora de la Inmobiliaria Lerma, S.A. y sobre todo el contenido de la Sentencia del Juzgado desfavorable para [...] Alejandro ha sido motivo esencial determinante de la decisión de otorgar el contrato, por lo que concurre la gravedad que exige el «dolo causante» –«causam dans»– ya que es de la más elemental lógica entender que, de conocer las circunstancias expresadas, [...] no habría celebrado el contrato y pagado cantidad alguna» (cursiva mía; FD 3.º).

[A.2] *La STS, 1.ª, 11.07.2007 (Pte. Excmo Sr. D. Francisco Marín Castán)*

[A.2.1] *Aquí solo me ocupo del dolo omisivo* y describo los hechos pensando en el reconocimiento de dicho dolo. Cuando *infra*, [133] [B] vuelva a ocuparme de esta sentencia para la indemnización de daños y perjuicios y el dolo incidental, completo algo más los hechos, complicados, entre otras cosas, porque la distribuidora de vinos, en su reconvencción, hizo sucesivas peticiones subsidarias, hubo incumplimientos recíprocos, etc.

Advertido lo anterior, en esencia, el 01.04.1993 se celebra contrato de distribución de vinos de cinco años de duración y con pacto de exclusiva entre *Vinícola de Castilla, S.A* (concedente) y *J. Pecastaing, S.L.* (distribuidora), obligándose esta última a la compra de un mínimo de cajas de vino en función de cada año hasta llegar a las 300.000 cajas, objetivo ideal a lograr cuanto antes. Ni antes, ni al celebrar el contrato, la concedente *Vinícola de Castilla, S.A* informa a *J. Pecastaing, S.L.* que una antigua distribuidora de *Vinícola de Castilla, S.A.* se quedó con importantes existencias de vino y la antigua distribuidora las vende en la zona de exclusiva de *J. Pecastaing, S.L.* (actual distribuidora) en los años 1993 y 1994 y a bajo precio (por consiguiente, *Vinícola de Castilla, S.A.* incumple el pacto de exclusiva). Por otro lado, la actual distribuidora *J. Pecastaing, S.L.* incumple el pacto de compras mínimas correspondiente a los años 1993, 1994, y 1995 (en 1995 solo adquiere 25.985 cajas de vino) además de que dejó de pagar algunas facturas. La concedente *Vinícola de Castilla, S.A.* y la actual distribuidora *J. Pecastaing, S.L.* novan modificativamente el contrato de distribución para los años 1993 y 1994 y con la novación se da varias ventajas a la actual distribuidora *J. Pecastaing, S.L.*, dando esta última por reparado el daño debido al dolo incidental de la concedente *Vinícola de Castilla S.A.* (por la no información antes referida) y la concedente *Vinícola de Castilla, S.A.* tolera el incumplimiento de compras mínimas de *J. Pecastaing, S.L.* de los años 1993 y 1994. En 1995, la concedente *Vinícola de Castilla, S.A.* resuelve unilateralmente el contrato con la

actual distribuidora *J. Pecastaing, S.L.* por el incumplimiento de esta última de su obligación de compra mínimas.

La concedente *Vinícola de Castilla, S.A.* demanda a la actual distribuidora *J. Pecasting, S.L.* y pide la declaración del incumplimiento de compra mínima de *J. Pecasting, S.L.*, la de que resolvió el contrato conforme a derecho, la condena a *J. Pecasting, S.L.* a que le indemnice daños y perjuicios por el incumplimiento de las compras mínimas y la pérdida de mercados futuros, así como la condena al pago de facturas pendientes de *J. Pecasting, S.L.* (12.578.258 pesetas). *J. Pecasting, S.L.* reconviene y pide, con carácter subsidiario, la declaración de que la concedente *Vinícola, S.A.* incurrió en dolo incidental en particular en relación con la obligación de compra mínima (cláusula adicional 2 del contrato, lo que la indujo a aceptar esa obligación) y su condena a que le indemnice los daños y perjuicios, incluido el lucro cesante.

En primera y en segunda instancia se considera, entre otras cosas, que hubo dolo incidental. La concedente *Vinícola de Castilla, S.A.* recurre en casación y alega infracción de los artículos 1269 y 1270 CC, pues, entre otras cosas, considera que no engaño y no cabía la calificación de dolo incidental (motivo 1.º)⁴⁰¹. Para el Tribunal Supremo, la concedente *Vinícola de Castilla, S.A.* debió haber informado a *J. Pecastaing, S.L.* acerca de que la antigua distribuidora se había quedado con importantes existencias de vino y entiende, que sí existió el dolo incidental, si bien las partes solucionaron ese concreto problema mediante una renegociación del contrato (novación modificativa).⁴⁰²

Sobre el dolo omisivo y el dolo incidental, el Tribunal Supremo explica:

«1.ª Según reiteradísima doctrina de esta Sala el dolo abarca no sólo la maquinación directa sino también la reticencia del que calla o no advierte debi-

⁴⁰¹ En concreto alega: «El primer motivo del recurso [de casación de la concedente *Vinícola de Castilla, S.A.*], fundado en infracción de los arts. 1269 y 1270 CC y de la jurisprudencia sobre el dolo contractual y la presunción de buena fe, considera que la sentencia impugnada ha aplicado incorrectamente la regulación legal y la jurisprudencia sobre el dolo contractual tanto al apreciar su existencia como al aplicar sus consecuencias. En cuanto a lo primero, se alega en el desarrollo del motivo que no hubo engaño alguno porque la demandada-reconviniente [la distribuidora *J. Pecastaing, S.L.*] «conocía o debía presumir con una mínima diligencia la existencia de un importante stock en manos de la anterior distribuidora»; que no existió operación ni actuación maliciosa alguna porque el incumplimiento del anterior contrato de distribución por la antigua distribuidora, en cuanto a la fecha límite para liquidar su existencias, no tenía por qué preverlo la actora-reconvenida [la concedente *Vinícola de Castilla, S.A.*], que informó debidamente a su nueva distribuidora, la demandada-reconviniente [la distribuidora *J. Pecastaing, S.L.*], de que aquella [la antigua distribuidora] no podía comercializar ni una sola caja a partir del 1 de abril de 1993, de suerte que la sentencia recurrida, contra toda lógica, habría presumido la mala fe del hoy recurrente [la concedente *Vinícola de Castilla, S.A.*]; y que en ningún caso el desconocimiento de las existencias en poder de la anterior distribuidora habría podido viciar el consentimiento de la demandada-reconviniente [*J. Pecastaing, S.L.*], pues lo decisivo no eran tales existencias sino que lo fue su comercialización sobrevenida por la antigua distribuidora. Y en cuanto a las consecuencias del dolo contractual, se considera incorrecta la sentencia recurrida porque, de existir engaño, éste habría recaído sobre un aspecto esencial del contrato cuál era el mínimo de compras, de suerte que nunca cabría calificar el dolo de incidental; y también porque, aun cuando se aceptara tal calificación, no procedería indemnización a favor de la demandada-reconviniente [la distribuidora *J. Pecastaing, S.L.*] porque los daños derivarían de la mera celebración del contrato y la distribuidora no habría probado nada al respecto» (FD 2.º).

⁴⁰² Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

damente a la otra parte, sin que lo invalide [sic; invalide] la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada (STS 15-6-95, con cita de otras anteriores, y en términos muy similares SSTs 23-7 y 31-12-98), 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 (STS 19-7-06).

2.^a En un contrato de colaboración empresarial continuada, como es el de distribución [el del presente caso], cada parte debe facilitar a la otra toda la información que, sin traspasar los límites del secreto profesional empresarial digno de protección, propicie los mejores resultados para ambas partes, ya que lograr el máximo de ventas es un interés común a ambas partes contratantes.

3.^a El reproche de negligencia que se hace a la demandada-reconviniente [*J. Pecastaing, S.L.*] carece de verdadera consistencia, pues era la hoy recurrente [*Vinícola de Castilla, S.A.*] la que indudablemente disponía de datos exactos sobre las existencias en poder de la antigua distribuidora y la que, por tanto, podría facilitárselos a su nueva distribuidora sin cortapisa alguna.

4.^a *Al no hacerlo faltó a su deber de lealtad, especialmente exigible en el contrato de distribución*, y por tanto carece también de fundamento el reproche a la sentencia recurrida de haber presumido la mala fe de la hoy recurrente [*Vinícola de Castilla, S.A.*].

5.^a *Lo decisivo* no es que la anterior distribuidora liquidara imprevisiblemente sus existencias a bajo precio, *sino que el silencio de la hoy recurrente [Vinícola de Castilla, S.A.] impidió a la nueva distribuidora [J. Pecastaing, S.L.] calcular adecuadamente sus expectativas al pactar unas compras mínimas o, si se quiere, evaluar razonablemente los verdaderos riesgos asumidos con ese pacto, pues aquella liquidación dista mucho de constituir un fenómeno imprevisible por la hoy recurrente [Vinícola de Castilla, S.A.] precisamente por el importante volumen de las existencias acumuladas por la anterior distribuidora.*

6.^a Tampoco es incorrecta la calificación del dolo *como incidental, pues el pacto de compras mínimas, pese a su indudable relevancia en el conjunto del contrato de distribución, no constituía su esencia, como prueba la persistencia de la relación jurídica entre las partes contratantes [Vinícola de Castilla, S.A. y J. Pecastaing, S.L.]* después de que la demandada-reconviniente [*J. Pecastaing, S.L.*] supiera de la liquidación de sus existencias por la antigua distribuidora y la actora-reconvenida [*Vinícola de Castilla, S.A.*], hoy recurrente, conociera la importante diferencia entre las compras comprometidas por la nueva distribuidora y las reales durante los dos primeros años de los cinco para los que se contrató. En tal sentido, la sentencia de esta Sala de 30 de junio de 2000 calificó de incidental, y no de causal, el dolo del vendedor que ocultó al comprador la denegación de una licencia de apertura, con la consecuencia de la indemnización de daños y perjuicios y no de anulación del contrato.

7.^a Finalmente, la inexistencia de daño para la demandada-reconviniente [*J. Pecastaing, S.L.*] por ese dolo que incidió en el pacto contractual de compras mínimas no se plantea adecuadamente, pues la recurrente [en casación, *Vinícola de Castilla, S.A.*] se funda en la falta de prueba al respecto y claro está que esto nada tiene que ver con el ámbito de los arts. 1269 y 1270 CC» (cursiva mía; FD 2.º).

[A.2.2] De La Maza Gazmuri comenta esta STS, 1.^a, 11.07.2007 y destaca que en ella se declara «que, en los contratos de distribución, existe un especial deber de lealtad y por eso debió informar. Por mi parte [De La Maza Gazmuri], sin poner en cuestión la corrección de esa regla y pensando en las particularidades de este caso, voy a tratar de formular otra regla, más concreta, y, por ello, quizás, más modesta, que se puede expresar así: *en las negociaciones de un contrato cada una de las partes debe revelar a la otra al menos aquella información que determinará el incumplimiento de su prestación en los términos convenidos. Y esto porque si alguna lealtad exige la celebración de un contrato, ésta es precisamente que ambas partes crean razonablemente que el contrato se puede ejecutar en los términos convenidos*» (cursiva mía)⁴⁰³.

[A.3] La STS, 1.^a, 26.03.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta)

Brevemente, el 11.10.2001, Millán vende a Luis Pedro un kiosko bar con derecho de uso y disfrute de la concesión de una terraza (quedaban 24 años de disfrute). Sin embargo, el vendedor Millán oculta al comprador Luis Pedro que, de oficio, se había iniciado un expediente administrativo de recuperación posesoria de la finca por encontrarse esta en dominio público marítimo-terrestre y ocuparse sin el debido título administrativo. El comprador Luis Pedro demanda al vendedor Millán y pide, entre otras cosas y como petición principal, la nulidad de la venta. El vendedor Millán reconviene y pide, entre otras cosas, la resolución de la compraventa por incumplimiento del comprador Luis Pedro del pago del precio. En primera instancia se desestima la demanda de Luis Pedro y estima la reconvenición de Millán. En segunda instancia se estima la demanda de Luis Pedro y se declara la nulidad de la compraventa por el dolo de Millán que sabía de la actuación administrativa de recuperación del espacio ocupado por el kiosko bar, lo que Luis Pedro desconocía al celebrar la compraventa y de lo que no fue informado. El vendedor Millán recurre en casación y alega infracción del artículo 1269 CC en relación con los artículos 1265 y 1270.I CC, por entender que no actuó con dolo («faltó en su conducta el elemento objetivo y subjetivo del dolo por no haber ni ocultación insidiosa ni «animus decipiendi», sin tratarse tampoco de dolo grave «causam dans»»; FD 2.º). El Tribunal Supremo, que entiende que Millán sí actuó con dolo, no casa⁴⁰⁴.

Sobre el dolo omisivo, el Tribunal Supremo manifiesta:

«En lo que aquí interesa, como bien señalaba la resolución impugnada, ha de subrayarse, como ya recogía, entre otras, la Sentencia de 29 de marzo de 1994, que el dolo, en cuanto vicio del consentimiento contractual, comprende no sólo la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante *sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe*. En este mismo sentido señalaba la Sentencia de 11 de julio de 2007 [que extracto en la anterior [A.2]] que «el dolo

⁴⁰³ DE LA MAZA GAZMURI, ADC (2007) p. 1864.

⁴⁰⁴ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

abarca no sólo la maquinación directa *sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, sin que lo invalide la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada* –STS 15-6-95, con cita de otras anteriores, y en términos muy similares SSTs 23-7 y 31-12-98–, *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* –STS 19-7-06 –» (cursiva mía; FD 2.º).

[A.4] *La STS, 1.ª, 05.03.2010 (Pte. Excmo. Sr. D. Xabier O’Callaghan Muñoz)*

Brevemente, el 17.10.2003 en documento privado y el 17.12.2003 en documento público, *Iber Godor, S.L.* (vendedora) vende una finca a *Prigel, S.L.* (compradora), siendo la finalidad de la compraventa la edificación. Tanto la vendedora *Iber Godor, S.L.* como la compradora *Prigel, S.L.* tienen como objeto social la promoción y construcción de viviendas. Poco antes de la presente venta, la vendedora *Iber Godor, S.L.* había adquirido la finca y descubierto por un estudio geotécnico que encargó, que la finca tenía una depresión o dolina que hacía no aconsejable la construcción o el coste de edificar hacía que fuera inviable construir, y más tarde, una entidad de tasación y valoración estima que el valor de la finca es 0 € y un arquitecto indica que «un solar de esta característica de construirse y llevar a término la necesaria cimentación, se podría considerar *«un monumento» a la idiotez*». Cuando la compradora *Prigel, S.L.* adquiere la finca de la vendedora *Iber Godor, S.L.* no sabe de la depresión o dolina, que no podía conocerse por signos exteriores y la vendedora *Iber Godor, S.L.* no le informó de ella. La compradora *Prigel, S.L.* demanda a la vendedora *Iber Godor, S.L.* y pide, entre otras cosas, la nulidad de la compraventa, que la vendedora *Iber Godor, S.L.* devuelva las cantidades dadas como precio, y que le pague determinada cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios. En primera instancia se declara la nulidad de la compraventa celebrada por el dolo de la vendedora *Iber Godor, S.L.* En segunda instancia se revoca la sentencia de primera instancia en el único extremo de condenar a la vendedora *Iber Godor, S.L.* al pago de 42.092,63 € a la compradora *Prigel, S.L.* La vendedora *Iber Godor, S.L.* recurre en casación y alega infracción del artículo 1269 CC por considerar que no hubo dolo por su parte (motivo 1.º) e infracción del artículo 1303 CC, puesto que ciertas partidas incluidas en el *quantum* indemnizatorio a pagar por ella no están fundamentadas en la sentencia de instancia (motivos 2.º, 3.º y 4.º). El Tribunal Supremo, que entiende que hubo dolo omisivo de la vendedora *Iber Godor, S.L.* y acepta la condena al pago de las partidas indemnizatorias de minuta de notario, honorarios de intermediario e IVA, no casa.⁴⁰⁵

En lo que ahora interesa, esto es, la admisión del dolo omisivo, el Tribunal Supremo manifiesta:

«El dolo es definido en el artículo 1269 del Código civil y lo centra en *palabras o maquinaciones insidiosas* para mover la voluntad de la otra parte, inducida por el error provocado. Cuyas palabras o maquinaciones pueden tener carác-

⁴⁰⁵ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

ter positivo o ser de tipo negativo en el sentido de la reticencia o silencio ante una situación que razonablemente podía pensarse lo contrario. Así, *al venderse a una empresa constructora [a la compradora Prigel, S.L.] un solar para construir y silenciar que unos informes técnicos han acreditado que no era apto para construir en él, las sentencias de instancia y esta Sala entienden que concurre la existencia de dolo, en el concepto indicado [esta cursiva mía].* Aquellos datos de hecho han sido probados y esta apreciación jurídica es confirmada. Entre los hechos que se han declarado probados no se hallan ni los signos externos que pudieran hacer pensar en la existencia de la dolina, ni la cualificación profesional de la compradora [Prigel, S.L.] que le permita conocerla, sino que la reticencia o silencio fue determinante de la declaración de la voluntad de comprar, que, de conocer la existencia de la dolina, no habría hecho.

Determinación de la voluntad que destacan las sentencias de 11 de mayo de 1993, 29 de marzo de 1994, 29 de diciembre de 1999 y, asimismo, advierten que no sólo manifiestan el dolo la *«insidia directa o inductora de la conducta errónea de otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe»* y lo reitera la de 27 de noviembre de 1998 y añade la de 11 de diciembre de 2006 [que extracto en la anterior A.1] que también constituye dolo *«la reticencia consistente en la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico»*. Y la de 26 de marzo de 2009 [que extracto en la anterior A.3] dice: *«...el llamado dolo negativo, por haber infringido el deber de informar al comprador de las vicisitudes administrativas del negocio tramitado, deber éste impuesto por la buena fe, entendida ésta como deber precontractual»*. Y la ed [sic; de] 25 de abril de 2009: *«...un supuesto de reticencia dolosa, en que una de las partes calla o no advierte debidamente a la contraparte, en pugna con el deber de informar exigible por la buena fe»*. Y, por último la de 5 de mayo de 2009 [que extracto en la siguiente [B.1] añade: *«en cualquier caso, siempre cabría estimar, como hacen las sentencias de instancia, la concurrencia de dolo negativo o por omisión, referido a la reticencia del que calla u oculta, no advirtiendo debidamente, hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión contractual (SS., entre otras, 29 de marzo y 5 de octubre de 1994; 15 de junio de 1995; 19 de julio y 30 de septiembre de 1996; 23 de julio de 1998; 19 de julio y 11 de diciembre de 2006; 11 de julio de 2007; 26 de marzo de 2009), pues resulta incuestionable que la buena fe, lealtad contractual y los usos del tráfico exigían, en el caso, el deber de informar (SS. 11 de mayo de 1993; 11 de junio de 2003; 19 de julio y 11 de diciembre de 2006; 3 y 11 de julio de 2007; 26 de marzo de 2009)»*.

En el motivo del recurso se concluye que en este caso el silencio de la parte vendedora (la actual recurrente [Iber Godor, S.L.]) fue [sic; no fue] lo que motivó que la parte compradora (la demandante en la instancia [Prigel, S.L.]) celebrase el contrato de compraventa que, de haber conocido la existencia de la dolina, no hubiera celebrado, sino que fue su propia falta de diligencia. No es así [afirma el Tribunal Supremo] y el motivo se desestima. El desconocimiento de la dolina no fue debido a falta de diligencia [de la compradora Prigel, S.L.] y el si-

lencio de la parte vendedora [Iber Godor, S.L.] sobre ello fue determinante de la voluntad de comprar a un precio que no fue discutido y tampoco se puede considerar miserable [esta cursiva mía]» (salvo que indique lo contrario, cursiva del original; FD 3.º).

[A.5] *La STS, 1.ª, 05.09.2012 (Pte. Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel)*

En esencia, el 12.06.2006, celebran un contrato de ejecución de obra de trabajos de albañilería para un edificio, *Exdebaill, S.L.* como contratista e *Inmoprogesa, S.A.* como comitente, a iniciar el 18.06.2006 y terminar el 15.05.2007. Muy poco después, el 21.06.2006, *Exdebaill, S.L.* solicita la declaración de concurso, siendo declarada más tarde en concurso. Por lo que respecta a la ejecución de la obra, el 20.06.2006 (esto es, dos días después del 18.06.2006, que es cuando debían empezarse los trabajos), dos operarios de *Exdebaill, S.L.* fueron a la obra y realizaron tan solo labores de limpieza, abandonando la obra el 30.06.2006. Hubo dos incidentes concursales y el que ahora interesa es el de *Inmoprogesa, S.A.* contra *Exdebaill, S.L.*, en el que la primera alega, con carácter principal, que el contrato es anulable por dolo de *Exdebaill, S.L.*, pues esta le ocultó su situación patrimonial y que unos días después presentaría la declaración de concurso y, si lo hubiera sabido, no hubiera contratado con ella (era esencial la celeridad en la ejecución de los trabajos para la buena marcha de la obra, así como para que *Inmoprogesa, S.A.* cumpliera sus compromisos de venta). En primera y segunda instancia se desestima la demanda de *Inmoprogesa, S.A.*, al considerar que no hubo dolo de *Exdebaill, S.L.* *Inmoprogesa, S.A.* recurre en casación, alegando infracción de los artículos 1269, 1270 y 1300 CC y jurisprudencia (motivo 1.º). El Tribunal Supremo entiende que hubo dolo omisivo de *Exdebaill, S.L.*, y casa (Fallo).⁴⁰⁶

El Tribunal Supremo, primero, explica con carácter general en qué consiste el dolo, centrándose en el omisivo, y luego (segundo) lo aplica al caso, considerando que hubo dolo, ya que *Exdebaill, S.L.* ocultó a *Inmoprogesa, S.A.* las dificultades económicas que le imposibilitaban cumplir su prestación según lo pactado.

En cuanto a lo primero, según el Tribunal Supremo.

«[...] *El dolo como vicio del consentimiento* [esta cursiva, negrita en el original].

El dolo en la formación del contrato constituye un vicio del consentimiento con entidad para anularlo – artículos 1269, 1270, párrafo primero, y 1300 del Código Civil -. Presupone la actividad, intencionadamente desplegada por una de las partes, para captar la voluntad de la otra –las «*palabras o maquinaciones insidiosas*» a que se refiere el artículo 1269– y el efecto de generar en ella una representación fraudulenta de la realidad –induciéndola «*a celebrar un contrato que, sin ellas, no habría celebrado*», en palabras del mismo artículo 1269–.

⁴⁰⁶ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

ARNAU RAVENTÓS comenta esta STS, 1.ª, 05.09.2012, CCJC (2013) pp. 33-55.

Aunque el repetido artículo, siguiendo el antecedente representado por el 1282 del Anteproyecto de 1882-1888 y el 992 del Proyecto 1851, así como por la Partida 7.16.1 y el Digesto 4.3.1.2 -que recoge como verdadera la definición de Labeón, según la que «*dolum malum esse omnem callidatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam*»: dolo malo es toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro-, sólo contempla como elemento causal del dolo «*in contrahendo*» una conducta positiva, en forma de palabras o maquinaciones, la jurisprudencia admite también una manifestación negativa, en forma de reticencia u ocultación maliciosa de alguna información que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y las exigencias de la buena fe, el contratante que guarda silencio debía haber comunicado al otro⁴⁰⁷—sentencias de 21 de junio de 1978, 26 de octubre de 1981, 18 de julio de 1988, 27 de marzo de 1989, 9 de julio de 1985, 18 de julio de 1988, 28 de noviembre de 1989, 27 de septiembre de 1990, 11 de mayo de 1993, 29 de marzo de 1994, 31 de diciembre de 1998, 569/2003, de 11 de junio, 1279/2006, de 11 de diciembre [que extracto en la anterior [A.1]], 747/2007, de 3 de julio, 233/2009, de 26 de marzo [que extracto en la anterior [A.3]], 289/2009, de 5 de mayo, 30/2010, de 16 de febrero, 129/2010, de 5 de marzo [que extracto en la anterior [A.4]], entre otras muchas—.

En todo caso, exige el artículo 1270 del Código Civil que el dolo, para que produzca la anulación del contrato, sea grave, en el sentido de determinante de su celebración —sentencias de 20 de junio de 1973, 1279/2006, de 11 de diciembre, 747/2007, de 3 de julio, 30/2010, de 16 de febrero—, a lo que añade la jurisprudencia la necesidad de que se pruebe —sentencia de 21 de junio de 1978, 27 de marzo de 1989, 233/2009, de 26 de marzo—.

Hay que señalar, a los efectos del recurso de casación, que se trata de una cuestión tanto de hecho como de derecho, ya que afirmar el dolo impone una calificación jurídica a partir de los datos fácticos afirmados en la instancia —sentencias de 30 de junio de 1988, 27 de marzo de 1989, 28 de noviembre de 1989, 21 de julio de 1993, 23 de junio de 1994, 192/2008, de 10 de marzo, 233/2009, de 26 de marzo—.

⁴⁰⁷ ARNAU RAVENTÓS, a propósito de la afirmación «[e]n el FJ.º 3.º de [esta] STS de 5 de septiembre de 2012 [...] que el art. 1269 CC, en la línea de sus precedentes «sólo contempla como elemento causal del dolo «*in contrahendo*» una conducta positiva en forma de palabras o maquinaciones», atribuyendo a la jurisprudencia el mérito de admitir que aquel vicio puede manifestarse también de forma negativa [...]», considera que «[e]n aquellos precedentes, sin embargo, no se descartaba tal modalidad de dolo. Con carácter inmediato, se remotan al art. 1282 del Anteproyecto de 1882-1888 y el art. 992 del Proyecto de 1851 [que transcribo *supra*, [8] [C] y [B] respectivamente], inspirado a su vez en el [ahora derogado] art. 1116 Code (alusivo sólo a «*manioevres*» [sic; que transcribo *supra*, nota 90]) [...] (véase, Pothier [apellidos, mayúsculas en el original], J.R., *Tratado de las obligaciones* [...]. El autor [Pothier], tras reproducir la definición de Labeón [contenida en D. 4.3.1.2 [que transcribo *supra*, [12] primera [A]] [...] contempla, como exponente de falta a la buena fe, la ocultación de aquello que nosotros no habríamos querido que se nos ocultase de encontramos en la misma situación; a propósito de la ocultación de «*tout ce qui concerne la chose, qui pourroit porter l'acheteur à ne pas acheter ou à ne pas acheter si cher*», véase *Traité de contrat de vente et des retraitis* [...] (Véase, también, Partida 7, 16, 1, que admite como manifestación dolosa la conducta de quien «*callasse engañosamente*» [Partida que transcribo *supra*, [11] [A]])» [cursiva del original; CCJC (2013) p. 48; *vid. supra*, nota 374].

Por último, la carga procesal de demostrar la concurrencia del dolo recae sobre quien lo alega –sentencias de 20 de junio de 1973, 819/1993, de 21 de julio– (salvo indicación mía en contrario, cursiva del original; FD 3.º).

En cuanto a lo segundo, según el Tribunal Supremo:

«[...] *Razones que conducen a la estimación del motivo* [esta cursiva, negrita en el original].

Como ha puesto de manifiesto la recurrente [*Inmoprogesa, S.A.*], el Tribunal de apelación consideró que Inmoprogesa, SA de haber conocido la situación económica en que se hallaba Exdebaill, SL, no habría contratado con ella la ejecución de la obra.

También declaró probado que el contratista [*Exdebaill, S.L.*] no envió operarios a la edificación en la que debía realizar los trabajos de albañilería hasta el veinte de junio de dos mil seis, dos días después del señalado como de comienzo de la obra [el 18.06.2006], así como que se trató sólo de una pareja [de operarios] que se limitó a realizar labores de limpieza, abandonadas totalmente el día treinta del mismo mes.

En la sentencia recurrida se indica que no constituye reticencia maliciosa que un contratante no comunique al otro, al concluir el contrato, su intención de solicitar seguidamente la declaración de concurso. Pero los hechos probados evidencian que lo que ocultó Exdebaill, SL a la comitente fueron, propiamente, las dificultades económicas que le imposibilitaban –como la realidad inmediata se encargó de demostrar– cumplir la prestación en los términos en los que estaba pactando.⁴⁰⁸

⁴⁰⁸ a) ARNAU RAVENTÓS destaca la distinta argumentación de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo, a efectos de que la primera entendiera que no hubo dolo de *Exdebaill, S.L.*, y el segundo entendiera que sí, y reflexiona sobre si puede o no constituir dolo la ocultación por el deudor de que no podrá cumplir, teniendo presente la naturaleza de la obligación (en el caso, un hacer; en otros, puede tratarse de una obligación pecuniaria). Manifiesta:

«La Sentencia recurrida y la recaída en casación difieren en el alcance de la buena fe y, en concreto, a si alcanzaba el deber de comunicar a la comitente la intención de solicitar, de forma inminente, la declaración de concurso. En opinión de la AP, «*ello equivaldría a reconocer con carácter general que todos los contratos concertados por quien está próxima a concurso son anulables si no se había anunciado a la contraparte su verdadera situación de proximidad al concurso. Y este deber no puede imponerse, con carácter general, a quien se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente, pues ello supondría ahuyentar a todos sus posibles clientes y redundaría en el cese de su actividad económica, cuando la posterior solicitud de concurso no debe necesariamente conducir a ello, sino que en principio se supone la continuación en la actividad económica o empresarial del deudor*». El TS estima el recurso interpuesto [por *Inmoprogesa, S.A.*] y lo hace matizando, sutil pero necesariamente, aquello sobre lo que debería haberse informado a la contraparte. Según la Sentencia [del Tribunal Supremo], no era tanto la inminente solicitud de declaración del concurso sin más, sino «*las dificultades económicas que le imposibilitaban –como la realidad inmediata se encargó de demostrar– cumplir la prestación en los términos en los que estaba pactado*» (FJ 4.º). El razonamiento, pues, parte de la distinción entre la declaración de concurso propiamente dicha y la situación económica de la empresa a fin de atender a sus acreedores. Que lo primero implica necesariamente que aquellas circunstancias son pésimas (art. 2.2 LC) precisa de algún matiz en función de la naturaleza del crédito y ello porque, como sucede en el caso *a quo*, aquella declaración o solicitud de insolvencia no tenía por qué estar reñida necesariamente con la posibilidad de cumplir con una obligación consistente, además en un *hacer*. De ahí que el TS haga recaer el peso del razonamiento sobre la situación del deudor a fin de afrontar la deuda, más que sobre la solicitud de concurso en sí misma considerada. Claro que si se prescinde de esto último y se atiende sólo a lo primero, deberá concluirse que

En definitiva, a partir de los datos de hecho aportados por la propia sentencia que se recurre, cuya correcta calificación lleva a considerarlos relevantes a los efectos de la aplicación de los artículos 1269 y 1300 del Código Civil, procede que estimemos el primero de los motivos del recurso de casación de Inmoprogesa, SA y, con él, la pretensión principal deducida en su demanda, anulando el contrato⁴⁰⁹» (FD 4.º).

[B] *La calificación como dolo omisivo o/y como dolo activo*

[B.1] *La STS, 1.ª, 05.05.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández)*

[B.1.1] Brevemente, el 09.01.1998 se celebra una opción de compra entre *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* (optataria) y *Esso Española, S.A.* (optante) de una finca de 5.020 m², cuyo fin era la construcción y explotación de una estación de servicios, identificándose la finca con un croquis o plano que *El Cabaco*

también constituye una ocultación dolosa, por ejemplo, la de quien compra un producto a sabiendas que no podrá pagar el precio o la de quien solicita un préstamo conociendo de antemano la imposibilidad de devolverlo. El acreedor, sin necesidad de esperar y alegar incumplimiento, podría, si resulta de su interés, invalidar el contrato por dolo. Por lo demás, no habría razón para distinguir entre la imposibilidad/dificultad económica de cumplir y la imposibilidad/dificultad de *otra índole o naturaleza* que, conocida por el contratante a quien afecta en el momento de obligarse, es ocultada fraudulentamente a la contraparte» [cursiva del original; *CCJC* (2013) pp. 51-52].

b) CARRASCO PERERA considera y argumenta que el comprador no ha de informar al vendedor que se encuentra en estado de insolvencia. Dice:

«En especial, el dolo del comprador insolvente [esta cursiva, negrita en el original].

El caso últimamente citado de la STS 5 septiembre 2012 es para mí [CARRASCO PERERA] el supuesto jurisprudencial que merece mayor consideración a lo largo de toda la teoría del dolo. Ya es raro que pueda estar en dolo quien adquiere el activo, no quien lo transfiere, lo que parece oponerse a la lógica del mercado. Un dolo de adquirente sólo tiene sentido cuando se trata de una conducta activa engañosa. De otra forma, es difícil imaginar que el silencio del comprador pueda haber sido causalmente relevante de la prestación del consentimiento del transferente. Porque el comprador sólo tiene una obligación, que es pagar, y sobre las deudas de dinero, por su infungibilidad, no puede darse una brecha de disenso. Es además inexistente que el comprador que no paga al contado tenga que comunicar al vendedor cuál es su situación económica a efectos del cumplimiento futuro. Dicho de otra forma: *el vendedor no puede legítimamente esperar que el comprador le vaya a contar tal cosa*, y es asunto del primero hacer averiguaciones o buscarse garantías. Además, el camino de la nulidad que se declaró finalmente es viaje peligroso para el resto de los acreedores. Cuando se demanda por nulidad al comprador, en aquel caso ya declarado en concurso, la deuda de restitución de la cosa no es una deuda de la masa, pero no es insensato sostener que la sentencia constitutiva o declarativa (dejaremos este asunto ahora sin considerar) produce efectos reales automáticos respecto de la propiedad de las cosas transferidas que subsisten en la masa, que el actor puede reivindicar acumulando a la acción de nulidad el incidente concursal de reivindicación o separación de bienes ajenos a la masa. Si todos los vendedores, acreedores concursales, pudieran decir que contraron por el dolo del comprador que calló su insolvencia actual o futura, no quedaría nada del Derecho concursal y todas las demandas se resolverían mediante acciones que vaciarían la masa del concurso» [salvo que indique lo contrario, cursiva del original; (2021) 9/27 (*sic*; 8/27) pp. 393-394].

⁴⁰⁹ El texto de esta *STS, 1.ª, 05.09.2012* continúa: «No procede, sin embargo, condenar a Exdebaill, SL a la indemnización de daños y perjuicios reclamada por Inmoprogesa, SA, por cuanto la correspondiente pretensión se basa en una cláusula contenida en el contrato anulado y, además, no hay constancia de que el retraso en el inicio de las obras por otro contratista –señalado por la actora como determinante de la medida del daño– no sea también imputable a un defecto de diligencia de la propia recurrente» (FD 4.º).

Medios y Gestión, S.L. aporta. Poco después y ejercitada la opción de compra, el 23.01.1998 se otorga la escritura pública de compraventa, en la que se indica su finalidad, que comprende todas las licencias y autorizaciones administrativas y estudios y proyectos técnicos, que la finca tiene una superficie mínima de 5.000 m² y que se vende por un precio de 140.000.000 pesetas y 22.400.000 pesetas de IVA. *Esso Española, S.A.* comienza la construcción de la estación de servicios pero ha de paralizarlo por dos reclamaciones de terceros. Una reclamación se refería a unos linderos de la finca y la otra consistía en que sobre la finca adquirida se superponía otra finca, invadiéndola en 2.172 m², siendo esta finca un proindiviso entre *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* (optataria, vendedora) y otras dos sociedades y, si bien *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* ofreció su participación en el proindiviso, con las otras dos sociedades no se llegó a acuerdo alguno. *Esso Española, S.A.* (optante, compradora) demanda a *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* y a su administradora (Enma). En primera y en segunda instancia se considera que hubo dolo, se declara la nulidad (anulabilidad) de la compraventa y se condena solidariamente a los dos anteriores a la restitución del precio pagado más intereses, el pago del IVA e indemnización de daños y perjuicios (en segunda instancia se reduce la cuantía indemnizatoria fijada en primera instancia). *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* (optataria, vendedora) y Enma (administradora) recurren en casación y alegan infracción de los artículos 1300 y 1303 CC en relación con los artículos 1269 y 1270 CC y jurisprudencia interpretativa del concepto de dolo del artículo 1269 (motivo 1.º) e infracción de los artículos 1106 y 1107 CC sobre indemnización de daños y perjuicios, por entender que no han de incluirse ciertos gastos (Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, honorarios de un estudio, gastos de aval), ni el lucro cesante (motivo 2.º). El Tribunal Supremo no casa⁴¹⁰.

En lo que ahora interesa, si efectivamente existió dolo y de qué tipo fue, el Tribunal Supremo entiende que lo hubo, pues la vendedora *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* hizo una manifestación de voluntad atribuyendo a la finca determinadas cualidades que no tenía, lo que constituye una *maquinación directa*, aunque también puede entenderse, como sucedió en las dos instancias, que existió *dolo omisivo*. Dice así el Tribunal Supremo:

«La Sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, aprecia la existencia de dolo civil grave «in contrahendo» *por ocultación de datos esenciales, aplicando la doctrina jurisprudencial de que el dolo abarca no solo la maquinación directa, sino también «la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, sin que lo invalide la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada»* (SS. 26-10-1981, 15-7-1987 y 15-6-1995); y con base en tal apreciación, de conformidad con los arts. 1265, 1269 y 1270 CC, declara la nulidad de la compraventa.

[...] ⁴¹¹.

⁴¹⁰ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

⁴¹¹ Para el texto correspondiente a esos puntos suspensivos la nota inmediatamente siguiente.

[...] concurren todos los requisitos que exige el Código Civil y doctrina jurisprudencial para apreciar la existencia de dolo «in contrahendo», y, por consiguiente, resulta procedente la declaración de nulidad contractual.

En primer lugar existió una conducta insidiosa de la entidad El Cabaco Medios y Gestión S.L. [optataria, vendedora] dirigida a provocar la declaración negocial de Esso España, S.A [optante, compradora]. Esta actuación se evidencia en la manifestación de voluntad de vender una finca *con determinadas cualidades* [esta cursiva del original], creando una falsa representación de la realidad, pues no solo tenía una menor cabida, sino que además se falseaba la causa concreta negocial habida cuenta que la falta de la condición urbanística exigible (mínimo de 5.000 mts² de superficie) la hacía no edificable y, por otro lado, resultaba imposible construir la estación de servicio. *Tal conducta supone una maquinaria directa porque se está vendiendo una finca de 5.020 mts² que no los tiene, pero, en cualquier caso, siempre habría estimar, como hacen las sentencias de instancia, la concurrencia de dolo negativo o por omisión, referido a la reticencia del que calla u oculta, no advirtiendo debidamente, hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión contractual* (SS, entre otras, 29 de marzo y 5 de octubre de 1994; 15 de junio de 1995; 19 de julio y 30 de septiembre de 1996; 23 de julio de 1998; 19 de julio y 11 de diciembre de 2006 [que extracto en la anterior [A.1]]; 11 de julio de 2007 [que extracto en la anterior [A.2]]; 26 de marzo de 2009 [que extracto en la anterior [A.3]]), *pues resulta incuestionable que la buena fe, lealtad contractual y los usos del tráfico exigían, en el caso, el deber de informar* (SS. 11 de mayo de 1993; 11 de junio de 2003; 19 de julio y 11 de diciembre de 2006; 3 y 11 de julio de 2007; 26 de marzo de 2009). Por otra parte, no se requiere un especial ánimo de perjudicar con el negocio, sino que basta que la conducta activa, o negativa, obedezca al propósito de inducir a la contraparte a realizar la declaración viciada, y resulta indiscutible, dada la situación fáctica apreciada en la sentencia impugnada, la existencia del vicio, *pues Esso España, S.A. [optante, compradora] no conoció, ni por datos ostensibles pudo conocer, al tiempo de perfeccionar la compraventa, la falta de las condiciones urbanísticas y de idoneidad de la parcela para la finalidad de construcción en ella de una estación de servicio, a cuyo engaño contribuyó la propia aportación del croquis o plano de la finca por la entidad optataria [El Cabaco Medios y Gestión, S.L.] con ocasión del contrato de opción* (a lo que no puede servir de excusa su versión de que era meramente indicativo y que lo recibió de la persona de quien a su vez adquirió la propiedad) *y existencia de las licencias, todo lo que supone además la creación de una confianza en la compradora [Esso Española, S.A.], por lo que resulta singularmente atinada la referencia de la argumentación de la Sentencia del Juzgado (asumida por la aquí recurrida [Esso Española, S.A.] a la doctrina de esta Sala (SS citadas, a las que cabe añadir como posteriores y muy recientes las de 11 de julio de 2007 y 26 de marzo de 2009) de que no invalida el dolo la «confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada».* Finalmente, el dato incontrovertible para el recurso de casación de que la finca vendida no tenía la cabida pactada, ni requerida para cumplir la finalidad para la que se adquirió (establecimiento de una estación de servicio), al corresponder una buena parte de su superficie a otra finca perteneciente a otras personas (además de a la

vendedora [*El Cabaco Medios y Gestión, S.L.*], –cosa distinta de su descubrimiento por el comprador [*Esso Española, S.A.*]–, no es un «hecho posterior», sino *que existía al tiempo del contrato, y era conocido por las demandadas, y desconocido, sin posibilidad objetiva de advertencia, por la actora*, teniendo la relevancia exigible –gravedad– (art. 1270 CC, SS. [*sic*] para determinar la apreciación del dolo en su modalidad de causante («causam dans»), porque es conforme a la razonabilidad de las cosas que, de conocer la[s] circunstancias de que se trata al tiempo de perfeccionarse el vínculo contractual, la entidad actora [*Esso Española, S.A.*] no habría celebrado el contrato, evidencia que se corrobora con la repetida inhabilidad de la finca para lo que fue comprada (motivo causalizado)» (salvo que haya indicado otra cosa, cursiva mía; FD 5.º)⁴¹².

[B.1.2] En su comentario a esta *STS, 1.ª, 05.05.2009*, Quicios Molina señala que «el Tribunal Supremo parece más favorable a considerar la conducta realizada por la vendedora como dolo activo que como dolo omisivo (a diferencia de las sentencias de instancia, que estiman la existencia de un dolo omisivo)» y «[c]reo [Quicios Molina] que el Tribunal Supremo tiene razón» (cursiva mía)⁴¹³. Apunta además, «[q]ue una omisión de información suponga a la vez la declaración de un dato erróneo, sobre el objeto del contrato o sobre circunstancias que afectan a la causa concreta del contrato, no siempre se da, por lo que en caso de aparecer las dos caras de la moneda [omisión de información/declaración de un dato erróneo] podrá hablarse de dolo activo, pero sólo [podrá hablarse] de dolo

⁴¹² Con el razonamiento del Tribunal Supremo, que reproduzco en el cuerpo del texto, dicho Tribunal *va respondiendo a la argumentación aportada por El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* (optataria, vendedora) y Enma (administradora) y *es*: «En el motivo se trata de desvirtuar la existencia del dolo y a tal efecto se esgrimen, en síntesis, las alegaciones siguientes: a) La existencia previa de la opción de compra sobre el terreno, durante cuyo periodo de vigencia la optante [*Esso Española, S.A.*] tuvo a su disposición los elementos de hechos necesarios para asegurarse de la realidad del objeto, siendo de presumir que, al tratarse de una de las mayores Compañías del sector petrolífero, visitó la parcela, comprobó su existencia, cabida y linderos, situación registral y catastral, de forma que conoció con pleno detalle lo que compraba en el momento de suscribir la escritura pública; b) La existencia de las cláusulas 1.ª4 y 1.ª5 de la escritura de opción, de las que resulta que el optante [*Esso Española, S.A.*] tenía libre acceso a las fincas para efectuar las mediciones y comprobaciones, y verificar la extensión o cabida de la finca, mediante un técnico independiente, por lo que la vendedora [*El Cabaco Medios y Gestión, S.L.*] nunca pudo producir el más leve engaño a la compradora [*Esso Española, S.A.*]; c) Inexistencia de ánimo de perjudicar, pues la entidad *El Cabaco Medios y Gestión S.L.* [optataria, vendedora] obtuvo las correspondientes licencias, y nadie quiere daño para sí misma; d) La sentencia impugnada deduce la actuación dolosa de la vendedora [*El Cabaco Medios y Gestión, S.L.*] por dos «hechos posteriores» a la suscripción de las dos escrituras públicas, y el dolo solo puede apreciarse respecto a razones o causas existentes al tiempo de celebración del contrato, a lo que se añade que uno de los hechos –el relativo a la controversia sobre los linderos– se recoge por dicha resolución de forma errónea, de modo que tal como ocurrieron [y se narra] no puede ni debe reflejar la conducta insidiosa o maliciosa que deduce la sentencia impugnada; y en cuanto al otro hecho [superposición de fincas], el terreno proindiviso consistía en un camino de acceso asfaltado que estaba –y está– en la realidad física, y que *Esso España* conoció, como es de toda obviedad; y, e) La eventual inaplicabilidad, alternativa, del art. 1472 CC por haber transcurrido el plazo de caducidad de seis meses» (FD 5.º). En la anterior argumentación de *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* y Enma, se habrá advertido, aparecen cuestiones analizadas en otras partes de este trabajo.

⁴¹³ QUICIOS MOLINA, *CCJC* (2010) apartado A.a.

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

omisivo cuando el silencio de una de las partes sobre algo que debía comunicar no implique afirmar maliciosamente algo erróneo»⁴¹⁴.

[C] *La no obligación de informar en el concreto caso y al otro contratante con fundamento en la buena fe, y la inexistencia del dolo omisivo*

[C.1] *La STS, 1.ª, 03.07.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos)*

En esencia, el 20.10.1995, Rosa y M.^a Esther, como transmitentes, celebran un contrato con José María y Elvira como adquirentes (más adelante, Elvira transfiere su parte a Carina). En el contrato, Rosa y M.^a Esther manifiestan ser dueñas «de la industria «Café, bar La Tarongeta», en funcionamiento, con toda su maquinaria, utensilios, existencia y fondo de comercio, y con «licencia municipal de apertura en tramitación»». Con anterioridad a este contrato, el 26.03.1995, Rosa (covenedora) había solicitado «licencia de obra de reforma», realizándose las obras sin esperar a su concesión, y resultó que la licencia de obra se deniega porque la obra no se ajustaba a la normativa vigente, pues se pretendía hacer en la planta en la que había piezas habitables residenciales, haciendo Rosa alegaciones. En el contrato celebrado se pactó que, si la licencia de apertura se denegaba, Rosa y M.^a Esther devolverían lo recibido de los compradores, minorado en un determinado porcentaje. Posteriormente, se ordena el cese inmediato de la actividad y Carina extiende acta voluntaria de cese de actividad. José María y Carina demandan a Rosa y M.^a Esther y piden la nulidad del contrato por dolo.

En primera instancia se desestima la demanda de José María y Carina, entre otras razones, *porque* José y Carina explotaron el local desde que tomaron posesión hasta el cese de la actividad, *porque* en la cláusula 6.ª del contrato se les informó que la licencia municipal de apertura estaba en trámite (no hubo conducta insidiosa, aunque quizás se hubiera podido especificar mejor la información) y *porque* se había pactado qué sucedería si se denegase la licencia. En segunda instancia se estima la demanda de José María y Carina, por considerar que Rosa y M.^a Esther no procedieron con lealtad, dado que se venía a dar por supuesto que la licencia de obra se concedería, si bien con el riesgo de que el Ayuntamiento apreciase que las obras e instalaciones hechas no se ajustaren al proyecto previamente presentado, no comunicando a los compradores que la denegación había sido porque la obra no se ajustaba a la normativa vigente, simulando que este problema no podía producirse (existió un callar consciente, habiendo obligación de comunicar según la buena fe o las concepciones dominantes del tráfico, lo que

⁴¹⁴ a) QUICIOS MOLINA, *CCJC* (2010) apartado A.a.

b) DE LA MAZA GAZMURI informa de que «[e]n el caso del error y el dolo, es posible encontrar supuestos de abstenciones puras y *supuestos en que estas se mezclan con acciones*» [cursiva mía; (2010) p. 287]; que «[e]n el error y el dolo, tanto los tribunales como los autores se refieren al deber de informar en dos supuestos distintos. El primero de ellos tiene lugar cuando durante la negociación de un contrato no se suministra cierta información que debió proporcionarse. El segundo supuesto se presenta, según se ha mostrado, cuando, además de la omisión consistente en no suministrar la información debida, existen ciertas acciones que contribuyen a explicar el falso concepto de la realidad que se formó una de las partes» (p. 289; *vid.* las sentencias que el autor expone en pp. 287-289).

supone un actuar doloso). Las transmitentes Rosa y M.^a Esther recurren en casación por incorrecta aplicación o infracción de la noción de dolo como causa de la nulidad contractual declarada, pues no se cumplen sus requisitos (motivo 1.º y único, submotivo o apartado 2.º; no se probó el dolo, no se probó la gravedad del dolo). El Tribunal Supremo casa y considera que *no hubo dolo omisivo, ni dolo grave, dado que Rosa y M.^a Esther informaron de que la licencia de apertura se encontraba en tramitación, se previó en el contrato las consecuencias para el caso de que la licencia pudiera no concederse, y los adquirentes, que sabían de la ausencia de requisitos administrativos necesarios, que pudieran no cumplirse, podían haberse exactamente informado en los servicios municipales del alcance de tal circunstancia, ejercitando su derecho de información según las normas de procedimiento administrativo.*⁴¹⁵

En lo que *ahora* interesa, el referido razonamiento del Tribunal Supremo es:

«En suma, *no puede apreciarse la existencia una [sic; de una] conducta insidiosa con propósito de engaño- por parte del vendedor, dirigida a provocar la voluntad negocial, manifestada en este caso mediante la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato, y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico* (conforme exige la jurisprudencia: SSTs de 11 de diciembre de 2006 [que extracto en la anterior [A.1]] y 11 de mayo de 2007), *pues la manifestación acerca del estado de tramitación en que se hallaba la licencia de apertura y la previsión acerca de las consecuencias resolutorias que comportaba la eventualidad de que no fuera obtenida impiden afirmar que se haya producido el silencio o la omisión de circunstancias determinantes para la conclusión del contrato por parte de los adquirentes* (SSTs de 15 de junio de 1995 y 28 de noviembre de 1989), *los cuales, sabedores de la ausencia de requisitos administrativos necesarios para el funcionamiento del local, y de la posibilidad de que no pudieran ser cumplidos, podían informarse con exactitud en los servicios municipales del alcance de esta circunstancia ejerciendo el derecho de información que las normas de procedimiento administrativo reconocen a los interesados*» (cursiva mía; FD 5.º)

[C.2] *La STS, 1.ª, 24.04.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés)*

En síntesis, la familia Antonio posee el 58,78% del capital de una sociedad, encontrándose el resto del capital en manos de accionistas minoritarios, uno de los cuales era Marino con el 7,41% del capital (5.780 acciones) y miembro del Consejo de Administración. Tras diversas discrepancias y reuniones con la familia Antonio, se propone a Marino la compra de sus 5.780 acciones, lo que este acepta después de solicitar información sobre la situación patrimonial societaria y acceder a la información del Balance cerrado a 31.12.1987. El 06.07.1988, Marino vende su participación por 96.410.040 pesetas (16.680 pesetas por acción) a Aida (hija del Presidente de la compañía, haciendo esta la compra mediante un hermano suyo como mandatario). *Cuatro meses después* (el 30.11.1988),

⁴¹⁵ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

la familia Antonio vende el 93,29% del capital a una sociedad alemana a 27.372 pesetas por acción, y cuatro años después (julio de 1992) vende el resto de las acciones a 40.529 pesetas. El 06.09.1991, Marino se querrela por estafa y apropiación indebida contra Lázaro y Jose Carlos, archivadas por sobreseimiento. El 24.04.2002 Marino (vendedor) demanda a Aida (compradora) y pide que se la condene a que le indemnice los daños y perjuicios por cuantía de 1.434.615 € (o subsidiariamente a 733.835 €, o subsidiariamente a 642.485 €) dado que se le ocultó dolosamente la oferta de compra y negociaciones con la empresa alemana, así como la auténtica situación patrimonial de la empresa y si lo hubiera sabido, no hubiera vendido sus acciones, pudiendo retener su venta hasta 1992 o vender unos meses después a precio muy superior. En primera instancia se desestima la demanda de Marino al considerarse prescrita la acción ejercitada, acción difícil de individualizar, si bien se considera que es de naturaleza contractual y es la del artículo 1301 CC en relación con los artículos 1269 y 1270 CC. En segunda instancia también se desestima la demanda de Marino, centrándose el debate en la responsabilidad precontractual (o *culpa in contrahendo*) a la que se aplica el tratamiento de la responsabilidad extracontractual y la acción de Marino había prescrito (art. 1968.2.º CC); también se considera que la acción ejercitada fue la de nulidad del artículo 1301 CC, habiéndose aplicado correctamente el plazo de cuatro años. El vendedor Marino recurre en casación por vulneración de los artículos 7.1 y 1258 CC (motivo 1.º) e infracción del artículo 1964 CC (que en aquel entonces disponía un plazo de quince años; motivo 2.º). El Tribunal Supremo, que considera que Aida (la compradora) no tenía que haber informar a Marino (el vendedor, pues este era miembro del Consejo de Administración y de ahí que tuviera acceso a los libros y cuentas de la compañía; tuvo un defecto de autoinformación que le era imputable), entiende que no hubo dolo omisivo de Aida y no casa.⁴¹⁶

En lo que ahora interesa, que la compradora (Aida) no tenía obligación de informar al vendedor (Marino), por lo que no cometió dolo omisivo, existiendo un defecto de autoinformación de Marino que le era imputable, dice el Tribunal Supremo:

«[...] Estamos ante un supuesto de dolo reticente, que se formaría por omisión de la información que, en buena fe, se debía haber suministrado. *El primer problema que suscita el planteamiento efectuado consiste precisamente en determinar si existía o no ese deber o si, en el mundo de los negocios y del tráfico mercantil, no es exigible un comportamiento como el que reclama el ahora recurrente* [Marino, el vendedor]. *No hay duda, en abstracto, respecto de la calificación de la reticencia como un supuesto de dolo*. Baste ver las Sentencias de esta Sala de 15 de junio de 1995, 23 de julio, 27 de noviembre y 31 de diciembre de 1998, 26 de julio de 2002, 12 de junio de 2003, 19 de julio de 2006, entre otras. *Lo dudoso, en el caso, es que se haya producido la reticencia dolosa que se imputa a la parte hoy recurrida* [Aida, la compradora]. *Las sentencias de instancia, ocupadas en identificar la acción ejercitada y en determinar si había prescrito o*

⁴¹⁶ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

no, no entran apenas en la cuestión. No se trata de un supuesto en que la ley imponga específicos deberes de información (como ocurre en los supuestos regidos por preceptos como el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro⁴¹⁷, [...], 21.3 de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones [...] ⁴¹⁸), sino de un caso en que el vendedor (de las acciones) [Marino] no es informado por el comprador [Aida] de que los accionistas que componen la mayoría (sus parientes, entre los cuales su padre, Presidente del Consejo de Administración, y su hermano, que actuó como mandatario [de Aida], y era Consejero-Delegado) tienen ofertas de compra por precio superior al que se deduce del Balance y se está considerando para la operación de compraventa que se proyecta. El vendedor [Marino] [...] manifiesta que solo se le facilitó información relativa al Balance cerrado en 1987 y a los resultados de 1987 y 1986 (la operación se consuma en 6 de julio de 1988), omitiendo un informe que ya se había formulado sobre los beneficios que se esperaban en el ejercicio 1988 y sobre los resultados realmente obtenidos en los seis primeros meses de 1988, y desde luego ocultando la oferta de compra por parte de la compañía alemana que, en definitiva, adquirió la casi totalidad de las acciones cuatro meses después. En el caso, desde luego, ha de valorarse que se trata de una relación entre socios (aún cuando la adquirente [Aida] no lo fuera, lo eran su padre y hermano, y fue éste quien actuó como apoderado y quien, al parecer, llevó a efecto las negociaciones), lo que acentúa los deberes de lealtad, y además supone que la información sobre el estado real de la sociedad, y por ende sobre el valor real de las acciones, está en poder del adquirente [Aida], más que del transmitente [Marino], en el caso; pero hay que tener en cuenta también que el vendedor [Marino] era miembro del Consejo de Administración y tenía, por ello, acceso a los libros y cuentas de la compañía, lo que puede traducirse en un defecto de autoinformación que le sería imputable.

En este orden de cosas, parece aceptado en la doctrina que no existe obligación de desvelar el error que consiste en la ignorancia de una cualidad positiva de un bien, que lo revaloriza.

Pero, sobre todo, el quid de la cuestión se encuentra en que la Sala de Instancia, en realidad, no reconoce que haya habido ocultación ni comportamiento doloso. Sólo una somera indicación de la sentencia de primera instancia apunta a que se produjo la ocultación. Pero no ocurre lo mismo en la sentencia de apelación. Dice la sentencia recurrida:

«...el actor [Marino], de manera libre y voluntaria y tras varias vicisitudes negociadoras con los socios mayoritarios, el día 6 de julio de 1988 decide vender su participación social a aquéllos. Es después de saber que los socios mayoritarios habían entablado negociaciones paralelas a las suyas con una sociedad alemana para la venta de la práctica totalidad de las acciones, cuando defiende que

⁴¹⁷ Sobre el artículo 10 LCS e interpretación jurisprudencial, *supra* [47].

⁴¹⁸ Artículo 21.2 de la Ley 6/1998, 03.04, sobre régimen del suelo y valoraciones: «La infracción de cualquiera de las anteriores disposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, facultará al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de un año a contar desde la fecha de su otorgamiento y para exigir indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado». *Infra*, [102] me ocupo del artículo 62 TRLS, a propósito del dolo (presunción de dolo).

le fue ocultada aquella información y que los socios mayoritarios actuaron con dolo y mala fe social, y, en lugar de ejercer la acción de nulidad y de daños y perjuicios de los artículos 1269 y 1270 CC, decide acudir a la vía penal interponiendo querrela por presunto de [sic; delito de] estafa que acaba siendo desestimada. Hacerlo ahora, al cabo de casi catorce años después de aquella venta que se reputa engañosa por dolo civil, está vedado por el transcurso de más de los 4 años de prescripción que exigen aquellas acciones...».

[...] en definitiva, no hay base fáctica, resultado de una estimación probatoria, que permita apreciar la existencia de reticencia dolosa, ni se han formulado motivos que permitan a esta Sala verificar la modificación de hechos probados en el sentido de tener por acreditado que se ocultó al comprador [sic; al vendedor, Marino] información que había de suministrarse por imperativo de la buena fe. La prueba del dolo corresponde al litigante que lo alega, y la apreciación de los hechos en que el presunto dolo se funde es un punto de hecho cuya fijación corresponde en exclusiva a la Sala de instancia (Sentencias de 24 de febrero de 1995, 13 de mayo de 1991, 23 de julio de 1998, 8 de febrero de 1955, 30 de marzo de 1961, 21 de diciembre de 1963, 4 de diciembre de 1990, etc.). No cabe, pues, estimar que se haya producido la infracción de los artículos 7.1 y 1258 del Código civil que se ha denunciado.

Por lo tanto, desde esta perspectiva, el primero de los motivos [del recurso de casación del vendedor Marino] haría supuesto de la cuestión, al entender producida la ocultación y la infracción del deber de información que hubiera generado la acción de reclamación de daños que se ha ejercitado, cuando de los hechos probados, según los ha fijado la sentencia recurrida, no se deduce, sin haber atacado la estimación de hechos probados por los cauces procedentes» (cursiva mía; FD 4.º).

3.10 El dolo causal (o causante, o principal) y el dolo incidental (o incidente)

A) *La doctrina de los autores*

[56] *En general y actualmente*, los autores diferencian el dolo causal y el incidental de la siguiente manera. Si el dolo *determinó (causó) la celebración del contrato, ya que, sin él, su víctima no lo hubiera celebrado*, se trata del dolo *causal*, calificación última que el Código civil omite, y su víctima podrá instar la *anulación* del contrato (arts. 1269, 1270.I CC)⁴¹⁹. *En cambio*,

⁴¹⁹ *Por ejemplo*, DE COSSÍO Y CORRAL (1955) pp. 347-349; ALBALADEJO, *ADC* (1957) p. 993; DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 204, p. 153, también § 200, p. 151; MORALES MORENO (1993a) pp. 405, 406-407, y «Artículo 1270» (1993b) pp. 470, 472; ROJO AJURIA (1994) p. 20; LLOBET I AGUADO (1996) p. 136; DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) pp. 29-30, y *Aranzadi Civil* (1998) pp. 211-212; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007) pp. 214-215, y *ADC* (2009) p. 1053; BERCOVITZ ÁLVAREZ «Artículo 1270» (2013) p. 1728; CARRASCO PERERA (2021) 8/17, pp. 385-386.

en el dolo *incidental*, expresión esta otra sí empleada por el propio Código civil (art. 1270.II CC), la víctima del dolo hubiera celebrado el contrato, *pero con otras condiciones* (más ventajosas para él, menos perjudiciales) y este dolo, que puede tener distintas manifestaciones como por ejemplo elena Morales Moreno en la siguiente [A], *solo* da lugar a que, quien lo haya llevado a cabo, tenga que *indemnizar los daños y perjuicios* sufridos por el otro contratante (art. 1270.II CC)⁴²⁰. *Esta distinción entre dolo causal e incidental puede considerarse la tesis tradicional* y más adelante expongo *cómo*, al poco de la vigencia del Código civil, la defienden Manresa y Navarro, y Scaevola, *cómo* también se defendía en la doctrina del siglo XIX anterior al Código civil, y *cómo* estaba presente en los antecedentes prelegislativos del Código civil de los Proyectos de Código civil de 1836 y 1851 y en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888.

[A] *Las posibles manifestaciones dañosas del dolo incidental según Morales Moreno*

Según este autor, el dolo incidental «[p]uede afectar a la equivalencia de las prestaciones» y si bien esta equivalencia, «[e]n principio[,] [...] la fijan libremente las partes (equivalencia subjetiva)», «además» de que «en el precio de la compra y de la venta es naturalmente lícito a los contratantes engañarse» (Pomponio en D. 4.4.16.4 [que transcribo *supra*, [12] primera [A]]), lo cierto es que «no es admisible el engaño malicioso (contrario a la buena fe), orientado a conseguir un precio desproporcionado (p. ej., se hace creer que escasea el producto, se engaña acerca de su precio en el mercado, o se atribuyen a la cosa cualidades que no tiene, que la hacen valer más)»⁴²¹.

Otra manifestación dañosa del dolo incidental es que «[p]uede determinar la incorporación de ciertas cláusulas al contrato, que sin él no se hubieran querido»⁴²². O «[p]uede referirse a la existencia de los elementos esenciales del contrato (art. 1261); p. ej., se oculta la inexistencia del objeto o la imposibilidad (física o jurídica) de cumplir lo pactado»⁴²³. O recae sobre «extremos que afecten a la organización de intereses propia del contrato (cualidades del objeto que se

⁴²⁰ Por ejemplo, DE COSSÍO Y CORRAL (1955) pp. 347-349; ALBALADEJO, ADC (1957) p. 993; DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 204, pp. 153-154; MORALES MORENO (1993a) p. 407, y «Artículo 1270» (1993b) pp. 470-471; ROJO AJURIA (1994) p. 20; LLOBET I AGUADO (1996) p. 136; DE VERDA Y BEAMONTE, RDP (2006) pp. 29-30, y *Aranzadi Civil* (1998) pp. 211-212; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007) pp. 214-215, y ADC (2009) p. 1053; CARRASCO PERERA (2021) 8/17, pp. 385-386.

⁴²¹ MORALES MORENO, «Artículo 1270» (1993b) p. 471.

⁴²² MORALES MORENO, «Artículo 1270» (1993b) p. 471; para esta manifestación dañosa del dolo se apoya en De Castro y Bravo.

⁴²³ MORALES MORENO, «Artículo 1270» (1993b) p. 471; *aclara*, que «[e]n estos casos no es posible el cumplimiento del contrato; tampoco tiene sentido la anulabilidad, si el vicio de que adolece el contrato es aún mayor (v. art. 1261); pero el contratante engañado puede obtener indemnización por el daño consecuencia del dolo del otro contratante, para lo cual será necesario tomar en consideración al contrato [...]».

vende, cualidades de la persona, relevantes en el contrato celebrado)»⁴²⁴. En este último caso, precisa Morales Moreno, «el dolo cubre el campo» del «error intrínseco», precisión que hace porque otra posible manifestación dañosa del dolo incidental es que, en el dolo, «se ensancha el campo del error y adquieren relevancia los errores extrínsecos, es decir, las simples motivaciones de un contratante, extrañas a la organización de intereses del contrato; así, p. ej., se oculta a quien compra un regalo de bodas la ruptura del compromiso ya conocida por el vendedor»⁴²⁵.

[57] Además de la expuesta tesis tradicional, *otro* criterio defendido para distinguir entre el dolo causal y el incidental consiste en que *hay dolo causal si el dolo recae sobre un elemento esencial del contrato, e incidental, si incide sobre un elemento secundario o accidental del contrato*. De esta otra tesis da cuenta, por ejemplo, De Cossío y Corral, que califica de arbitraria la propia distinción entre dolo causal e incidental. Díez-Picazo y Ponce de León también da cuenta de este otro modo de distinguir el dolo causal del incidental, modo que critica. Y por su parte, Domínguez Yamasaki considera válido el expuesto criterio para distinguir ambos dolos, pues el tradicional de diferenciación (que expongo en el anterior [56]) plantea problemas de aplicación práctica, además de que conecta con la causa concreta del contrato. De las respectivas opiniones de estos autores doy cuenta en las siguientes [A], [B] y [C].

Y más allá de lo anterior, es oportuno que informe ya de que, asimismo, se ha defendido que dolo *solo es, verdaderamente, aquel que vicia el consentimiento contractual*. En este último sentido, por ejemplo, Fuenteseca, de la que doy cuenta *infra*, [61] y nota 468, y allí remito.

[A] *La explicación y la crítica de De Cossío y Corral*

Según De Cossío y Corral, «[n]o ha faltado quien ha visto la raíz de esta distinción [entre dolo causal o principal, e incidental] en una mera diferencia de grado, atribuyendo uno u otro carácter al dolo, según tenga mayor o menor gravedad; sin embargo, estimamos [De Cossío y Corral] que en este punto se confunden dos cosas perfectamente distintas, porque un problema es el grado de gravedad que han de tener los engaños para ser constitutivos de dolo, y otra muy diferente el saber cuándo el dolo ha determinado la celebración de un contrato que de otra manera no hubiera tenido efecto. A nuestro juicio [De Cossío y Corral], tanto el dolo esencial o principal como el incidental, son de la misma gravedad y naturaleza, diferenciándose uno de otro solamente en el objeto: si éste es

⁴²⁴ MORALES MORENO, «Artículo 1270» (1993b) p. 471.

⁴²⁵ MORALES MORENO, «Artículo 1270» (1993b) p. 471. Sobre que el dolo incluye al error en los motivos, *supra*, nota 138 b).

un elemento esencial del negocio, habrá dolo principal, y el contrato será nulo, si algún elemento secundario, dolo incidental, que dará lugar tan sólo a la indemnización de daños y perjuicios. *Lo que ocurre es que esta distinción [entre dolos] no deja de ser arbitraria: el contrato es querido como un todo, no sólo en sus partes principales, cuanto en las secundarias. No hay, por lo tanto, razón para mantener conceptualmente esta distinción; en el fondo se trata simplemente de una facultad reconocida al arbitrio judicial, que podrá determinar en cada caso, en vista de las circunstancias concretas, si procede la declaración de la nulidad, o simplemente la indemnización de daños y perjuicios. Así pueden distinguirse en este punto tres clases de engaños: a) Engaños que por su intrascendencia y futilidad carecen de trascendencia jurídica; b) Engaños que dan únicamente lugar a la indemnización de daños y perjuicios; y c) Engaños que producen la anulabilidad del contrato. Al juzgador corresponde incluir cada caso en el supuesto que de los tres estime más justo, teniendo en cuenta las normas que rigen la buena fe y la solución que sea más equitativa»* (cursiva mía)⁴²⁶.

[B] *La crítica de Díez-Picazo y Ponce de León*

Para este, «[...] algunos autores han propuesto atender a la naturaleza de la parte de negocio afectada por el engaño. Según esta idea, habrá dolo causante o grave si el engaño recae sobre elementos esenciales o principales del contrato y en este caso el contrato será anulable. En cambio, el dolo será incidental si recae sobre elementos secundarios o accesorios y en tal caso dará lugar sólo a la indemnización de los daños y perjuicios. *Pero tal dificultad se salva sólo aparentemente. En primer lugar, porque el contrato es querido por los contratantes como un todo y, en segundo lugar, porque la asignación de un carácter principal o secundario a los elementos del contrato afectados por el engaño no puede hacerse de una manera objetiva, sino que habrá que tener en cuenta los intereses, las motivaciones y las conveniencias de cada contratante»* (cursiva mía)⁴²⁷.

[C] *La explicación de Domínguez Yamasaki*

[C.1] Esta autora comienza informando que, «[s]obre la distinción entre dolo causante y dolo incidental, existen dos posturas distintas para la determinación de una u otra clase de dolo. Por un lado, en la STS de 11 de julio de 2007 [...] se afirma que el dolo es incidental cuando el engaño no va referido a la esencia del contrato [supra, [55] [A.2] extracto dicha sentencia, vid. FD 2.º, 6.ª] ⁴²⁸. Por otro, también se puede entender que el dolo incidental es aquel que se ha limitado a favorecer la celebración del contrato, pero no puede considerarse determinante para su celebración, por lo que la voluntad de llevar a cabo la cele-

⁴²⁶ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) pp. 348-349.

⁴²⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007) p. 201.

⁴²⁸ Más adelante, DOMÍNGUEZ YAMASAKI aclara, que «para la valoración de la gravedad del dolo, también se ha propuesto que si el engaño versó sobre los elementos esenciales del contrato, el dolo había de ser considerado causante; en cambio, si el engaño se refirió a los elementos no esenciales, el dolo sería entonces incidental» [(2019) p. 306].

bración del mismo no ha sido creada por el dolo empleado por una de las partes» (cursiva mía)⁴²⁹. De inmediato, Domínguez Yamasaki recuerda como «[t]radicionalmente, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, la gravedad de la insidia se ha identificado con el hecho de que tendrá que haber sido determinante para la celebración del contrato o bien que haya sido la causa del mismo». Ahora bien, con este criterio de distinción entre dolos (es determinante de la celebración del contrato, luego dolo causal; no lo es, luego dolo incidental) pueden encontrarse supuestos que «se posa[n] sobre las arenas movedizas de las conjeturas, pues en numerosas ocasiones determinar si el engaño opera como *conditio sine qua non* de la celebración del contrato no es susceptible de ser probado fehacientemente, aunque se atendiese «al ambiente y tipo de negocio»; aunque «no siempre sea así, [...] determinar qué es lo que ha motivado a una persona a celebrar un contrato es harto difícil»⁴³⁰. Considera Domínguez Yamasaki, que «cuando la diferenciación entre dolo causante y dolo incidental se basa en la regla general según la cual dolo causante es aquel en el que la conducta insidiosa provoca la motivación para la celebración del contrato, la referida distinción [entre dolos] se realizará con base en la relación entre la conducta insidiosa como motivación o causa para la celebración del contrato y la doctrina de la causa del contrato y la denominada «causa concreta»» (cursiva mía)⁴³¹.

Esa conexión del dolo con la causa lleva a Domínguez Yamasaki a ocuparse de esta última⁴³², centrándose en la causa concreta, que no en el simple motivo que carece de relevancia jurídica⁴³³. «[S]i para la concurrencia de un dolo causante –dolos causam dans– fuese requisito necesario que el engaño hubiese afectado a la causa concreta; esta circunstancia implicaría cuestionarse si la captación del consentimiento por medio del engaño es equivalente a la afección de la causa concreta a consecuencia de dicho engaño» (cursiva mía)⁴³⁴. En relación con lo anterior, la autora considera de interés la STS, 1.ª, 05.05.2009, en la que el contrato fue anulado por dolo «y, a la hora de exponer los motivos por los cuales el Tribunal Supremo mantiene dicha apreciación [sobre el dolo] señala la «falsa repre-

⁴²⁹ DOMÍNGUEZ YAMASAKI (2019) pp. 305-306.

⁴³⁰ DOMÍNGUEZ YAMASAKI (2019) p. 306; continúa: «–a lo que ha de añadirse el hecho de que en la jurisprudencia tampoco es posible hallar una respuesta definitiva, o por lo menos clara, a lo que aquí planteamos–».

⁴³¹ DOMÍNGUEZ YAMASAKI (2019) p. 306.

⁴³² Según DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «[u]na propuesta para la diferenciación entre dolo causante y dolo incidental que se posa sobre un significado finalista de la gravedad del dolo plantea, entre otros, el problema relativo a la causa del contrato y su delimitación con respecto al dolo vicio, cuestión del todo compleja dada la dificultad intrínseca a la doctrina de la causa de los contratos» [(2019) p. 307].

⁴³³ Según DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «[a]hora bien, si para la apreciación del dolo causante es necesario que la conducta insidiosa o ilícita determine la celebración del contrato, esta circunstancia incide en la motivación de la parte afectada. Cuando se hace referencia a la motivación, nos planteamos si la motivación abarca también el simple motivo o bien habríamos de atenernos a la causa concreta. Como dijimos, lo que se conoce como simple motivo, al referirse a una cuestión puramente subjetiva y que, en el ámbito de la doctrina de la causa, se trata de un aspecto que no tiene relevancia jurídica, parece lógico que lo apropiado sería que la gravedad del engaño recayese sobre la causa concreta para poder considerarse como determinante de la celebración del contrato» [(2019) p. 310].

⁴³⁴ DOMÍNGUEZ YAMASAKI (2019) pp. 311-312.

*sentación de la realidad» como consecuencia de la conducta insidiosa llevada a cabo por la vendedora, al tener la finca menor cabida que la que se había manifestado lo que, además, prosigue el tribunal, «falseaba la causa concreta negocial [construir una estación de servicios] habida cuenta que la falta de la condición urbanística exigible (mínimo de 5.000 mts2. de superficie) la hacía no edificable y, por otro lado, resultaba imposible construir la estación de servicios» (cursiva del original; *supra*, [55] [B.1] extracto dicha STS, 1.ª, 05.05.2009)]⁴³⁵. Y concluye Domínguez Yamasaki, «[e]ntonces, para distinguir entre dolo causante y dolo incidental, con base en la interpretación de la gravedad del dolo, en relación a si fue determinante dicho engaño para la captación de la voluntad de la otra parte, podríamos sostener que la clave radica en si el engaño influenció en la causa concreta de la parte que ha sido víctima del engaño. Sin embargo, a la luz de lo establecido por el artículo 1269 CC, en relación a que el dolo tiene como efecto el haber «inducido» (al) otro a celebrar un contrato que, sin ellas (sin las palabras o maquinaciones insidiosas), no hubiera hecho» y que cuando en el artículo 1270.1 CC se dispone que el dolo será causante cuando hubiere sido grave, lo cual plantea la necesaria determinación de la gravedad de la afectación de la causa concreta» (cursiva mía)⁴³⁶.*

[C.2] Dicho lo anterior, ¿qué criterio aplica Domínguez Yamasaki para distinguir el dolo causal del incidental?

Lo adelanté en este [57], fijarse si el dolo recae o no sobre un elemento esencial del contrato. Para apoyar su tesis, la autora tiene en cuenta al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, referido a las cláusulas que versen sobre el objeto principal del contrato y a las de adecuación entre precio y contraprestación⁴³⁷. Dice así:

«Una de las propuestas dirigidas a la distinción entre dolo causante y dolo incidental consistía en realizar dicha diferenciación en función de que el engaño recayese sobre aspectos relativos a algún elemento esencial del contrato o no. Propuesta que fue rechazada fundamentándose en el concepto unitario del contrato.

Sin embargo, en la actualidad, atendiendo a las normas sustantivas relativas a la protección del adherente frente a posibles abusos de la parte predisponente, esta diferenciación entre dolo causante y dolo incidental según los elementos sobre los que recaiga el engaño merece su replanteamiento desde el enfoque de la adhesión a los contratos.

[...] ⁴³⁸.

⁴³⁵ DOMÍNGUEZ YAMASAKI (2019) p. 311.

⁴³⁶ DOMÍNGUEZ YAMASAKI (2019) p. 311.

⁴³⁷ Recuerdo el tenor del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE: «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 contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

⁴³⁸ A los puntos suspensivos, corresponde el siguiente texto de DOMÍNGUEZ YAMASAKI, en el que recuerda el otro criterio para la distinción entre dolos, que conecta con la causa concreta y cuya puesta en

Así, en este ámbito contractual que nos ocupa, e inspirados en la propuesta según la cual el dolo será causante cuando recaiga sobre un elemento esencial y, por el contrario, será incidental cuando hubiese versado sobre un elemento no esencial, podría ser una solución adecuada a este clásico debate recurrir precisamente a la sistemática esperada en la normativa sobre condiciones generales y cláusulas pre-dispuestas a la hora de distinguir entre los elementos esenciales y los no esenciales.

Aprovechando la limitación por la que optó el legislador a la hora de configurar el control de contenido en cumplimiento de lo previsto por el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE, y que es indiscutible la relevancia de una cláusula contractual que defina el objeto del contrato respecto del consentimiento que presta el adherente, el engaño sobre dicha cláusula no debería merecer otra consideración que la de dolo causante.

La equivalencia de las prestaciones se trata de un extremo que se deja al arbitrio de las partes y en la que el Derecho no puede incidir –dado que no es posible determinar el justo precio, sino que eso es algo que, en términos generales queda en manos de la ley de la oferta y de la demanda–, de tal forma que pertenece a la esfera del consentimiento contractual. *Ahora bien, para la validez del consentimiento contractual, lo que afecta a la equivalencia subjetiva de las prestaciones, es necesaria la concurrencia de dos elementos: libertad y conocimiento –o consciencia–, y la conducta insidiosa o engaño del dolo vicio precisamente incide sobre ambos elementos esenciales, habida cuenta de que el incumplimiento de los deberes de información afecta tanto al conocimiento o consciencia como a la libertad de contratar.*

Por tanto, el punto de partida es que el control de transparencia se aplica a las cláusulas relativas a los elementos esenciales, de forma que se entra a examinar si el adherente-consumidor tuvo la posibilidad de comprender las cargas jurídicas y económicas del contrato, evidenciándose la aplicación de un criterio objetivo a la hora de determinar la importancia de unas cláusulas –elementos esenciales– en detrimento de otras –elementos no esenciales– en lo que respecta a la formación del consentimiento contractual.

Trasladando a la distinción entre dolo causante y dolo incidental la misma lógica empleada en el control de transparencia, los elementos esenciales del contrato han de tener la misma relevancia objetiva cuando, en lugar de incumplirse el deber de transparencia, se está ante la concurrencia de una conducta insidiosa constitutiva de dolo vicio. En definitiva, entendemos [Dominguez Yamasaki] que es el engaño sobre los elementos esenciales del contrato el que afecta al consentimiento con tal gravedad que dicho vicio implique la eventual anulabilidad del contrato afectado.

práctica plantea problemas: «Si la doctrina relativa a la causa plantea el problema de determinar qué es lo que efectivamente motivó a las partes para celebrar el contrato –sobre todo, habida cuenta del concepto de causa concreta o motivo causalizado–, el hecho de que los elementos no esenciales tengan o puedan tener un valor esencial para el adherente a la hora de contratar es una circunstancia que vuelve a plantear la misma dificultad a la hora de entrar a valorar aspectos que son puramente subjetivos –un aspecto no esencial del contrato, para un sujeto determinado, puede tener un valor esencial y determinante para la celebración del mismo–, ya que la doctrina del dolo vicio se presta fácilmente a dicha valoración –dada la relación entre gravedad del dolo y que éste haya sido determinante o causa de la celebración del contrato–» [(2019) p. 312].

Ciertamente, la motivación de la parte que ha sido víctima del dolo puede tener como fuente, aparte del propio objeto del contrato, otras tantas circunstancias. Pero, habida cuenta de la dificultad que se plantea a la hora de probar la concurrencia de un dolo in contrahendo, así como la prueba de la motivación de las partes contratantes o intención del deceptor cuando se produce el engaño –esto es, si ya tenía intención de celebrar un contrato y en qué grado, o si, por el contrario, dicha voluntad fue motivada completamente por el deceptor–, sin lugar a dudas, es más que evidente la necesidad de configurar unos criterios objetivos para su posible apreciación –a mayor abundamiento, si partimos de la escasez de supuestos en los que la reciente jurisprudencia haya procedido a la anulación contractual de acuerdo con los artículos 1269 y 1270 CC–» (cursiva mía)⁴³⁹.

[58] *Retornando a la tesis tradicional sobre la distinción dolo causal e incidental, supra, [56] decía que es acogida, al poco de estar vigente el Código civil, por Manresa y Navarro, y Scaevola. En sus respectivas exposiciones, ambos citan jurisprudencia anterior y posterior al Código civil en la que se acoge la tesis tradicional (así, SSTS 20.05.1864, 24.09.1867, 28.10.1867, 11.01.1869, 24.06.1898, y 27.06.1894) y asimismo citan diversos textos del Digesto (D 4.3.7, D 4.3.37, D. 4.4.16.4 [los transcribo todos, supra, [12] primera [A]). Scaevola, por su parte, se refiere a la P 5.5.57 (que transcribo supra, [11] [A]). Sus explicaciones son las siguientes.*

[A] *La explicación de Manresa y Navarro*

«Dentro de esa noción y esencia común del dolo que concurre en la celebración de los contratos é influye en el consentimiento, se distinguen dos especies de aquél, atendiendo al grado de esta influencia; especies admitidas, diferenciadas y aun denominadas por la jurisprudencia (sentencias de 20 de Mayo de 1864 y de 11 de Enero de 1869), al acentuar la distinción de efectos entre el dolo causante [esta cursiva del original], ó sea aquel que determina el consentimiento, y el dolo incidente [esta cursiva del original], que no tiene esa influencia decisiva en la esencia de la obligación. El Código mantiene esa distinción capital, mencionando expresamente en el art. 1270 [CC] al dolo incidental y dando en el [art.] 1269 [CC] el concepto claro del dolo causante, pues dice que han de ser las palabras ó maquinaciones de tal índole que sin ellas no se hubiera celebrado el contrato.

Dedúcese de ese precepto del Código, que no basta la intención de engañar en una de las partes, sino el resultado positivo de lograr ese engaño, y, por tanto, si la parte cuyo consentimiento se quiso obtener, lo prestó, pero después de advertidas las maquinaciones, no podrá invocar éstas para pedir la nulidad de la obligación, ni tampoco, en caso de dolo incidental, la indemnización de perjuicios, dada la identidad de fundamento y la generalidad de la definición.

⁴³⁹ DOMÍNGUEZ YAMASAKI (2019) pp. 312-314.

La apreciación del dolo causante deberá hacerse atendiendo á las circunstancias del caso. La jurisprudencia tiene resuelto negativamente uno, al declarar en sentencia de 24 de Junio de 1898, que «la mera presentación de cédula en el otorgamiento del contrato, con inexactitud en la edad que expresa, no es la maquinación insidiosa que haya podido inducir al otro contratante á celebrar el contrato, ni constituye el dolo que define el art. 1269 del Código civil».

El dolo incidental no es el que puede producirse en el cumplimiento del contrato, sino que significa aquí, el que concurriendo en el consentimiento, ó precediéndolo, no influyó para arrancar por sí solo el consentimiento ni en la totalidad de la obligación, sino en algún extremo ó accidente de ésta, dando lugar tan sólo á una acción para reclamar indemnización de perjuicios» (salvo que indique lo contrario, cursiva mía)⁴⁴⁰.

[B] *La explicación de Scaevola*

«*Especies de dolo.*— Siguiendo el espíritu jurídico tradicional, el Código español distingue entre *dolo causante* y *dolo incidental*. No establece especial y directamente tal clasificación ni menciona el primero, pero sí el segundo, proporcionando además elementos para la diferenciación y, sobre todo, señalando los diversos efectos de uno y otro.

Dolo causante, como indica la palabra, *es el que causa ó motiva el contrato, el que lleva á celebrar éste de tal modo que sin él no se hubiera otorgado. Es así dolo inductivo, principal, porque inspira y persuade á contratar; aquel sin el cual las partes no hubieran contratado; el que mueve el ánimo de una persona á estipular lo que sin él no hubiera aceptado* [esta cursiva mía]. Ofrécese como una sugestión por medios falaces hecha por una parte sobre la otra para el otorgamiento de un contrato determinado.*Nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est. (Dig., lib IV, título III, ley 7.ª)*. «Es nula la venta si precisamente fuí engañado para que vendiera». *Quod venditur, ut commendet, dicit, sic habendum, que dictum, neque promissum est. Si vero decipiendi emtoris causa dictum est, acque sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve action, sed de dolo action (Dig., lib. IV, tít. III, ley 37)*. «Lo que dice el vendedor, recomendando, ha de tenerse como no dicho ni prometido. Pero si lo dijo con idea de engañar al comprador, se ha de entender que no nace acción contra lo dicho ó prometidos, sino la de dolo».

La jurisprudencia *proporciona* algunos casos afirmativos de dolo. La *Sentencia de 20 de Mayo de 1864* estimó el dolo causante en una escritura de transacción entre hermanos, por haberla otorgado uno de ellos por virtud de los motivos ó causas alegadas por el otro; é igualmente la de *24 de Septiembre de 1867* decretó la nulidad de una escritura de venta de herencia, otorgada aprovechándose una parte de las circunstancias de no haber conocido la otra al causante, haber vivido ésta siempre separada de él, ocurrir el fallecimiento hallándose convaleciente dicha parte engañada de una grave enfermedad y disminuyendo el que engañó la importancia de la herencia. Por el contrario, negó la existencia de dolo

⁴⁴⁰ MANRESA Y NAVARRO, «Artículos 1269 y 1270» (1901) pp. 623-624.

la *Sentencia de 28 de Octubre de 1867*, y, ya conforme al Código civil, la de *24 de Junio de 1898* declaró no constituir dolo, á los efectos del artículo 1269, la mera presentación de una cédula expresiva de la mayor edad de quien es menor.

Dolo incidental [esta cursiva del original] es el que no impide á las partes contratar en el contrato, el que sobreviene durante el curso del contrato (incidencia), recayendo sobre alguno de los particulares del mismo [esta otra cursiva, mía].

La ley 57, título V de la Partida 5.^a [que transcribo *supra*, [11] [A]], puede servir de modelo de diferenciación. Una persona tiene una finca rústica y urbana en un lugar en donde nunca había estado, no conociendo su valor «et non habiendo voluntad de la vender», otra persona le mueve engañosamente á venderla; esta venta no vale (*dolo causante*). Mas el mismo dueño de esa cosa tiene ánimo de venderla, pero el comprador le engaña, ocultándole alguna de las cosas pertenecientes á aquélla, ó diciéndole que estaban en poder de alguno, de difícil cobro ó perdidas; la venta vale «porquel vendedor hobo voluntad de la facer», pero el comprador viene obligado á enmedar el engaño que hizo (*dolo incidental*).

El criterio diferencial entre una y otra especie de dolo es la existencia ó inexistencia de voluntad para contratar, el *animus contrahendi* del perjudicado.

En el primer caso [existencia de voluntad para contratar], el dolo es incidental, por referirse á alguno de los particulares del contrato; en el segundo [inexistencia de voluntad para contratar], es causante, por afectar al motivo ó razón del contrato, á la intención de estipular. Por eso el Derecho romano, en la ley citada, 7.^a de *Dolo*, declara nula la venta cuando el engaño obró directamente para que hubiera contrato, y en cambio afirma que es naturalmente lícito á los contratantes engañarse en el precio de la venta *In pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire* (*Digesto, lib. IV, tít. IV, ley 16, § 4.º*). Rectificando la inmoralidad de esta regla, la *Sentencia de 27 de Junio de 1894* [que expongo *infra*, siguiente nota 441] afirma la existencia de *dolo incidental*, determinante de la reparación de daños y perjuicios, en el engaño del precio» (cursiva del original, salvo indicación contraria mía)⁴⁴¹.

⁴⁴¹ a) SCAEVOLA (1904) pp. 640-642; continúa: «c) *Efectos del dolo*.— La dualidad del dolo determina asimismo diversidad de efectos: el *causante* produce la nulidad del contrato; el *incidental* sólo la indemnización de daños y perjuicios. Es la misma doctrina creada por la jurisprudencia anterior al Código: «El dolo causante, ó sea aquél sin cuyo concurso ó mediación no se hubiera celebrado el contrato, lleva en sí la nulidad de éste». (*SS. 20 Mayo 1864, 24 Septiembre 1867 y 11 Enero 1869*)» (cursiva del original; pp. 642-643).

b) En la citada *STS 27.06.1894 (Pte. Excmo. Sr. D. Estanislao Rebollar Villarejo)* se conoce de una compraventa, otorgada en escritura pública el 29.07.1889, de «una pieza de tierra con una casa de campo» y otros elementos, reteniendo el comprador (Juan) parte del precio, a causa de ciertos gravámenes. El vendedor (Jaime) demanda al comprador Juan y pide la declaración de nulidad de la compraventa por dolo, viniendo a alegar que el comprador Juan le indicó que no podía cumplir (pagar) y que le ofreció otra forma de pago, lo que aceptó el vendedor Jaime y firmó la escritura de compraventa, resultando luego que el comprador Juan no pagó correctamente (le había engañado). En segunda instancia se estima el dolo alegado. El comprador Juan interpone recurso de casación y entre otras cosas, alega que no hubo dolo causante, el cual ha de probarlo quien lo alega (motivos 4.º y 5.º). El Tribunal Supremo, que entiende que no hubo dolo causante, casa la sentencia (Fallo). Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

[59] Como correctamente apuntaba Scaevola en el texto que de él acabo de reproducir, la distinción dolo causal e incidental se recoge en la P 5.5.57 (que transcribo *supra*, [11] [A])⁴⁴². A lo anterior añadido por mi parte (y adelanté *supra*, [56]), esta distinción entre dolos estaba asentada *entre los autores del siglo XIX anteriores al Código civil*. A ella se refieren por ejemplo, Escriche, Gutiérrez Fernández, Gómez de la Serna, y Del Viso, *citando todos ellos a la P 5.5.57*. Lo explican como sigue.

[A] Según Escriche, «[e]l dolo que da causa al contrato, esto es, el dolo que consiste en maniobras, ocultaciones ó reticencias tales que sin ellas no hubiera consentido la otra parte, hace nula la convencion, ó al menos ofrece motivo para rescindirla, y da lugar ademas al resarcimiento de daños y perjuicios; mas el dolo incidente ó accidental, que no impide el consentimiento, solo produce accion para pedir el insinuado resarcimiento, sin dar lugar á la rescision; leyes 12, 57, 63 y 64, tit. 5.º, Part. 5.ª»⁴⁴³.

[B] Para Gutiérrez Fernández, «[e]l dolo es dos especies: uno que da causa al contrato, y se verifica cuando el que no tiene ánimo de contraer es inducido á ello: [...] otro [el] incidente o incidental [...]».

Ambos son opuestos al consentimiento, pero difieren sus efectos, porque el dolo que da causa al contrato le anula, ó puede dar lugar á su rescision; mientras que el segundo solo produce accion para pedir indemnización de daños.

Aunque podríamos citar muchos textos, ninguno es mas decisivo que la ley 57, tit. V, Part. V. [...].

El dolo causante ó sea aquel sin cuyo concurso no se hubiera celebrado el contrato, lleva en sí la nulidad de este. (R. C. 20 de Mayo de 1864)»⁴⁴⁴.

[C] Gómez de la Serna entiende que «[e]l dolo es *un medio empleado para perjudicar*. Solo se invalida la obligación en que ha intervenido, cuando da causa al contrato, esto es, cuando por fraude es inducido á contraer el que de otro

En lo que interesa, el Tribunal Supremo señala: «[...] que si el dolo causante, sin el que no se hubiera celebrado el contrato, viciando el consentimiento produce la nulidad de aquél, para que prospere la acción de tal dolo es imprescindible que se acredite su existencia, y como quiera, *primero*, que la Sala sentenciadora afirma que medió dolo y engaño en el acto de la entrega del precio de la venta, pero no afirma la existencia del dolo causante ante el consentimiento; y *segundo*, que la entrega del precio íntegro, ó de parte de él afecta á la consumación del contrato no á su perfección, que son actos distintos, es indudable que el dolo afirmado por la Sala es incidental, y por lo mismo que no autoriza ni basta para acordar nulidad de la escritura de 29 de Julio de 1889, robustecida por la de 5 de Agosto siguiente» (cursiva del original; cdo 3.º).

⁴⁴² Sobre la P 5.5.57, DE COSSIO Y CORRAL apunta que «el que sufre el dolo pierde el derecho de reclamar contra la validez del contrato, si después lo aprueba, o ejecuta algún acto suyo con conocimiento (P. 5, 14, 49; 5, 11, 28), o deja pasar el tiempo que para ejercitar las acciones conceden las leyes (P. 5, 5, 65; 7, 14, 6). Como vemos [DE COSSIO Y CORRAL], el dolo, es aquí concebido como causa de anulabilidad y no como determinante de nulidad radical y absoluta» [(1955) p. 308].

⁴⁴³ ESCRICHE, «Dolo» (1874) p. 716.

⁴⁴⁴ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1869) pp. 39-40.

modo no lo haría. Si el dolo incide sólo en el contrato, lo que acaece cuando el que espontáneamente contrae es engañado en la misma obligación, la convención queda subsistente, resarcándose el daño que por esta causa se origine, con la acción que compete para el cumplimiento de la convención» (cursiva del original)⁴⁴⁵.

[D] Por último, Del Viso considera que «[e]l engaño por el que se induce á otro á celebrar una convención que de otro modo no se hubiera verificado, se llamará *dolo que dá causa el contrato*, y aquel por el que sólo es perjudicado el contrayente voluntario en el acto de su celebración, se llamará *dolo incidente ó accidental*.

Uno y otro son opuestos al consentimiento, el cual no se hubiera prestado si hubiera tenido el perjudicado noticia del engaño, pero no por ello son unos mismos sus efectos, porque el primero hace nula la convención, ó al menos ofrece motivo para rescindirla, como con el ejemplo de aquel que no hubiera vendido un campo suyo, si con astucias no le hubiera inducido el comprador á la venta, lo demuestra la ley 57, tít. V, Part. 5.^a; y por el segundo, sólo se produce acción para pedir la indemnización de daños sin dar lugar á la rescisión, como lo declara la misma ley con el ejemplo de aquel que deseando vender un campo, le hacen creer engañosamente para adquirirlo con menos precio, que no le pertenecen ciertas cosas inherentes á él, ó que, aunque le pertenezcan, son difíciles de justificar»⁴⁴⁶.

[60] *Por lo que respecta a los antecedentes prelegislativos del Código civil, supra*, [56] también decía que, en ellos, *está presente la distinción dolo causal e incidental*. En particular:

a) *En el Proyecto de Código civil de 1836*, el artículo 976 considera «que hay dolo cuando, con palabras engañosas o con maquinaciones, induce uno a otra persona a celebrar un contrato de tal manera que sin aquel engaño no hubiera contratado». Este dolo da causa al contrato. Y de conformidad con

⁴⁴⁵ GÓMEZ DE LA SERNA (1877) 25, p. 172; en nota 4 de p. 172 cita a la P 5.5.57.

⁴⁴⁶ DEL VISO (1884) pp. 33-34. Más adelante dice, que «[a]l hablar del contrato de compra-venta se tratará más extensamente de esta materia, por ser uno de los contratos en que con más frecuencia aparece este vicio; [...]» (p. 34).

Y en sus explicaciones de la compraventa, DEL VISO señala que «[t]res son las cualidades que debe reunir el *consentimiento* para la validez de la compra-venta, á saber: Que no sea dado por *error*, ni arrancado por *fuerza ó miedo*, ni sorprendido *engañosamente ó por dolo*. La falta de algunas de estas circunstancias produce un vicio ó defecto en el consentimiento, que podrá ser ó no causa de nulidad de un contrato, según lo haya calificado el derecho» (cursiva del original; p. 181). «[L]a última cualidad del *consentimiento* es la de no haber intervenido *dolo*. Qué se entienda por este y cuáles son sus especies, quedó manifestado en el §. VIII, lección 3.^a/ Solo falta advertir en este lugar, que si interviniese engaño en la *compra-venta*, será causa de nulidad cuando el dolo fuere *causante* del contrato, ó fuere tal que sin él no se hubiera celebrado; más si fuere el dolo *incidente*, como por él no se impide el consentimiento, únicamente producirá acción para la indemnización del contrayente que hubiere sido perjudicado, según así lo declaró la ley 57, tít. V, Part. 5.^a, con presencia de los ejemplos que propone, de los cuales hicimos ya mérito nosotros [DEL VISO] en el citado párrafo» (p. 183).

el artículo 978 PCC 1836, «[c]uando el dolo *no* es causa del contrato, sino que sobreviene durante éste, no causa nulidad; pero el que engañó estará obligado a indemnizar al que padeció el engaño» (cursiva mía).

En los artículos 976 y 978 PCC 1836, se habrá advertido, no se emplean las expresiones dolo causal (o causante) y dolo incidental (o incidente).

b) *En el Proyecto de Código civil de 1851*, el artículo 992 dispone que «[h]ay dolo, cuando con palabras ó maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contrayentes, es inducido el otro á celebrar un contrato que en otro caso no hubiera otorgado». *Comparando (globalmente) el transcrito artículo con el artículo 976 PCC 1836*, el calificativo «engañosas» del artículo 976 PCC 1831 es sustituido en el artículo 992 PCC 1851 por el de «insidiosas»; hay además un cambio de lugar (de orden), ya que en el artículo 976 PCC 1836 se dice «palabras *engañosas* o con maquinaciones» y en el artículo 992 PCC 1851 se dice «con palabras o maquinaciones *insidiosas*»; por último, el «induce uno a otra persona a celebrar el contrato» del artículo 976 PCC 1836, se sustituye por «de parte de *uno de los contrayentes*» del artículo 992 PCC 1851 (todas las cursivas mías).

Continuando la comparación con la regulación del *Proyecto de Código civil de 1836*, ahora con su artículo 978, en el equivalente artículo 993 PCC 1851 se menciona expresamente a un dolo incidente, del que *solo se dice* que «no produce la nulidad» del contrato. O dicho de otro modo, en el artículo 993 PCC 1851 *no* se señala para el dolo incidente, que dé lugar a la indemnización de daños y perjuicios, como sí se hacía en el artículo 978 PCC 1831.

Habiendo consultado el correspondiente comentario de García Goyena, este confronta el dato de que en el *Proyecto de Código civil de 1851 se diferencie* entre el dolo causal y el incidente, con aquel otro, consistente en que *en otros códigos civiles no se proceda a tal diferenciación de dolos*, prestando particular atención (al entonces vigente y actualmente derogado) artículo 1116 CCF (que transcribo *supra*, nota 90). Sobre el artículo 1116 CCF, García Goyena expone que, a pesar de no recoger la distinción dolo causal e incidente, «Rogron en su comentario al artículo 1116 [CCF la] sostiene [...], aunque me parece [a mí, García Goyena] poco feliz en sus ejemplos»⁴⁴⁷. Tras referirse, a

⁴⁴⁷ a) Literalmente, GARCÍA GOYENA: «Es [el art. 992 PCC 1851] en su fondo el 1116 Frances que añade: «El dolo no se presume y debe probarse»; 1070 Napolitano, 1203 Sardo, 817 de Vaud, 1364 Holandes, 1844 de la Luisiana, que es muy difuso; 85 Prusiano, título 4, parte 1.

Estos Códigos no distinguen entre el dolo que da causa al contrato y el incidente: el Frances, seguido por los demás, solo dice: «Cuando las maniobras practicadas por una de las partes son tales, que sin ellas la otra parte no habria contraído:» à pesar de esto, Rogron en su comentario al artículo 1116 sostiene la distinción, aunque me parece poco feliz en sus ejemplos» [«Artículo 992» (1852) p. 528].

propósito del dolo causal y del incidente, a Pothier⁴⁴⁸, al derecho romano⁴⁴⁹ y a la P 5.5.57 (que transcribo *supra*, [11] [A])⁴⁵⁰, García Goyena opina que «[I]a disposición [el art. 1116] del Código Francés [que no distingue entre dolo causal e incidental] es más vaga é indefinida; á favor de ella [de la disposición del art. 1116 CCF] pueden suscitarse muchos pleitos de nulidad ó rescisión so pretexto de dolo, con perjuicio de la estabilidad de los contratos en lo principal. *La distincion Romana y Patria, que sostenemos* [entre dolo causal e incidente],

b) Habiendo acudido a *Les codes français expliqués par leurs motifs, par des exemples, et par la jurisprudence* de ROGRON, si bien mi consulta es de su 5.ª edición, año 1863, en ella, ROGRON expone: «*Son tales, que es evidente. Yo compro por 100.000 francos, por medio de ciertas maniobras, una casa que no vale más que 90.000 francos; nada prueba que no hubiera comprado por este último precio; pues cuando uno quiere una postura en 100.000 francos, se puede variar en 10.000 francos; en este caso, el contrato es válido y solamente tengo una acción de daños y perjuicios por 10.000 francos. Se dirá entonces que el dolo es accidental en el contrato: Dolus incidens in contractum. Pero si por medio de maniobras, yo compro por 100.000 francos una casa que no vale más que 50.000; es evidente que, en este caso, yo no habría contratado sin las maniobras, pues yo he querido colocarme en 100.000 francos para un solo inmueble, y no colocarme en dos posturas de 50.000 francos: una acción de daños y perjuicios por esta suma no me sirve; el contrato debe ser anulado y en este caso se dice que el dolo ha dado lugar al nacimiento del contrato: Dolus dans causam contractui*» [(1863) p. 348].

⁴⁴⁸ Literalmente, GARCÍA GOYENA: «Pothier en su tratado *de las obligaciones* había dicho con mas claridad: «Solo el dolo, que da causa al contrato, puede dar lugar à la rescisión; es decir, aquel por el que una de las partes empeña á la otra á contratar, cuando sin esto no habria contraído» [«Artículo 992» (1852) p. 528; cursiva del original].

⁴⁴⁹ Literalmente, GARCÍA GOYENA: «Los Romanos hicieron la distincion que adoptamos en este artículo [992 PCC 1851] y en el siguiente [993 PCC 1851]; aplicándola solo á los que llamaban contratos de *buena fe*, no à los llamados *stricti juris*: pero, entre nosotros, todos son ya de buena fé, y deben regirse por unas mismas disposiciones.

La ley 1, párrafo 2, título 3, libro 4 del Digesto [que transcribo *supra*, [12] primera [A]], define el dolo malo, *omnen calliditatem, fallatiam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam*: viene a coincidir con la definición de la ley 1, título 16, Partida 7 [que transcribo *supra*, [11] [A]].

Dícese que el dolo da causa al contrato, cuando el que no tiene ánimo de contraer, es inducido á ello: *nullatenus contracturus, si dolus defuisset: é incidente, cum quis sponte contrahit, sed in modo contrahendi, velut in pretio, aut aliter decipitur*.

La ley 7, título 3, libro 4 del Digesto [que transcribo *supra*, [12] primera [A]], sin hacer mérito de otras muchas, dice del primero: *Nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet, circumscriptus est* [«Artículo 992» (1852) p. 528; cursiva del original].

⁴⁵⁰ Literalmente, GARCÍA GOYENA: «La 57, título 5, Partida 5 [que transcribo *supra*, [11] [A]], es mucho mas clara, porque lo ilustra [el dolo causal] con un ejemplo. «Yo tengo una heredad sita en otro lugar que el de mi domicilio; nunca la he visto, ni sé lo que vale, ni tengo voluntad de venderla. Si otro alguno me moviese razones engañosas, de manera que gela oviesse de vender, tal vendida como esta no vale. Mas, si yo tubiesse voluntad de venderla, y el comprador me engañase, encubriendo alguna de las cosas pertenecientes á la heredad, etc.: «vale la vendida, por que el vendedor ovo voluntad de lo facer: [sic] pero el comprador es tenuto de enmendarle el engaño».

El segundo caso de la ley de Partida es del dolo *incidente*, y su disposicion es conforme á las leyes 7, párrafo 3, al fin, y 9, al principio, título 3, libro 4 [que transcribo *supra* [12] primera [A]], y párrafos 4, 5, y 6, título 1, libro 12 del Digesto, donde se ponen ejemplos de dolo por parte del vendedor y comprador que se repara por la accion inherente al mismo contrato, pero subsistiendo este» [«Artículo 992» (1852) p. 528].

aclara y fija esta materia sin menoscabo de la equidad: la cuestión de hecho reservada al juez queda mucho más despejada» (cursiva mía)⁴⁵¹.

c) Finalmente, en el *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, la definición de dolo de su artículo 1282 reproduce la del dolo del artículo 992 PCC 1851.

En cuanto al dolo incidente, en el artículo 1283.II APCC 1882-1888 *no se indica que el mismo no produce la nulidad del contrato* como sucedía en los artículos 978, primera regla, PCC 1836 y 993 PCC 1851. *Ahora*, lo que se indica en este artículo 1283.II APCC 1882-1888 es que «[e]l dolo incidente sólo impone al que lo empleó la obligación de indemnizar daños y perjuicios», *coincidiendo* en ello con lo que se disponía en el artículo 978, segunda frase, PCC 1836 y *divergiendo* de lo que se prescribía en el artículo 993 PCC 1851, en el cual solo se apuntaba que dicho dolo no produce la nulidad del contrato. *Para la regla dispuesta para el dolo incidente del artículo 1283.II APCC 1882-1888 se señalan las influencias del artículo 1066 AP Laurent* (que transcribo *supra*, [10] [A]) y *del* (entonces vigente) *artículo 934 CCA* (que transcribo *supra*, [9] [A]). Teniendo en cuenta estas influencias de los artículos 1066 AP Laurent y 934 CCA, es por lo que los analizo en las siguientes [A] y [B]. Además, aprovecho la ocasión y en la siguiente [C] trato los *vigentes* artículos 273 y 275 CCCA (que transcribo *supra*, [9] [B]). Conviene que apunte *ya*, que en el *vigente* Código civil y comercial argentino se sigue indicando que el dolo (ahora llamado) incidental no afecta a la validez del acto (art. 273 CCCA) y da lugar a la indemnización de daños y perjuicios (art. 275 CCCA), desdoble normativo que parece deberse a que en el artículo 275 CCCA se ha añadido *que el dolo esencial (causal), además de permitir la nulidad del acto* (art. 272 CCCA), *da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios* (art. 275 CCCA). Procedo a la oportuna exposición.

[A] *El artículo 1066 AP Laurent y la explicación de Laurent*

[A.1] *El texto jurídico*

Según el artículo 1066 AP Laurent:

«El dolo es una causa de nulidad de la convención, cuando las maniobras practicadas por una de las partes son tales que, sin estas maniobras, la otra no habría contratado. *Todos otros engaños dan lugar a una acción de daños y perjuicios»* (cursiva y traducción mías; para la redacción original del precepto, *supra*, [10] [A])⁴⁵².

⁴⁵¹ GARCÍA GOYENA «Artículo 992» (1852) p. 528.

⁴⁵² Comparando el artículo 1066 AP Laurent con el (entonces vigente) artículo 1116 CCF (que transcribo *supra*, nota 90), se aprecia que en el artículo 1066 AP Laurent no se recoge la norma de que el

[A.2] *La explicación de Laurent*

Este explica que el artículo 1066 AP Laurent reproduce el artículo 1116 CCF *con algunos cambios*⁴⁵³. Recuerda que el Código de Napoleón exige, para que el dolo anule el contrato, que sea *evidente* que, sin las maniobras, la parte engañada no habría contratado (cursiva del original)⁴⁵⁴. También recuerda que en sus *Principes de droit civil* había hecho cierta observación, que pasa a transcribir como justificación de su *Avant-Projet*: «Puede ser que los autores del Código civil hayan limitado demasiado el poder de apreciación del juez, exigiendo que sea *evidente* que, sin las maniobras, la parte engañada no habría contratado. El dolo es mucho más frecuente que la violencia y el error; el deseo de enriquecerse por todas las vías, buenas o malas, invade a todo rango en la sociedad, y esta mala pasión no recula delante de nada. Si el juez es impotente para pararla, al menos puede reparar el mal producido. Su poder en esta materia es necesariamente discrecional; que él lo use para fortalecer el sentido moral, sin el cual no hay sociedad posible, no hay civilización, no hay libertad»⁴⁵⁵. Y es con ese mismo espíritu que Laurent propone, para el artículo 1066 AP Laurent, que *los engaños que no*

dolo no se presume y debe ser probado del artículo 1116.II CCF. Sobre esto, LAURENT aclara: «[e]l Código italiano, y después el anteproyecto [AP Laurent], suprimen esta disposición: es inútil» [(1884) p. 32].

⁴⁵³ LAURENT (1884) p. 31.

⁴⁵⁴ a) LAURENT (1884) p. 31; «El Código italiano ha suprimido la palabra *evidente* y la condición que implica».

b) Al comentar el (entonces vigente) artículo 1116 CCF (que transcribo *supra*, nota 90) y al acudir a su obra *Principes de Droit civil*, LAURENT señalaba: «No todo dolo vicia el consentimiento. El artículo 1116 CCF se concibe en términos muy restrictivos: exige que las maniobras practicadas por una de las partes sean tales, que es *evidente* que sin dichas maniobras la otra no habría contratado. ¿Cuándo esto es *evidente*? Si existe una cuestión de hecho, es esta. El fraude es un Proteo que adopta una y mil formas: el legislador bien se guarda de definirla y de determinar sus caracteres; se daría a la mala fe un medio de eludir la ley; el juez debe tener en esta materia un poder discrecional. Los intérpretes, menos sabios que el legislador, son ingenuos distinguiendo, dividiendo y definiendo; nosotros [LAURENT] nada diremos del dolo *positivo* y del dolo *negativo*, del dolo *personal* y del dolo *real*; es la pura escolástica y toda escolástica debe ser expulsada de nuestra ciencia, que es la ciencia de la vida y no la ciencia de las abstracciones. [...]» [(1878) núm. 523, p. 599].

⁴⁵⁵ a) LAURENT (1884) p. 31.

b) Efectivamente, el fragmento reproducido en el cuerpo del texto se encuentra en sus *Principes de Droit civil* (1878) núm. 524, p. 600.

En cuanto a lo que precede al texto que de Laurent y de sus Principes de Droit civil reproduzco en el cuerpo del texto es: «¿Cuándo el dolo vicia el consentimiento y anula la convención? El vicio que nace del dolo no difiere bajo esta razón de las otras causas que vician el consentimiento. Todo vicio del consentimiento es individual y debe ser apreciado desde el punto de vista de la persona que contrata; el juez debe ponerse en su lugar para decidir qué influencia han tenido las maniobras fraudulentas sobre su espíritu; quien no tenga experiencia en los negocios y crea fácilmente en la honestidad, tendrá fe en promesas que los hombres experimentados no escucharán. [...]» (núm. 524, p. 600).

Y tras el fragmento transcrito en el cuerpo del texto de Laurent, este expone: «Una mujer débil de espíritu hace dos actos de venta. Su debilidad de espíritu era notoria, llegando hasta la imbecilidad, dice la corte de *Alger*; los mismos actos que ella suscribe suministran la prueba; tales actos infaliblemente van a provocar su ruina, ya que no le ofrecen más que compensaciones irrisorias en relación con lo que vende. Si bien el fraude no ha de ser muy sutil para engañarla y una inteligencia ordinaria habría bastado para ponerla en guardia contra las groseras maniobras que han sido utilizadas para animarla a contratar. Sin embargo, la corte anula con justo título, y la corte de casación, a la cual se osa recurrir, confirma su decisión.

*constituyan dolo den, sin embargo, lugar a una acción de daños y perjuicios*⁴⁵⁶. Laurent entiende que reina en este punto una deplorable incertidumbre en la doctrina⁴⁵⁷. Considera que todo hecho dañino es un delito o un cuasi-delito, que obliga al autor del hecho a reparar el daño causado (art. 1382 [CCF])⁴⁵⁸. Se dirá que dicho principio no se aplica más que a las vinculaciones que se forman sin convención, pero ello no es exacto, ya que puede haber delitos en la materia de los contratos⁴⁵⁹. Según Laurent, si los engaños se cometieron antes de que la convención se hubiera formado, mientras la negociación o los tratos previos, no puede tratarse de una culpa convencional; aquel que se equivoca no es todavía acreedor, ni es deudor el que usa de los engaños para obtener condiciones más ventajosas, en perjuicio de aquel con quien va a contratar; el engaño precede, pues, a la convención, lo que conduce al artículo 1382 [CCF] aplicable al pie de su letra⁴⁶⁰.

Se encuentran compradores tontos como hay vendedores tontos. Un agricultor tenía una pequeña fortuna y la gran ambición de buscar una mujer; había ya sufrido más de un rechazo, cuando un anciano notario, en complicidad con dos agentes de negocios, le hizo creer que podía adquirir un magnífico terreno y casarse con la hija del susodicho notario, cuya dote serviría en parte para pagar la adquisición. Doble engaño que no tenía otro objeto más que obtener del infeliz algunos miles de francos que los bribones se repartirían. En el tribunal, ellos fueron absueltos; los estafadores raramente se dejan prender, ellos saben cómo esquivar la ley; pero los jueces insinuaron que el contrato suscrito por la víctima bien podría estar viciado. La corte de *Toulouse* anula las convenciones arruinando las maniobras dolosas empleadas para engañar a un espíritu débil y crédulo, sin recurrir a una investigación, de tal modo era el dolo patente» (núm. 524, p. 601).

⁴⁵⁶ LAURENT (1884) p. 31.

⁴⁵⁷ LAURENT (1884) p. 31; a continuación se refiere al pensamiento de Pothier.

⁴⁵⁸ a) LAURENT (1884) p. 31.

b) Según el *originario* artículo 1382 CCF: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer». En el *Avant-Projet* de LAURENT, el artículo equivalente y de similar redacción al artículo 1382 CCF es el artículo 1120 AP Laurent. Según este artículo 1120 AP Laurent: «(C.N., 1382)/ Tout fait illicite de l'homme, quel qu'il soit, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer». En su comentario, LAURENT informa que se reproducen en su *Avant-Projet* «los principios establecidos por los artículos 1382 y 1383 del Código [civil francés]»; señala además, que «no hay aquí lugar para razonar la teoría de los artículos 1382 y 1383 [CCF] (art. 1120 y 1121), puesto que el *Avant-projet* mantiene los principios del Código napoleónico» (p. 104). El mentado artículo 1121 AP Laurent disponía: «(C.N., 1383)/ En matière de délits et de quasi-délits, le débiteur répond même de son imprudence et de sa négligence».

Actualmente, el artículo 1382 CCF es el artículo 1240 CCF; sobre los artículos 1240 ss. CCF, FENOY PICÓN, *ADC* (2020) nota 408 de p. 1435. Sobre la proyectada reforma de la responsabilidad extracontractual francesa, CABRILLAC, *ADC* (2021) pp. 7-20.

⁴⁵⁹ LAURENT (1884) p. 31.

⁴⁶⁰ a) LAURENT (1884) pp. 31-32.

b) En sus *Principes de Droit civil*, LAURENT también se refería al artículo 1382 CCF [que transcribo *supra*, en nota 458 b)]. En concreto, LAURENT decía: «Así, hay engaños que producen daños y perjuicios y que no obligan a indemnizar a la parte engañada. ¿Cómo los distingue el juez? ¿Dónde está el límite que separa el dolo indemnizable del dolo tolerable? Vanamente se buscará en los autores, la doctrina es impotente al formular la distinción; lo que prueba en nuestra opinión, que es falso y que tendría que admitir que todo engaño que causa un perjuicio debe dar derecho a una reparación. El juez siempre tiene el derecho de pronunciarse sobre los daños y perjuicios desde que tiene lugar un hecho indemnizable (art. 1382); y si mi imprudencia me obliga a indemnizar los daños que ha causado (art. 1383), con mayor razón mi mala fe me obliga a ello. Los jueces harán bien de utilizar el poder discrecional que les pertenece para dar lecciones de moralidad a las partes contratantes, esperando que la educación moral desarrolle la delicadeza de consciencia que debe reinar en todas las relaciones de los hombres» (núm. 528, p. 605).

[B] *El (ahora derogado) artículo 934 CCA y la distinción entre dolo causal e incidental*

[B.1] *El texto jurídico y la anotación de Vélez Sarsfield*

Aunque *supra*, [9] [A], transcribo el artículo 934 CCA, para esta ocasión considero adecuado reproducir su tenor, que es:

«El dolo incidente no afectará la validez del acto; pero el que lo comete debe satisfacer cualquier daño que haya causado. Es dolo incidente el que no fue causa eficiente del acto».

Y la anotación de Vélez Sarsfield al artículo 934 CCA es:

«934. – El dolo que da causa al contrato sucede, dice la ley romana, cuando *nullatenus contracturus si dolus defuisset*. Dolo incidente *cum quis sponte contrahit sed in modo contrahendi velut in pretio aut aliter decipitur*. La ley de Partida 57, Tít. 5, Part. 5.^a [que transcribo *supra*, [11] [A]], tiene sólo el objeto de distinguir entre el dolo que da causa al contrato, del dolo incidente, y lo hace de la manera más clara con el ejemplo que pone, resolviendo que el dolo que da causa al acto, lo hace anulable, y que el dolo incidente obliga sólo a satisfacer el perjuicio»⁴⁶¹.

[B.2] *La explicación de Carranza*

Trasladándome a 1973, Carranza explica el propósito del (ahora derogado) artículo 934 CCA, así:

«da base para el distingo clasificatorio entre «dolo principal» y «dolo incidental». El primero es el engaño determinante de la voluntad ajena («dolo causam dans»), que anula la declaración; al tiempo que el segundo no impide que la voluntad se declare, aunque si no hubiese ocurrido el «dolo incidente», el interesado la habría exteriorizado en otras condiciones (v. gr., adquiriendo a menor precio la cosa comprada, o exigiendo garantías para asegurar el cumplimiento de la obligación, etc.).

El origen de esta modalidad de dolo no es hallable en el Derecho romano clásico, pero sí en el derecho justinianeo y en el derecho de los glosadores⁴⁶². De allí la tomó Freitas cuyo Esboço establecía, en el art. 474: «Sin embargo, en los casos del artículo anterior, aunque el acto no resulte viciado, el autor del dolo podrá ser demandado por la indemnización de cualquier daño que haya causado». Esta es la fuente del art. 934 del Código civil argentino.

En las legislaciones modernas el distingo no se ha conservado sino excepcionalmente. Tal es el caso del art. 1440 del Código civil italiano⁴⁶³ [...].

El citado (y entonces vigente) artículo 1383 CCF disponía: «Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence». Actualmente, el artículo 1383 CCF es el artículo 1241 CCF.

⁴⁶¹ VÉLEZ SARSFIELD, «Anotación del artículo 934» (1952) p. 223.

⁴⁶² Del origen de la distinción dolo causal e incidental se ocupa, por ejemplo, Zimmermann, lo que expliqué en FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [25] [A] pp. 1370-1372.

⁴⁶³ Sobre los artículos 1439 y 1440 CCI 1942, FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [25] [B] p. 1374.

Esta tendencia a la erradicación legislativa del dolo incidental obedece a las dificultades prácticas de su aplicación. Porque si el engaño es ingrediente de él –como en el dolo principal–, la diferencia entre ambos es muy sutil y depende de considerar que, en el hecho, la maniobra no ha sido determinante de la declaración –no ha revistado [*sic*; revestido] como causa eficiente de ella–, traduciéndose solamente en condiciones más onerosas que, de otro modo, no se hubieran aceptado por la víctima; todo lo que es fácil establecer desde el punto de vista lógico pero de engorrosa aplicación práctica, por lo que se lo ha tildado de «especioso, habiendo contribuido a oscurecer la materia».

Esa es, también, la opinión de la doctrina extranjera. Así, para Laurent, la distinción tradicional entre dolo principal e incidental «sólo sirve para inducir a error, porque ella es *falsa*», y en parecidos términos se expresan Huc, Demogue y Messineo.

Tal vez la ventaja [considera Carranza] de la conservación de una tal regla, como la que instituye el art. 934 [CCA], resulte de la posibilidad legal que se otorga a la víctima del dolo, para que, aun en casos en que no sea posible demostrar que el engaño fue causa determinante del acto, se le permita accionar no por la anulación del negocio, sino por los daños y perjuicios que esa actitud del contratante doloso le irrogó, aún cuando el engaño hubiese recaído en un elemento accidental del acto, lo que no es poco beneficio ya que se adecua la solución a la conservación del contrato, sin mengua del principio de justicia⁴⁶⁴.

[C] *Las explicaciones de Benavente y los (vigentes) artículos 273 y 275 CCCA*

Esta autora explica, que «[e]l dolo incidental o *dolus incidens* [cursiva del original] se refiere a la maniobra engañosa que proviene de la otra parte o de un tercero pero que no ha sido la causa determinante del acto»; «[e]s decir, el engaño no determina la realización del negocio pero ha logrado que la víctima consienta condiciones que le son más gravosas o perjudiciales» y esto «revela la diferencia principal» del dolo incidental con el dolo esencial⁴⁶⁵.

Sobre los requisitos del dolo incidental, estos «se definen por exclusión de aquellos que el art. 272 CCyC [CCCA, que transcribo *supra*, [9] [B]] establece para el dolo esencial en orden a provocar la invalidez del negocio», y por consiguiente, para que haya dolo incidental «las maniobras o la omisión empleadas no deben haber sido causas determinantes del acto, o bien el daño que provocaron no

⁴⁶⁴ CARRANZA, *ADC* (1973) pp. 601-602.

⁴⁶⁵ BENAVENTE, «Artículo 273» (2016) p. 449; aclara que «[e]n este tema [del dolo incidental], el CCyC [vigente Código civil y comercial argentino; CCCA] reproduce el concepto que establecía el [derogado] art. 934 CC [CCA, que transcribo *supra*, [9] [A]], aunque reemplaza la frase «*dolo incidente*» por la de «*dolo incidental*» (cursiva del original).

Con anterioridad, al exponer las clasificaciones del dolo, según BENAVENTE: «*Dolo principal, llamado esencial, o incidental* [en el original, en cursiva y negrita]: *es la clasificación más importante. La diferencia entre ambos radica en que el primero es el engaño que constituye la causa determinante del acto, en tanto que el dolo incidental es el engaño que, si bien ha logrado que la víctima lleve a cabo el acto jurídico en condiciones desventajosas, no ha sido la causa determinante o fundamental para realizar el negocio jurídico*» [cursiva del original; «Artículo 271» (2016) p. 446].

debe haber sido de escasa importancia. Aun cuando la redacción del texto de Vélez permitía alcanzar esta conclusión sin dificultad, de los efectos que enumera el art. 275 CCyC [CCCA] se desprende con toda claridad que si [el dolo incidental] solo da lugar a la indemnización de los daños provocados, es porque un perjuicio menor no resultaría suficiente para anular el contrato»⁴⁶⁶.

[61] Dejando al margen a Manresa y Navarro, y a Scaevola, cuyas consideraciones expuse *supra*, [58], *¿cómo valoran la distinción dolo causal e incidental autores más modernos?*

Con crítica, siendo esta mayor o menor según el concreto autor. En sus valoraciones incide la dificultad de poner en práctica la distinción dolo causal e incidental. También está presente la consideración de los remedios de la anulación y de la indemnización de los daños y perjuicios que el dolo puede desencadenar.

*Por ejemplo*⁴⁶⁷, De Cossío y Corral califica la presente distinción de *arbitraria*, ya que el contrato se quiere «como un todo» (en lo principal y en lo secundario), tratándose «*en el fondo [...] simplemente de una facultad reconocida al arbitrio judicial, que podrá determinar en cada caso, en vista de las circunstancias concretas, si procede la declaración de la nulidad, o simplemente la indemnización de daños y perjuicios*»; *opina que «[n]o hay [...] razón para mantener conceptualmente esta distinción»* (cursiva mía; el texto completo lo transcribo *supra*, [57] [A]). Fuenteseca *no es partidaria de la distinción* por considerar, entre otras cosas, que el dolo vicio del consentimiento es el llamado dolo causal y este dolo incluye, a su entender, el engaño determinante del contrato *y el engaño sobre cualquier circunstancia del contrato*—esto es, el consentimiento contractual «recae sobre un conjunto»—; para la autora, no constituye dolo vicio del consentimiento el llamado dolo incidental (no es verdadero dolo)⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ BENAVENTE, «Artículo 273» (2016) p. 449.

⁴⁶⁷ De la opinión crítica de DOMÍNGUEZ YAMASAKI, di cuenta *supra*, [57] [C.1] y allí remito.

⁴⁶⁸ FUENTESECA advierte: «En mi opinión, no resulta suficientemente clara la diferencia entre dolo causante e incidental. Especialmente, determinar en concreto qué es el llamado dolo incidental. La explicación que se ofrece por algunos civilistas no resulta satisfactoria» [(2002) p. 105; argumenta extensamente su opinión en pp. 105-119; desde la p. 115 hasta la p. 118 se refiere, en particular, a las opiniones de De Cossío y del Corral, y Morales Moreno, con los que discrepa en ciertos puntos].

Sobre su concreta argumentación contraria a que se diferencie entre dolo causal e incidental, FUENTESECA explica, por ejemplo: «Lo expuesto refleja la dificultad de distinguir [entre] dolo causante e incidental. En mi opinión [FUENTESECA], dentro del primero [del dolo causante] hay que incluir no sólo los engaños que determinan o mueven a celebrar el contrato en sí mismo, sino también los engaños que recaigan sobre cualquier circunstancia añadida a éste, y que forme parte del mismo negocio, ya que el consentimiento recae sobre un conjunto: sobre el querer o no celebrar un negocio concreto, y también sobre los pactos y cláusulas añadidas que integran tal contrato, y que pueden interesar asimismo a quien

Por su parte, Morales Moreno *duda de la utilidad de la distinción*, apuntando que «en la práctica[,] lo más frecuente es que una misma conducta reúna los requisitos necesarios» para ser simultáneamente dolo causal e incidental⁴⁶⁹, además de la dificultad de poder diferenciar entre «la voluntad de contratar, en sí misma considerada, de la voluntad de contratar en determinadas condiciones», pues la voluntad de contratar a considerar es «la de celebrar un concreto contrato» y por ello, el dolo incidental es normalmente determinante; no obstante, Morales Moreno *admite* que la distinción entre dolo causal e incidental permite diferenciar la captación de la voluntad, de los daños causados⁴⁷⁰. Para Rojo Ajuria, esta distinción entre dolos tiene como razón de ser

actúa engañado por las maquinaciones ajenas. El art. 1270.2.º C.c. no contempla el dolo-vicio que permite anular el contrato, sino los daños que se derivan del comportamiento doloso contractual.

Lo que pretende el artículo 1270.2.º C.c. es apuntar la posibilidad de simultanear la acción de anulabilidad con la reclamación de reparación de daños y perjuicios causados por una conducta contractual dolosa con ocasión de la celebración de un negocio. Pero carece de existencia autónoma el dolo incidental como tal vicio de la voluntad. E incluso quizá podría apuntarse la posibilidad de prescindir de tal mención contenida en el art. 1270.2.º C.c. ya que la responsabilidad por daños dolosos contractuales se deriva asimismo de otros preceptos del Código civil: arts. 7.1.º; 1258; 1101.

Según lo expuesto, las legislaciones que distinguen expresamente dolo causante y dolo incidental no parecen configurar este último como vicio de la voluntad, luego queda fuera del ámbito de este estudio. *El único vicio de la voluntad es el que se manifiesta como inducción engañosa que recae sobre un comportamiento ajeno en un negocio* y en torno a él intento centrar el presente trabajo.

Algunos autores expresamente entienden que el dolo incidental no es un verdadero vicio.

En consecuencia, es posible concluir respecto a las diversas legislaciones europeas, que la mayoría de los Códigos no distinguen expresamente dolo causante e incidental. Y que los únicos que se hacen eco en particular de tal categoría [«Código español e italiano», esto en nota 281 de p. 111], en el fondo, no la aprecian, *porque admiten que el dolo incidental no constituye un verdadero vicio del consentimiento*» (cursiva mía; pp. 110-111; en nota 280 de p. 110 cita para esos «[a]lgunos autores» a Bonet Ramón, Albaladejo, García Amigo). *Vid.* además pp. 128, 153-154, pp. 230-231, 246.

⁴⁶⁹ Para MORALES MORENO, que el mismo supuesto pueda *simultáneamente* ser dolo causal e incidental, supone que el dolo habido dio lugar al vicio del consentimiento y a la causación de unos daños; también puede haber *solo* dolo causal, pues el contrato celebrado no ha resultado lesivo a la víctima del dolo. Dice: «Tanto el dolo causal como el incidental tienen, inicialmente, como elemento común, el que ambos consisten en una conducta contraria a la buena fe, que un contratante utiliza para engañar a otro. Sin embargo, mientras que el CC tiende a restringir el supuesto de dolo causal a los casos en que el dolo es grave, el dolo incidental no está sometido a esa restricción./ [...] La distinción entre dolo causal y dolo incidental tiene, a menudo más justificación teórica que práctica. *Ciertamente, es posible encontrar casos de dolo causal puro* (p. ej., *el engaño determina a vender, pero la venta no es lesiva*). *Pero en la práctica lo más frecuente es que un mismo supuesto de hecho reúna los requisitos necesarios para ser considerado como dolo causal e incidental*» [cursiva mía; «Artículo 1270» (1993b) p. 471].

⁴⁷⁰ En concreto, MORALES MORENO afirma que «la contraposición entre el dolo causal y el incidental, plantea problemas y exige algunas observaciones».

Sobre la justificación de la distinción, señala que «[p]uede dar la impresión de que unos casos son perfectamente identificables como de dolo causal, y otros, de incidental», pero inmediatamente asevera, «[m]as realmente no ocurre así. Dejando a un lado los casos de escuela, en los que se procura que la conducta dolosa sea exclusivamente encajable en uno u otro tipo, en la práctica lo más frecuente es que una misma conducta reúna los requisitos necesarios para constituir tanto dolo causal como incidental». Añade que, «desde un punto de vista puramente teórico, «es difícil distinguir la voluntad de contratar, en sí misma considerada, de la voluntad de contratar en determinadas condiciones»; la voluntad de contratar que debe ser tomada en cuenta no es otra que la de celebrar un contrato concreto. Por ello el dolo incidental será

delimitar la relevancia del dolo vicio, ya que no toda actuación dolosa conduce a la anulación contractual, lo que apoya el principio de conservación del negocio y la seguridad del tráfico y de ahí, *que acepte la anterior distinción, reconociendo la dificultad de su puesta en práctica*⁴⁷¹. En opinión de De Verda y Beamonte, *admitiendo lo difícil de diferenciar en la práctica ambos dolos, considera su distinción «no [...] del todo inútil»* (cursiva mía), ya que permite aplicar diferentes consecuencias jurídicas según la influencia que el comportamiento doloso tuviera sobre la voluntad del que lo sufrió –anulación del contrato, si el dolo determinó el consentimiento; indemnización de daños, si el dolo influyó exclusivamente en el modo de contratar– a lo cual añade que el engañado por un dolo grave puede no interesarle anular el contrato y sí su validez con el oportuno reajuste del precio, bastándole para ello con calificar el

normalmente determinante, «ya que sin él el contrato no se hubiera celebrado en las mismas condiciones» (en nota 105 de p. 407, MORALES MORENO cita a Weill-Terré; *vid.* lo que indico en este [61] para el derecho francés *antes* de su reforma en 2016, en la siguiente [A.1]).

Sobre los efectos de la distinción, señala que «[l]o más frecuente es que en las situaciones en que ha mediado dolo, por tener éste la doble naturaleza de causal o incidental, tanto quepa pedir la nulidad como la indemnización. No se excluye con ello el que puedan existir algunos casos en los que el supuesto sea exclusivamente de dolo causal o incidental. En uno de esos casos piensa el Código civil al afirmar: el dolo incidental «solo obliga al que lo empleó a la indemnización de daños y perjuicios» (art. 1270, 2.º). Lo afirma sólo del dolo incidental, por su preocupación por la estabilidad de los contratos».

Y por lo anteriormente expuesto, MORALES MORENO *concluye con la consideración* de que «[l]as críticas que pueden ser dirigidas a esta distinción [entre dolos] hacen dudar de su utilidad», si bien «puede servirnos para diferenciar dos tipos de problemas en el tratamiento que da al dolo *in contrahendo* el Derecho positivo: el problema de la captación de la voluntad, y el del daño o lesión provocado», entendiéndose que «[c]ada uno de estos problemas tiene, hoy por hoy, en nuestro ordenamiento un cauce de solución diferente, la acción de nulidad y la de indemnización de daños».

Todo anterior de (1993a) pp. 407-408; *vid.* también «Artículo 1270» (1993b) pp. 471-472.

⁴⁷¹ ROJO AJURIA explica: «el rechazo de una distinción difícil parece una solución simplista (además de contraria a la ley en los ordenamientos que la recogen). *La distinción tiene una razón de ser no despreciable: delimitar el ámbito de relevancia del dolo vicio. No toda actuación dolosa tiene por qué ser causa de anulación del contrato. El principio de conservación del negocio y de la seguridad del tráfico apoyan esa limitación. El criterio de la distinción entre dolo causante y dolo incidental es aceptable, aunque su aplicación práctica pueda ser difícil»* [cursiva mía; (1994) p. 167; *vid.* además p. 299].

También de interés estas otras consideraciones de ROJO AJURIA: «VON THUR [apellido, mayúsculas en el original]: «Cuando, a falta de intimidación o dolo, el contrato se hubiera concluido en otras condiciones y la diferencia consistiera en una suma de dinero, la reparación del daño constituye el medio más adecuado para compensar la injusticia, *pues la impugnación que entraña la nulidad de todo el negocio produce efectos excesivos y crea una situación que en ningún caso hubiera existido*»]. La impugnación puede producir un beneficio ilegítimo, a costa de la parte contraria, y en cierta medida representa para ella una pena. Considérese el caso siguiente: por encontrarse en dificultades económicas, alguien se propone vender por 100 una acción y en virtud de dolo por parte del comprador se decide a cederla por 80; sucesivamente, a raíz de circunstancias imprevistas, el valor de la acción sube a 150: no sería justo que el vendedor pudiese impugnar la compraventa en lugar de conformarse con la restitución de los 20, que es la verdadera medida del daño que sufrió. La impugnación permitiría al vendedor conseguir un beneficio que no hubiera conseguido sin el dolo del comprador (es decir, si hubiese vendido su acción a un comprador honrado). *Considero [ROJO AJURIA] que en casos semejantes el ejercicio de la impugnación no es admisible por ser contrario a la buena fe»* (cursiva del original; p. 165). *Vid.* además pp. 174-178.

dolo de incidental, y el juez no podrá desestimar la indemnización de daños solicitada, indicando que el dolo fue grave y que procedía la anulación, y no la indemnización⁴⁷².

Por último, Carrasco Perera, tras señalar que «del CC no puede desprenderse dónde se halla la línea divisoria entre un engaño que provoca como efecto la declaración de voluntad ajena y un engaño que opera sobre una voluntad de contratar ya tomada», apunta que «[p]robablemente se trata de una distinción sofisticada», además de que «[l]a distinción [...] no se ha hecho en serio tampoco por los tribunales, lo que prueba su artificiosidad»⁴⁷³. Por lo anterior, entiende que la diferenciación entre dolo causal e incidental ha «de afrontar[se] [...] desde una consideración meramente funcional del problema de los remedios que corresponden al engañado», por lo que «[e]l art. 1270 CC ha de leerse en el sentido de que el engañado (tanto si se trata de un dolo causal como de un dolo incidental) dispone, además de la acción anulatoria que eventualmente proceda, de una acción de daños por responsabilidad *in contrahendo*), de la que puede hacer un uso optativo»⁴⁷⁴.

[A] *El derecho francés y la distinción dolo causal e incidental*

⁴⁷² Según DE VERDA Y BEAMONTE, «[c]omparto la idea de la dificultad (no teórica, pero sí práctica) de determinar cuándo un determinado supuesto de dolo es *dolus causam dans* o *dolus incidens*. Pero, aún así, me parece que la distinción [...] no es del todo inútil» [RdP (2016) p. 30]. *Ofrece las siguientes razones.*

Una, que «la tradicional bipartición del dolo, entre causante e incidental, permite asignar consecuencias diversas a la mala fe del destinatario [de la declaración], según el grado de influencia que su comportamiento malicioso haya ejercido sobre la voluntad del declarante. La posibilidad de demandar la anulación del contrato se restringe exclusivamente a los casos más graves, en los que las maniobras dolosas del destinatario [de la declaración] son determinantes de la prestación del consentimiento *ad contractum*; previéndose la indemnización de daños y perjuicios, cuándo aquéllas no influyen en la decisión, sino, exclusivamente, en el modo de contratar del *deceptus*./ Ciertamente, el interés general a la rápida y segura circulación de la riqueza impide atribuir relevancia invalidante a todo supuesto de dolo. Pero sería injusto negar cierta protección a quien, inducido por el dolo de la otra parte, contrata de manera diversa a como lo hubiera hecho, de no haber mediado aquél. Por ello, en este último caso, resulta pertinente sujetar al *deceptor* a la obligación de indemnizar daños y perjuicios» (pp. 30-31).

Otra razón, es que «la noción de *dolus incidens* puede ser útil para el *deceptus* a quien, a pesar de haber sufrido un engaño grave, no interese la anulación del contrato, sino mantener la validez del mismo, solicitando un reajuste del precio, acorde con las exactas condiciones de la cosa comprada: para ello bastará con que califique como incidental el dolo del destinatario [de la declaración]» (p. 31). Ahora bien, en relación con esta otra razón, DE VERDA Y BEAMONTE reconoce que «[e]n todo caso, ha de tenerse en cuenta que el mismo resultado (resarcimiento de daños y perjuicios) se podía haber conseguido, sin necesidad de calificar como incidental, en vez de cómo [*sic*], el dolo empleado por el destinatario [de la declaración], si se acepta la tesis, propugnada por un sector de la doctrina científica, según la cual, aun siendo el dolo grave (y calificándolo como tal), podría el *deceptus* limitarse a solicitar un resarcimiento de daños, dejando subsistente la validez del contrato, lo que supondría la confirmación del contrato anulable» [RdP (2006) pp. 31-32]. *Vid.* además DE VERDA Y BEAMONTE, *Aranzadi Civil* (1998) nota 56 de pp. 211-212.

⁴⁷³ CARRASCO PERERA (2021) 8/17 y 8/18, pp. 385-386.

⁴⁷⁴ CARRASCO PERERA (2021) 8/18, p. 386.

Supra, [60] b), expuse cómo García Goyena se refería al (entonces) vigente artículo 1116 CCF (que transcribo *supra*, nota 90), destacando que dicho artículo no diferenciaba entre dolo causal e incidental, si bien la distinción se conocía (Rogron), prefiriendo García Goyena que se diferenciaran ambos dolos, lo que así se hizo en los artículos 992 y 993 PCC 1851 (que transcribo *supra*, [8] [B]). *Situándome en momento más actual, ¿como se ve la distinción dolo causal e incidental?*

[A.1] *El dolo causal y el incidental en la redacción originaria del Code civil*

En 2020 apunté, que la distinción dolo causal, con su posible efecto anulatorio del contrato, y dolo incidental, con su efecto indemnizatorio, se conocía entre los autores franceses⁴⁷⁵. En cuanto a su valoración, decía que «*numerosos autores denuncian, según Flour/Aubert/Savaux, la distinción entre dolo principal e incidental por su carácter artificial, lo cual se razona en que, psicológicamente, es irreal pretender distinguir la voluntad de contratar, considerada de modo abstracto, de la concreta voluntad de contratar en tal o tales condiciones. Flour/Aubert/Savaux opinan que, en realidad, el dolo incidental ha de bastar para justificar la anulación, si esta es demandada, ya que para considerar que el dolo fue determinante, basta comprobar que, sin él, el contrato no se habría concluido en los términos en que fue hecho*» (cursiva del original)⁴⁷⁶.

A lo anterior añadía, en caja más pequeña, que «Flour/Aubert/Savaux indican que la S 22.06.2005 de la *Cour de Cassation*, tercera *chambre civile*, marca una reserva sobre la noción de dolo incidental./ En concreto, el recurrente expresamente reprochaba a los *juges du fond* que hubieran anulado por reticencia dolosa la promesa de venta de un inmueble de gran altura, justificándolo en que hubo un dolo incidental, debiendo haberlo justificado en que hubo un dolo principal. La *Cour de Cassation* rechaza el recurso, por entender que la *Cour d'appel* había soberanamente apreciado que los *elementos disimulados por el vendedor habían sido determinantes para el comprador, quien en todo caso habría adquirido a un menor precio si hubiera conocido la situación real*, y la *Cour d'appel* había precisamente deducido que las reticencias dolosas del vendedor entrañaban la nulidad de la venta. Del fallo se deduce, claramente, que el dolo había sido determinante del contrato y sin él, no se hubiera concluido, o no se hubiera concluido en las mismas condiciones, siendo ello suficiente para fundamentar la nulidad del contrato. Lo anterior, entienden Flour/Aubert/Savaux, condena claramente la opinión según la cual el «dolo incidental» no puede dar lugar más que a la reparación de los daños y perjuicios»⁴⁷⁷.

También informaba en 2020, apoyándome en Malinvaud/Fenouillet/Mekki, «que, salvo raras excepciones (así, en «*Cass. Ire civ., 22 déc. 1954*»), la jurisprudencia no ha tenido en cuenta las críticas hechas a la distinción entre el dolo prin-

⁴⁷⁵ Para la distinción, FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [25] p. 1370; *vid.* las notas 167 y 168 de p. 1370, para los autores.

⁴⁷⁶ FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [26] pp. 1374-1375; *vid.* las notas 188 y 189 de pp. 1374-1375.

⁴⁷⁷ FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [26] [A] p. 1375.

cial y el incidental y consagrando la noción de dolo incidental, sigue afirmando que el dolo, sin el cual se habría contratado en otras condiciones, no puede justificar la nulidad del contrato, sino la concesión de la indemnización de daños y perjuicios. No obstante, reconocen que lo anterior lo ha cuestionado la «S Cass. 3e civ., 22 juin 2005», que parece divergir de otras *chambres*. Añaden, en apoyo de la anterior jurisprudencia, que se observa que la admisión del dolo incidental es la consecuencia natural e ineluctable del dolo sobre el valor: el contratante engañado estaba dispuesto a comprar o a vender y su vicio del consentimiento recaía sobre el precio, con lo que basta con rectificar el precio mediante la indemnización de los daños y perjuicios para que el contrato sea perfecto. Por otro lado, la víctima frecuentemente demanda la reducción del precio y no la anulación de la venta»⁴⁷⁸.

[A.2] *El dolo causal y el incidental en el Code civil tras su reforma de 2016*

Igualmente en 2020 señalé, que «[s]egún el artículo 1130.I CCF, el dolo vicia el consentimiento, si, sin él, una de las partes *no hubiera contratado, o hubiera contratado en condiciones sustancialmente diferentes* (se trata del carácter *determinante* del dolo). Evidentemente, por incluir el artículo 1130.I CCF el supuesto en el que la víctima del dolo hubiera contratado en condiciones *sustancialmente* diferentes, su tenor literal es *más amplio* que el del derogado artículo 1116.I CCF [...] [que transcribo *supra*, nota 90] que solo incluye el supuesto en el que la víctima del dolo no hubiera contratado. Exigiéndose que el dolo sea determinante, *se preserva la seguridad de las transacciones*» (cursiva del original)⁴⁷⁹.

Añadía de inmediato: «*Novedad* del artículo 1130.I CCF es su expresa alusión al *dolo incidental*. Ahora bien, apuntan Deshayes/Genicon/Laithier, queda por saber *qué tratamiento jurídico da la Ordonnance n.º 2016-131 a dicho dolo*, no habiendo unanimidad en los pareceres. / *Para algunos*, del artículo 1130.I CCF se deduce la «*neutralización de la teoría del dolo incidental*» –teoría clásica que *excluye* la nulidad del contrato por dicho dolo, siendo su *única sanción* la indemnización de los daños y perjuicios o una revisión del precio [...] y *se neutraliza porque el artículo 1130.I CCF rehusa tratar de modo diferente al dolo principal y al incidental, aplicándose a ambos la nulidad del contrato*. Chantepie/Latina opinan así. Afirman que el mayor aporte del artículo 1130.I CCF es la *implícita condena de la distinción entre el dolo principal y el incidental*, frente al derogado artículo 1116.I CCF [...]. Con el artículo 1130.I CCF, el dolo principal y el incidental –esto es, el dolo *determinante*– son causa de *nulidad relativa* del contrato. En similar línea se manifiesta Mauger-Vielpeau. / Sin embargo, Deshayes/Genicon/Laithier *discrepan* de la anterior tesis. Señalan que ha de determinarse *qué se entiende por dolo incidental*, lo cual clarifica el artículo 1130.I CCF. Este artículo

⁴⁷⁸ FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [26] [B] p. 1375.

⁴⁷⁹ FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [54] p. 1410.

Artículo 1130.I CCF: «L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes».

prevé el supuesto en que una de las partes «habría contratado en condiciones *sustancialmente* diferentes», supuesto *asimilado* a aquel otro en el que una de las partes «*no* habría contratado», considerándose en ambos casos el contrato nulo. Luego, *a contrario*, puede entenderse que el contrato *no podrá ser totalmente nulo*, si la parte afectada hubiera consentido en condiciones *ligeramente* diferentes, o para ser más exactos, en condiciones *no sustancialmente* diferentes. *En definitiva*, según Deshayes/Genicon/Laither, el artículo 1130.I CCF permite distinguir las dos siguientes figuras. *Una*, el dolo que lleva al contratante a consentir en condiciones *sustancialmente* distintas, *que no es dolo incidental, sino una variante del dolo principal y como tal ha de tratarse* (permite la nulidad *total* del contrato). *La otra*, el dolo que modifica *de modo secundario* al contrato, *verdadera hipótesis de dolo incidental, que no permite la total nulidad y, sin poder concebirse que permanezca sin sanción, esta consiste en la indemnización de daños y perjuicios, incluso, en la reducción del contrato* (por ejemplo, la supresión de una cláusula)⁴⁸⁰.

Por último señalaba, en caja más pequeña, que «Chantepie/Latina –para quienes apunté que entienden el art. 1130 CCF en el sentido de que dispone la misma solución para el dolo principal y para el incidental, la de la nulidad relativa del contrato– también advierten que el artículo 1130.I CCF *especifica* no haber contratado en condiciones *sustancialmente* diferentes. *Para la diferencia no sustancial*, que no permite la nulidad del contrato y sí la indemnización de daños y perjuicios, Chantepie/Latina *consideran que, para eso, no hay necesidad de la noción de dolo incidental; a la víctima le basta probar que la culpa del contratante, cuando concluyó el contrato, le ha causado un perjuicio con fundamento en el artículo 1240 CCF* (responsabilidad extracontractual [...])⁴⁸¹.

[B] *El derecho belga y la distinción entre dolo causal e incidental*

[B.1] *El dolo causal y el incidental en la redacción originaria del Code civil belga*

El artículo 1116 del Código civil belga, con la misma redacción que el derogado artículo 1116 CCF, se ocupaba del dolo y en 2020 informaba, que «[I] a doctrina y la jurisprudencia –esta última desde las *SS 24.01.1924 y 23.12.1926* de la *Cour de Cassation*– distinguen entre el dolo principal y el incidental. El dolo principal determina el consentimiento de la víctima, en cuanto que, sin él, no habría concluido el contrato y se sanciona con la anulación de la convención y además con la posible indemnización de daños y perjuicios. El dolo incidental supone que, sin él, la víctima hubiera concluido el contrato en otras (mejores) condiciones y solo se sanciona con la indemnización de daños y perjuicios, lo que se traduce frecuentemente en la reducción del precio» (cursiva del original)⁴⁸².

⁴⁸⁰ FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [55] pp. 1410-1412.

⁴⁸¹ FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [55] p. 1412.

⁴⁸² FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [78] p. 1450; para los autores, *vid.* la nota 491 de p. 1450.

Asimismo decía, que «Van Ommeslaghe informa de que parte de la doctrina ha criticado dicha distinción, dado que, psicológicamente, es difícil de justificar y delicado determinar en qué hipótesis la víctima del dolo habría rehusado contratar, o habría concluido la operación en otras condiciones. Sin embargo, en el plano de lo pragmático ha de reconocerse que la distinción entre dolos permite consagrar soluciones de buen sentido, pues es posible corregir las consecuencias de engaños groseros sin llegar a la extinción de la convención. En realidad, la práctica demuestra que, en general, apenas existe dificultad para determinar, de hecho, cuál habría sido la actitud de la víctima de las maniobras si estas no se hubieran cometido. Van Ommeslaghe señala que la *mayoría de la doctrina* aprueba la distinción entre dolos, en su opinión con justo título» (cursiva del original)⁴⁸³.

[B.2] *El dolo causal y el incidental en el vigente nuevo Código civil belga*

El vigente artículo 5.33.I NCCB dispone que «no hay consentimiento válido si es la consecuencia de un error, de un dolo, de una violencia o de un abuso de circunstancias, con tal de que el vicio del consentimiento sea determinante» (traducción mía)⁴⁸⁴. En 2020 y para el entonces proyectado artículo 5.37.I, de igual redacción que el artículo 5.33.I NCCB, decía, apoyándome en el comentario explicativo oficial, que «[I]a exigencia de que el dolo deba ser determinante implica que, sin él, la persona engañada no habría dado su consentimiento; esto es, se trata del *dolo principal*. El carácter determinante del dolo se aprecia *en concreto*, en la persona de la víctima del dolo. En cambio, si las maniobras, llevadas a cabo intencionalmente, solo tienen por consecuencia que la parte engañada haya contratado *en condiciones más onerosas*, lo que hay es un *dolo incidental* que no menoscaba la validez del contrato y su víctima solo puede exigir la reparación de los daños y perjuicios que la culpa precontractual del autor del dolo le hubiere causado» (cursiva del original)⁴⁸⁵.

B) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

[62] Voy a referirme a las *STS 31.10.1924*, *STS 06.11.1948* y *STS 28.02.1969*. De los dos primeras, ya he dado cuenta y en lo que sigue me centro en lo que ahora me interesa. En cuanto a la tercera sentencia, la extracto en este [62], en [A].

La *STS 31.10.1924*, de la que *supra*, [43] [A], di cuenta, suele citarse por los autores como ejemplo de resolución en que se diferencia el dolo causal y

⁴⁸³ FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [78] [A] pp. 1450-1451.

⁴⁸⁴ Artículo 5.33.I NCCB: «Il n'y a pas de consentement valable lorsqu'il est la conséquence d'une erreur, d'un dol, d'une violence ou d'un abus de circonstances, pour autant que le vice de consentement soit déterminant».

⁴⁸⁵ FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [92] p. 1465; y para otros derechos, [25] [B] y oportunas notas.

el incidental⁴⁸⁶. Recuerdo que decía, que el dolo «tiene el concepto de causante, cuando sirve de ocasión para el contrato que a no mediar la astucia que lo caracteriza no se habría celebrado y se llama incidental, si solo facilitó la celebración del contrato o consistió el dolo en incumplir el pacto; del causante se deriva acción para pedir la nulidad de lo convenido y el incidental sólo permite y concede a la víctima el derecho de reclamar indemnización de daños y perjuicios, todo conforme a los preceptos 1269, 1101 y siguientes del Código civil». Como apunté *supra*, [43] [A], hubo incumplimiento contractual doloso del arrendador del primer contrato de arrendamiento, pues prometió al arrendatario (pactó) que celebraría con él un segundo arrendamiento por otros diez años más cuando finalizase el primer arrendamiento, lo que no pudo ser porque dicho arrendador vendió los inmuebles a un tercero. El arrendatario demanda al arrendador (también al comprador de este, y ahora dueño de los inmuebles) y el Tribunal Supremo condena a dicho arrendador a pagar al arrendatario daños y perjuicios, pues, incumplió el acuerdo que tenía. Esta STS 31.10.1924 es criticada, *por ejemplo*, por De Cossío y Corral, y por Carrasco Perera, por cuanto que confunde el dolo incidental con el dolo en el incumplimiento contractual. Lo explican así.

[A] Según De Cossío y Corral:

«Ciertamente, el Tribunal Supremo confunde aquí varias cosas y conceptos de manera poco correcta: *en primer término*, habla del dolo incidental, como algo que se puede producir en la ejecución del contrato, y no en la formación del mismo, con lo que desconoce la radical diferencia existente entre el dolo contractual propiamente dicho y el dolo «in contrahendo», único que es objeto de regulación en el artículo 1270; *se habla por otra parte* de que puede existir un dolo fundado en negligencia..., concepto verdaderamente contradictorio, ya que si bien es posible exigir una responsabilidad por la negligencia «in contrahendo», ésta nada tiene que ver con el dolo que exige una intención de engaño, sin cuya existencia no son de aplicación las normas que le regulan; *finalmente*, por el caso de la sentencia resuelve un caso de dolo contractual, y a él aplica indebidamente las normas que el que el Código reservó para el dolo «in contrahendo» que ahora examinamos. El dolo contractual nunca podrá determinar la anulación de un contrato, sino simplemente da lugar a la indemnización de daños y perjuicios, o a la acción de ejecución o cumplimiento del contrato»⁴⁸⁷.

[B] Según Carrasco Perera:

⁴⁸⁶ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) pp. 350-351; DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 204, p. 154. Según DE VERDA Y BEAMONTE, «[l]a vieja STS 31 octubre 1924 precisa claramente la distinción entre ambas clases de dolo [el causal y el incidental]» [RdP (2006) p. 30; *vid.* además nota 25 de p. 30].

⁴⁸⁷ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 351.

«[e]n unos casos se considera dolo incidental el que se produce después de la celebración del contrato, confundiéndolo con el incumplimiento (así, en la STS 31 octubre 1924)»⁴⁸⁸.

En cuanto a la *STS 06.11.1948*, di cuenta de ella *supra*, nota 229. Recuerdo que, ante el desfalco hecho por su sobrino en el banco en que este trabajaba, el tío, víctima del dolo de los directivos del banco, quienes le ilusionaron acerca de que su sobrino seguiría trabajando en el banco si reconocía una deuda y la garantizaba, lo que así hizo, se estimó que el contrato fue celebrado por dolo. Sobre esta sentencia, dice De Cossío y Corral, que «parece hacer radicar la diferencia entre dolo causante y dolo incidental, en la mayor o menor gravedad de los artificios empleados»⁴⁸⁹. En cuanto al último ejemplo de sentencia en la que se hace referencia a la distinción dolo causal e incidental, la *STS 28.02.1969*, paso a dar concreta cuenta de ella.

[A] *La STS 28.02.1969 (Pte. Excmo. Sr. D. Manuel Lojo Tato)*

Brevemente, el comprador (José), que adquiere un piso a *Pamor, S.A.* (vendedor), se niega a otorgar la escritura pública de compraventa, alegando dolo de *Pamor, S.A.*, que le había inducido a la celebración del contrato al indicarle que los pisos que construía gozaban de beneficios tributarios. El vendedor *Pamor, S.A.* demanda al comprador José y pide el otorgamiento de la escritura pública. José reconviene. En primera instancia se condena al comprador José al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, y se condena al vendedor *Pamor, S.A.*, entre otras cosas, a que entregue a José el piso con la exención tributaria del 90% durante veinte años y, si no pudiese cumplir tal obligación, a satisfacer a José la diferencia entre lo que José ha de pagar en régimen ordinario de tributación y lo que habría de satisfacer si el inmueble hubiere contado con la exención tributaria. En segunda instancia se revoca la sentencia, en cuanto que se desestima la reconvencción del comprador José. El comprador José interpone recurso de casación y entre otras cosas, alega interpretación errónea del artículo 1270.II CC referido al dolo incidental y viene a señalar que sufrió dolo, amparándose en el dolo inciden-

⁴⁸⁸ CARRASCO PERERA (2021) nota 26 de p. 386.

⁴⁸⁹ a) DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 352. Según ROJO AJURIA, «[l]a jurisprudencia contrapone, en general, el dolo grave al incidental (sentencias de 6 de noviembre de 1948, 18 de junio de 1955, 28 de febrero de 1969 y 26 de octubre de 1981)» [cursiva mía; (1994) nota 149 de p. 232].

b) En la citada, en el cuerpo del texto, nota 229, expongo, en síntesis, los hechos de la *STS 06.11.1948* y reproduzco su cdo 6.º, siendo ahora de interés además su cdo 1.º, que dice: «[...] que en enjuiciamiento del acto o contrato tildado de doloso es de singular interés en casación diferenciar los hechos que motivaron la declaración de voluntad y la calificación jurídica que les corresponda como constitutivos o no de un consentimiento viciado que pueda invalidar el negocio así formado, pues mientras en el primer aspecto se ofrece a examen una «*quaestio facti*» que habrá de ser llevada por el cauce del número 7.º del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, en el segundo aspecto surge una «*quaestio juris*» que habrá de seguir la vía del número 1.º del mismo artículo, *para poder apreciar si los hechos procesales son determinantes de dolo grave o de dolo incidental, según el grado de intensidad con que resulte afectado el consentimiento, a tenor de los artículos 1265, 1269 y 1270 del Código Civil;*» (cursiva mía).

tal y en el causal (causante), si bien en su reconvencción no suplica la nulidad del contrato, sino que se parte de su subsistencia y señala que el dolo *malus* sería grave (motivo 1.º; al respecto el siguiente párrafo en que transcribo parte del cdo 4.º). El Tribunal Supremo, que se refiere a la distinción dolo causal e incidental y que apunta que el dolo ha probarse, *algo no hecho por José*, no casa⁴⁹⁰.

Según el Tribunal Supremo:

«Que en la enunciación del motivo primero, [...], se alega [por el comprador José] haber incurrido la Sala de instancia *en errónea interpretación del segundo párrafo del art. 1270 del C. Civ., que se refiere al dolo incidental*, mencionando en su apoyo el recurrente [el comprador José] la sentencia de esta Sala del 31 octubre 1924 [que extracto *supra*, [43] [A]], siendo el contrato de que se trata, el celebrado en 8 octubre 1962: *pero, según la tesis del recurrente [del comprador José], éste, merced a las maquinaciones de la accionante [Pamor, S.A.], compró el piso cuestionado en la «razonable creencia» de que gozaba de la bonificación tributaria dimanante de las leyes de 19 noviembre 1948 [...] y 27 noviembre 1953 [...], aunque seguidamente se exprese que el contrato «se facilitó, además, con otro estímulo de igual modo doloso», con lo que el impugnante [el comprador José] se ampara no sólo en un dolo incidental sino también en un dolo causante, aunque en la súplica de su reconvencción no se solicita la nulidad del contrato, sino que se parte de su subsistencia, refiriéndose tanto a un «dolus bonus», como a un hipotético «dolus malus» que, a tenor de su propia argumentación, tendría carácter de grave» (cursiva mía; cdo 4.º).*

«Que el acto doloso siempre se caracteriza por ser producto de astucia, maquinación o artificio empleados para engañar al otro contratante (sentencia de 25 de octubre de 1928 [*supra*, nota 292]), siendo continua la jurisprudencia que, interpretando los arts. 1265, 1266, 1269 y 1270 del C. Civ., mantiene que las alegaciones del error y el dolo en el consentimiento, requieren, para que pueda prosperar, «la demostración cumplida» de la existencia de dichos vicios, prueba que es, en general, de la apreciación exclusiva de la Sala sentenciadora de instancia –sentencia de 26 de diciembre de 1944 [...]–, *y aunque el dolo, puede ser causante (dolus causam dans) o incidental (dolus incidens) ese vicio no se presume nunca, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala*, principio que alcanza incluso al dolo en la ejecución, previsto en el art. 1101 del citado Código, aun cuando éste sea de distinta naturaleza que aquel al que se refiere el 1269 del mismo Cuerpo legal, correspondiendo siempre su prueba al que alega (sentencia de 15 de marzo de 1934), si bien, de acuerdo con la doctrina sustentada, entre otras, en las sentencias de 6 noviembre 1948 [*supra*, nota 229] y 8 febrero 1955 [*infra*, [88] [A]], *en el enjuiciamiento del acto o contrato tildado de doloso es de singular interés en casación diferenciar los hechos que motivaron la declaración de voluntades y la calificación jurídica que les corresponda*, o sea la «*quaestio facti*» de la «*quaestio juris*», la cual habrá de seguir la vía del núm. 1.º del antes citado art. 1692, *a fin de poder apreciar si los hechos procesales son determinan-*

⁴⁹⁰ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

tes de dolo grave o de dolo incidental con que resulte afectado el consentimiento» (cursiva mía; cdo 5.º).

«Que para sostener este motivo primero, y también el segundo, la parte recurrente [el comprador José] prescinde de examinar los términos y las numerosas estipulaciones contenidas en el contrato básico de 8 octubre 1962, en ninguna de las cuales se hace referencia concreta alguna a bonificaciones tributarias, e, involucrando, en cierto modo, el dolo causante con el incidental, se limita a rebatir la apreciación de ciertas pruebas hecha en la resolución recurrida por el Tribunal «a quo», el que estima que todos los hechos que analiza «no parecen fruto de una actividad preconcebida y dirigida maliciosamente a engañar al demandado»; y, además, la misma parte recurrente [el comprador José] enfrenta aquella apreciación de la Sala de instancia con la realizada por el Juez inferior, pretendiendo que ésta prevalezca sobre aquélla, lo cual resulta improcedente –sentencia de 25 septiembre 1940 [...]–, así como también lo es que el impugnante sustituya su personal criterio al de la Sala, máxime habida cuenta de la desestimación de los motivos tercero y cuarto, resultando igualmente inadmisibles que por la vía del núm. 1.º del repetido art. 1692 se combatan unos hechos y se aleguen otros que no constan admitidos por el Tribunal «a quo», siendo algunos de ellos, tales como los anuncios «Haga Vd. mismo su piso», «termínelo a su gusto» susceptible de contraria significación a la pretendida por la parte recurrente» (cdo 6.º).

[63] *Más allá de lo anterior*, puesto que en la mayoría de los casos de los que el Tribunal Supremo conoce, quien alega dolo suele pedir la anulación del contrato (esto es, su petición responde al dolo causal), es lógico que el Tribunal Supremo se centre en este dolo (en sus requisitos) y no se refiera a la distinción dolo causal e incidental. *Ahora bien*, siendo esto cierto, también lo es que, en algunas de sus sentencias, el Tribunal Supremo manifiesta para el caso de que conoce que se trata del dolo *en su modalidad de dolo «causante»* («*causam dans*») y lo conecta con la exigencia de gravedad, pues la gravedad es requisito del dolo que permite anular el contrato (del dolo causal; art. 1270.I CC; sobre esto, *infra*, [65] ss), lo que no requiere el incidental. Con esta alusión a *la modalidad del dolo causante*, el Tribunal Supremo *evoca implícitamente* la distinción dolo causal e incidental. Así, por ejemplo, en las STS, 1.ª, 05.05.2009 y STS, 1.ª, 11.12.2006, de las que doy cuenta *supra*, [55] [B.1] y [A], respectivamente. Lo mismo, en la STS, 1.ª, 03.03.2021, de la que doy cuenta *infra*, [73] [D] al analizar *qué se entiende por gravedad del dolo*.

[64] Finalmente y *para el dolo incidental*, las STS, 1.ª, 30.06.2000 y STS, 1.ª, 11.07.2007 *solo se ocupan de él*, y de ahí que las exponga en otros apartados de mi trabajo. La primera, *infra*, [133] [A], al analizar el alcance de la indemnización de daños y perjuicios por dolo omisivo. De la segunda, di cuenta *supra*, [55] [A.2] para el dolo omisivo, y vuelvo sobre ella *infra*, [133]

[B] para la posibilidad de que los propios contratantes solucionen el dolo incidental, renegociando el contrato (novación modificativa).

3.11 El dolo grave

A) *La doctrina de los autores*

[65] En virtud del artículo 1270.I CC, para que el dolo *causal* permita anular el contrato debe ser grave. *¿Cómo llega el requisito de la gravedad al artículo 1270.I CC? ¿Qué se está exigiendo?*

[66] Para la *primera pregunta*, los siguientes datos permiten responderla, e iniciar a apuntar la respuesta a la segunda.

Sobre la gravedad del dolo, *los autores del siglo XIX anteriores al Código civil nada indican*⁴⁹¹. *En cuanto a los antecedentes legislativos del Código civil*, ni el *Proyecto de Código civil de 1836* (arts. 976 a 978 que transcribo *supra*, [8] [A]), ni el de *1851* (arts. 992 y 993 que transcribo *supra*, [8] [B]) aluden a la gravedad. *Es en el artículo 1283.I APCC 1882-1888 dónde por vez primera aparece la exigencia de que el dolo haya de ser grave para poder dar lugar a la nulidad del contrato*. El artículo 1283 APCC 1882-1888, que transcribo *supra*, [8] [C], tiene la siguiente breve y esclarecedora anotación de la Comisión General de Codificación: «(Nuevo: [art.] 932 [CCA], menos el § 3.º)»⁴⁹². *O dicho de otro modo, la gravedad llega al artículo 1270.I CC por influencia del Código civil argentino de 1869, en concreto de su artículo 932.1.º*. Por mi parte añado, *con la información de Vélez Sarsfield en su anotación al artículo 932 CCA, en este último artículo argentino influyó el autor francés Chardon*.

Teniendo en cuenta lo expuesto, en la siguiente [A] desarrollo detenidamente y en lo que me interesa, *qué exponía Vélez Sarsfield en su anotación*; en la siguiente [B], *cómo interpreta Chardon los requisitos de que el dolo haya de ser grave y determinante*; y en las siguientes [C] y [D], *cómo se interpreta la gravedad y el carácter determinante del dolo del (ahora derogado) artículo 923 CCA según informa Carranza, y cómo se interpreta la gravedad y el carácter determinante del dolo del vigente artículo 272 CCCA según informa Benavente*.

⁴⁹¹ Así, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1869) pp. 39-40; GÓMEZ DE LA SERNA (1877) p. 172 (transcribo su texto *supra*, [59] [C]); DEL VISO (1884) pp. 33-34, 183; ESCRICHE, «Dolo» y «Dolo malo» (1874) p. 716.

⁴⁹² LASSO GAITE, *supra*, nota 80. *Vid.* ROJO AJURIA (1994) p. 232; DÍAZ ALABART, AC (1987) p. 2640.

[A] *El texto jurídico del (ahora derogado) artículo 932 CCA y la anotación de Vélez Sarsfield*

Aunque *supra*, [9] [A] transcribo el artículo 932 CCA, en esta ocasión, de nuevo considero oportuno reproducir su tenor:

«Para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes:

- 1.º *Que haya sido grave* [esta cursiva, mía];
- 2.º Que haya sido la causa determinante de la acción;
- 3.º Que haya ocasionado un daño importante;
- 4.º Que no haya habido dolo por ambas partes».

La anotación de Vélez Sarsfield al artículo 932 CCA es:

«932 [CCA]. – Chardon [mayúsculas, en el original], tomo I, desde la pág. 11, explica extensamente y con ejemplos, las cuatro circunstancias del artículo. [Chardon, además] [a]grega otra, que el dolo haya sido cometido por *una de las partes*, es decir, que cuando es cometido por un tercero, no es un medio de nulidad del acto. De esto trataré en uno de los artículos siguientes» (cursiva del original)⁴⁹³.

[B] *La gravedad y el carácter determinante del dolo según Chardon*

[B.1] Chardon manifiesta que, actualmente (*en 1828*), para que el dolo pueda ser un medio para la nulidad de la convención es necesario reunir cinco circunstancias: 1.º que haya sido grave; 2.º que haya sido la causa determinante del trato; 3.º que haya sido cometido por uno de los contratantes; 4.º que haya ocasionado un daño importante; 5.º que no haya habido dolo más que por parte de uno de los contratantes⁴⁹⁴.

[B.2] *Refiriéndose al primer requisito del dolo, el de su gravedad*, Chardon expone *que los hechos que constituyan el dolo deben ser lo bastante graves como para que un hombre sabio y prudente pueda haber sido su víctima*⁴⁹⁵.

Al respecto, explica que si, *por un lado*, hay una conducta reprobada por el honor y *por el otro*, *ha habido una confianza ciega, que fácilmente puede ser iluminada, los tribunales rehusarán prestar atención a quien no puede acusar de desleal a la otra parte con la que contrata, sin acusarse a sí mismo de ligereza y de imprevisión*⁴⁹⁶. Así, el adquirente de una casa se queja de que el que se la vendió le dio fe de que la misma era perfecta y sólida en todas sus partes; le enseña durante bastante tiempo aquellas partes de la casa que no son defectuosas y le hace recorrer rápidamente aquellas otras partes de la casa en las que, después, el adquirente descubre vicios que amenazan con derrumbar la casa en tiempo cer-

⁴⁹³ VÉLEZ SANSFIELD «Anotación del artículo 932» (1952) p. 222.

⁴⁹⁴ CHARDON (1828) p. 10.

⁴⁹⁵ CHARDON (1828) p. 11.

⁴⁹⁶ CHARDON (1828) p. 11.

cano⁴⁹⁷. *En esos modos censurables del vendedor, se verían reunidos todos los artificios del dolo, elogios mentirosos del edificio, disimulación de los efectos, maniobras para impedir que el adquirente se dé cuenta de su verdadero estado; sin embargo, la imprudencia extrema del adquirente que, si hubiera examinado mejor la casa o la hubiera hecho examinar por expertos, hubiera tenido medios bastantes y fáciles para escapar a dicha superchería, determinarían probablemente que los magistrados no perciban en esos hechos la necesaria gravedad para que constituyan dolo, el vendedor no ha usado más que medios en relación con los cuales no los garantiza la prudencia ordinaria*⁴⁹⁸.

*En cambio, si el propietario de una casa en peligro, hace que se hagan reparaciones superficiales que, sin remediar el mal, evitan que ello se perciba y en ese estado la vende por un precio igual al valor que tendría si la casa fuese sólida, y sobre todo, si se determina que las reparaciones no tenían por fin la consolidación de la casa, sino la de engañar a quienes la examinasen, entonces las maniobras se conciben de modo que crean una ilusión al hombre sabio y prudente y tendrían la gravedad que constituye el dolo y la venta debería ser anulable*⁴⁹⁹.

Tras lo anterior, Chardon expone *diversos ejemplos de demandas rechazadas*.

En la sentencia de la *Cour de Paris* del 9 *thermidor* del año XII, *se rechaza el dolo por la imprudencia de quien se queja de él*⁵⁰⁰ y sus hechos fueron como sigue. La dama Preverand tenía un poder general para actos de administración de su marido para los bienes comunes y el 30 *praerial* del año X pide prestado al señor Gueblard la cantidad de 248.000 francos, obligándose en virtud del poder

⁴⁹⁷ CHARDON (1828) p. 11.

⁴⁹⁸ CHARDON (1828) pp. 11-12.

⁴⁹⁹ a) CHARDON (1828) p. 12; apunta que Domat y Pothier, quienes pueden ser considerados como los principales autores del *Code civil*, han enseñado dichas doctrinas.

b) El supuesto al que CHARDON alude en 1828 también ha sucedido entre nosotros. Es el caso de la STS, 1.ª, 18.07.1988 (Pte. Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López), en el que los compradores [Jesús Ángel y Virginia] «no pudieron percibirse de los graves daños que aquel [el chalé que compraron] presentaba porque los futuros vendedores [Carlos Miguel y Frida], con el propósito de que ello pudiera pasar desapercibido a los posibles compradores, habían ordenado la ejecución de obras de albañilería y pintura que encubrían las grietas y fisuras que la edificación presentaba, que tenían su origen en la especial naturaleza del suelo en el que la edificación se había construido, que daba lugar a grandes dispendios para mantener el chalé en condiciones de normalidad» (FD 1.º). Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

Frente a la pretensión de los vendedores (Carlos Miguel y Frida) de que no hubo dolo, estimado este en segunda instancia, el Tribunal Supremo no lo admite y señala «las siguientes razones: Primera. [...] [en estos puntos suspensivos, el Tribunal Supremo reitera, con erratas, lo que indica en el cdo 3.º de su STS, 1.ª, 03.02.1981, que reproduzco *supra*, [32] [A]]. Segunda. Que el supuesta que nos ocupa, y si partimos del hecho que la resolución reputa probado y que no ha sido eficazmente combatido, de que *los demandados* [Carlos Miguel y Frida] *ordenaron la ejecución de obras de albañilería y pintura en su chalé, con el fin de que los futuros compradores* [Jesús Ángel y Virginia] *no pudieran apercebirse de las grietas y fisuras que éste presentaba, así como de la conclusión igualmente firme, de que los actores* [Jesús Ángel y Virginia] *no hubieran concertado el contrato si hubieran conocido tales defectos constructivos, es obvio que nos encontramos con un dolo civil motivador de la nulidad del contrato acordado, por la resolución de la Audiencia, por todo lo cual deben perecer estos últimos motivos, al no aparecer infringidas las normas que como tal se citan por los recurrentes* [vendedores, Carlos Miguel y Frida]» (cursiva mía; FD 7.º).

⁵⁰⁰ CHARDON (1828) p. 13.

general y especial de su marido⁵⁰¹. Cuando venció el préstamo, se precisó de la persecución de los bienes y Preverand y su mujer se opusieron, demandando la nulidad de la obligación y fundándolo en que el poder del marido autorizaba a su mujer a administrar y no a tomar dinero en préstamo⁵⁰². El señor Gueblard, vencido por el texto del poder, pretendió encontrar en la conducta de la dama Preverand, un dolo, un estelionato, un delito, etc., pero todos sus esfuerzos fueron inútiles, y el 28 *pluviôse* del año XII, el Tribunal *de la Seine* declara que la obligación es nula «atendiendo a los términos del artículo 223 de la *coutume de Paris*, según la cual la mujer que está bajo el poder del marido no puede obligarse sin su autorización, que la dama Preverand no fue autorizada a tomar el préstamo del que se conocía; que Gueblard debía haber tomado conocimiento del poder; que en todo caso, él no podía prevalerse de la ignorancia ni frente al marido, ni frente a la mujer»⁵⁰³. La *cour d'appel* confirma la sentencia⁵⁰⁴.

Añade Chardon que los mismos principios se reconocen en las *sentencias de 28.05.1808 y 02.08.1811*, ambas de la *cour de cassation*, siendo destacable sobre todo la segunda⁵⁰⁵. En concreto, una mujer entrega a dos joyeros un aderezo de diamantes para que los venda a un precio que ella fija⁵⁰⁶. Días después, unas personas, probablemente enviadas por ella, ofrecen por el aderezo un precio mucho más elevado y los joyeros lo venden y reciben las arras⁵⁰⁷. Los joyeros deciden pagar, a quien les había entregado el aderezo de diamantes, el precio que les habían pedido e inútilmente esperaron que retornasen los aficionados y, convencidos de que habían sido víctimas, se quejan contra la mujer por estafa, quien se opone alegando que los joyeros no habían podido ser engañados con el objeto que les había dejado y que ellos habían tenido la oportunidad de examinarlos, haciéndose ayudar por alguien más hábil⁵⁰⁸. La mujer fue condenada en primera instancia y en apelación, pero la sentencia fue casada el *02.08.1811* y la razón principal para ello fue «que los demandantes, de profesión joyeros, tenían que haber conocido el valor comercial de las joyas y del aderezo cuya compra se proponía, que si ellos habían proyectado sobre los objetos un precio demasiado alto, se debía a una ignorancia o a un descuido el cual *la ley no debe proteger, ni garantizar*, que los hechos declarados no caracterizaban ningún fraude que haya podido inducirles a un error necesario sobre el precio... que las maniobras practicadas no eran de naturaleza para engañar la previsión ordinaria del común de los hombres y menos todavía la prudencia y reflexión que deben dirigir los negociantes en las operaciones de su comercio» (cursiva del original)⁵⁰⁹.

⁵⁰¹ CHARDON (1828) p. 13.

⁵⁰² CHARDON (1828) p. 13.

⁵⁰³ CHARDON (1828) p. 13.

⁵⁰⁴ CHARDON (1828) pp. 13-14.

⁵⁰⁵ CHARDON (1828) p. 14.

⁵⁰⁶ CHARDON (1828) p. 14.

⁵⁰⁷ CHARDON (1828) p. 14.

⁵⁰⁸ CHARDON (1828) p. 14.

⁵⁰⁹ CHARDON (1828) pp. 14-15; continúa indicando que el redactor del *Journal du Palais*, informando sobre esta sentencia, reduce el dolo en la materia civil con esta reflexión: «En tanto que yo no haya empleado más que una habilidad que os deja a vosotros la facultad de protegeros con la ayuda de la pru-

Ahora bien, explicado lo anterior, Chardon se preocupa de destacar *que no hay que confundir la ciega credulidad que conlleva el rechazo de la demanda, con la confianza razonable que se deben los hombres, sobre todo en las relaciones comerciales, y cuyo abuso constituye dolo grave*, y una sentencia de la *cour de Bordeaux* suministra el ejemplo⁵¹⁰. El 21 *ventôse* del año VI, los propietarios de un barco lo aseguran, declarando que no había descendido el río más que desde hacía cuatro o cinco días⁵¹¹. El asegurador se enteró luego que el barco había descendido por el río desde el 10 y había sido capturado el 11 y pide la nulidad de la póliza de seguro, argumentado que él no habría asegurado el barco si no hubiera sido por el dolo de sus propietarios que le habían impuesto la fecha de su partida⁵¹². Los propietarios del barco sostuvieron que actuaron de buena fe y sobre todo, que ignoraban la captura del barco⁵¹³. Los árbitros que conocieron de los hechos fueron de la opinión de la nulidad del trato, opinión que homologó el *tribunal de commerce* y esta solución fue confirmada por la sentencia de 4 *fructidor* del año VIII⁵¹⁴.

*Concluye Chardon con la afirmación de que solo el dolo grave es, pues, el único en el que se puede fundar una acción de nulidad*⁵¹⁵. Los otros medios empleados para confundir a un contratante son actos no honrados que la religión condena, pero, desgraciadamente, existen una infinidad de casos en los que las leyes son impotentes, en relación con los cuales el legislador ha debido parar a fin de no abrir la puerta a los abusos más deplorables, ocupándose de aquellos que trata de reprimir⁵¹⁶. Una de las bases principales del orden social es el mantenimiento de las convenciones; quienes contratan deben de sentir toda la importancia de una promesa, verbal o escrita; no hay diferencia para el hombre honrado⁵¹⁷. Antes de contratar, se deben tomar todas las precauciones que exige el interés del contratante y si no las toma, la ley, así lo dice la *cour de cassation*, no debe ni proteger, ni garantizar, y distinto es el aprovecharse de la mala fe para facilitar la rescisión de las convenciones, para rehusar la ejecución más legítima⁵¹⁸. Y el caminar entre estos dos escollos es casi siempre la situación del legislador y del magistrado⁵¹⁹.

[B.3] Para Chardon, *la gravedad del dolo es requisito (circunstancia) diferente de que el dolo haya determinado el consentimiento del otro contratante* (*supra*, [B.1], para el conjunto de circunstancias que, según Chardon, ha de reunir el dolo).

dencia ordinaria, se os debe imputar a vosotros vuestra descuido o impericia; no hay ni nulidad, ni menos aún estafa» (p. 15).

⁵¹⁰ CHARDON (1828) p. 15.

⁵¹¹ CHARDON (1828) pp. 15-16.

⁵¹² CHARDON (1828) p. 16.

⁵¹³ CHARDON (1828) p. 16.

⁵¹⁴ CHARDON (1828) p. 16.

⁵¹⁵ CHARDON (1828) p. 16.

⁵¹⁶ CHARDON (1828) p. 16.

⁵¹⁷ CHARDON (1828) p. 16.

⁵¹⁸ CHARDON (1828) pp. 16-17.

⁵¹⁹ CHARDON (1828) p. 17.

¿Qué encierra la exigencia de que el dolo haya sido la causa determinante del trato?

Chardon explica que, para que el dolo permita *anular* el trato, no basta con que haya sido bastante grave como para desconcertar la prudencia del común de los hombres, *ya que es necesario que sea evidente que el dolo haya determinado el trato y que, sin dicho medio odioso, el mismo no se habría celebrado* (art. 1116 CCF, «*qu'il est évident que, sans manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté*») ⁵²⁰. El autor recuerda que en el ejemplo que había puesto, señaló la reunión de dos circunstancias, *la de la disimulación fraudulenta de los defectos de la casa y la de que su venta fue por un precio que respondía al valor de la casa, si esta no hubiera tenido los defectos* ⁵²¹. Por el contrario, *si la casa se hubiera vendido por el precio que aproximadamente se correspondía con su deplorable estado, pese a las censurables precauciones del vendedor para ocultar los defectos, se podría dudar de que el comprador, si las hubiera conocido, no hubiera comprado, dado que no sería evidente atribuir su consentimiento a las maniobras del vendedor; evidencia que la ley exige* ⁵²². La ley ordena el castigo del dolo, pero también quiere que el mantenimiento de los tratos no ceda más que a causas graves ⁵²³. *Cuando falta esa evidencia y las otras circunstancias que revelan el dolo existen, el contrato se mantiene, pero la mala fe no queda impune* ⁵²⁴. *Lo anterior tiene lugar, sobre todo, cuando el dolo no tiene por objeto más que uno de los accesorios de la cosa principal de la convención, dolo que los autores llaman accidental; como si el curso de agua que atraviesa la propiedad adquirida por Titus, en el momento en el que la visitó y curso de agua sobre el que se le ha dado a entender que existe durante todo el año, es en el verano un torrente seco; en este caso, no se reclamarían más que los daños y perjuicios* ⁵²⁵.

[C] *La gravedad y el carácter determinante del dolo del (derogado) artículo 932 CCA según Carranza*

[C.1] Sobre la exigencia de que el dolo «*haya sido grave*» (art. 932.1.º CCA), Carranza explica:

«*[q]ue haya sido grave*. Esta inicial exigencia apunta a señalar la necesidad de que la maniobra o la maquinación dolosa sea *idónea* para captar la voluntad ajena e inducir a error. Es decir, que posea una *aptitud* o *entidad* tal que sea suficiente para crear una falsa representación de las cosas. El artificio empleado debe ser capaz de engañar.

Este requisito debe ser juzgado en cada caso concreto y particular, sin que sea permitido, al respecto, elaborar fórmulas generales y abstractas. Todo dependerá de los hechos, personas, tiempo y lugar en que se produzca la acción u omisión dolosa. Pero sobre algo hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia

⁵²⁰ CHARDON (1828) p. 17.

⁵²¹ CHARDON (1828) pp. 17-18.

⁵²² CHARDON (1828) p. 18.

⁵²³ CHARDON (1828) p. 18.

⁵²⁴ CHARDON (1828) p. 18.

⁵²⁵ CHARDON (1828) p. 18.

cia: la *gravedad* del dolo debe ser apreciada en concreta relación con la condición personal y subjetiva de la víctima, ya que no es igual elegir como destinatario de un aparato comercial doloso a un analfabeto o a un inexperto, que a una persona culta y de experiencia. También la edad, el sexo y el estado de salud pueden ser elementos de la mayor importancia para juzgar la gravedad del dolo.

Según puede verse de lo hasta aquí explicado, tanto la doctrina como la jurisprudencia tienden a considerar el vicio de dolo desde un punto de vista eminentemente subjetivo, computando las circunstancias personales de la víctima para juzgar acerca de la captación de su voluntad a través de la maniobra engañosa, con lo que se hace excepción al principio contenido en el art. 909 del Código Civil [argentino], donde se establece que «para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada ...», criterio objetivo e impersonal que es dejado de lado en la materia en análisis por imperativo de una aspiración de justicia concreta y realista» (cursiva del original)⁵²⁶.

[C.2] En cuanto a que el dolo «*haya sido la causa determinante de la acción*» (art. 932.2.º CCA), Carranza explica ahora:

«Que haya sido la *causa determinante del acto*. Para que se produzca el efecto principal del dolo, es decir, la anulabilidad del acto, se hace necesario que el artificio, maniobra o maquinación dolosa (por acción u omisión), hayan sido la causa determinante de la declaración de voluntad: «*dolus causam dans*». Es decir, en menos palabras, que debe tratarse de un *dolo principal*, sin el cual el acto no se hubiera realizado. Este carácter, consecuentemente, permite distinguir el referido dolo *principal* (que es causa del negocio) del dolo *incidental*, «que no es causa eficiente del negocio», en los términos del artículo 934 [CCA, que transcribo *supra*, [9] [A)].

Pensemos que, también en esta área, será fundamental el arbitrio del juzgador para establecer la vinculación causal entre la maniobra dolosa y la captación de voluntad de la víctima. Al respecto sólo cabe apuntar que, de acuerdo al criterio receptado en nuestra ley civil desde la reforma de 1968 (v. art. 908 del C. c.), debe mediar un nexo de causalidad *adecuada* entre el engaño doloso y la declaración.

También deberá computarse acerca de este recaudo que los arbitrios dolosos deberán ser empleados antes de la convención o contemporáneamente con ella, para que puedan considerarse causa principal del acto, corriendo por cuenta de la víctima la prueba de esa decisiva circunstancia.

La jurisprudencia vernácula tiene hecha reiterada aplicación de estos principios. Así, la Cámara Civil de la Capital, Sala D, tiene sentenciado que «... el

⁵²⁶ a) CARRANZA, *ADC* (1973) pp. 593-594.

b) Sobre la gravedad del dolo del artículo 932 CCA, DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ se limitan a indicar: «grave; es decir, de una entidad tal que sea idóneo para engañar a un contratante de mediana prudencia» [(2012) p. 62, y en nota 122 de p. 62 citan a Mosset Iturraspe].

c) *Vid.* ROJO AJURIA (1994) nota 154 de p. 233, en donde expone, en relación con el Código civil argentino de 1869, las opiniones de Borda, Boffi Boggero, y Carranza, en lo que le interesa.

dolo debe ser también *la causa determinante* del acto, es decir, que sin él, el acto no se habría realizado» (J. A., T. 4-1969 [...]); en tanto que la Cámara Civil 1.^a de Mar del Plata ha declarado que «el dolo no vicia por sí solo el consentimiento de la otra parte, sino en la medida en que *determina* el error de ésta» (J. A. -1964-IV [...]).

Es por ello que se ha podido concluir judicialmente que «existe dolo cuando se exageran las utilidades del fondo de comercio vendido», porque ello ha determinado la voluntad del comprador (Cám. Com. Cap., Sala B, en J. A. 1959-I [...]); y que si bien «es normal que el vendedor exagerase las virtudes del producto que pretende vender y esta actitud no conforma dolo, no es menos cierto que lo habrá si la exageración alcanza tal grado *que sea la causa determinante* de la adquisición» (Cám. Civil La Plata, Sala III, en J. A. 1966-V [...]). También se ha considerado determinante el dolo operado «mediante la publicación de balances falsos de una sociedad anónima, con cuyo ardid se obtuvo la suscripción por terceros de una emisión de acciones» (en J. A. 22 [...]) (cursiva del original)⁵²⁷.

[D] *La gravedad y el carácter determinante del dolo esencial del vigente artículo 272 CCCA según Benavente*

[D.1] Esta autora afirma que el artículo 272 CCCA «*no ha innovado y ha mantenido la solución del Código de Vélez* [la del art. 932 CCA, que transcribo *supra*, [9] [A]], *aunque expuesta de manera más sencilla*» (cursiva mía)⁵²⁸, y ciertamente así ha sido. Aunque *supra*, [9] [B] transcribo el artículo 272 CCCA, es oportuno que ahora recuerde su tenor: «El dolo es esencial y causa la nulidad del acto si es grave, es determinante de la voluntad, causa un daño importante y no ha habido dolo por ambas partes». Según Benavente, «[t]anto antes como ahora, *no cualquier ardid o maniobra engañosa resultan idóneas para provocar la nulidad del negocio a causa del dolo*»; «*es preciso que este [el dolo] sea esencial por oposición a [el dolo] incidental*» (cursiva mía)⁵²⁹. El dolo esencial «[e]s el que vicia el consentimiento porque fue la causa determinante del acto al inducir a la víctima a que lo consienta en condiciones desventajosas para ella»⁵³⁰ y ha de reunir los requisitos de ser grave, determinante de la voluntad, causar un daño importante y no haber sido empleado por ambas partes (art. 272 CCCA).

⁵²⁷ a) CARRANZA, *ADC* (1973) pp. 594-595.

b) Sobre que el dolo sea la causa determinante de la acción del artículo 932 CCA, DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ se limitan a indicar: «determinante, esencial o principal; es decir, que de no mediar el engaño, maquinación o argucia, el contrato no se hubiera llevado a cabo. Si el contrato, aun a falta de tal engaño, igual se hubiese llevado a cabo, pero –tal vez– sujeto a otras condiciones, el dolo se denomina incidental. Sólo el determinante tiene virtualidad invalidante; el incidental no compromete la validez del acto, pero otorga a la víctima una acción resarcitoria del perjuicio ocasionado (conf. art. 934 del *Código civil* [que transcribo *supra*, [9] [A]])» [cursiva del original; (2012) p. 62].

⁵²⁸ BENAVENTE, «Artículo 272» (2016) p. 447.

⁵²⁹ BENAVENTE, «Artículo 272» (2016) p. 447.

⁵³⁰ BENAVENTE, «Artículo 272» (2016) p. 447.

[D.2] Para la gravedad del dolo esencial, Benavente apunta que «[n]o cualquier acción dolosa es suficiente para decretar la nulidad de un acto», ya que «[e]l ardid, astucia o maquinación deben ser idóneos para provocar engaño, porque este constituye la esencia del dolo»⁵³¹; «[n]o hay dolo cuando el artificio o engaño es menor, una simple picardía, exageración o avivada que cualquier podría advertir sin ningún esfuerzo extra», residiendo «[e]l límite de tolerancia [...] en la buena fe y en la entidad del engaño para inducir al otro»⁵³².

Por otro lado, «[l]a gravedad del dolo, esto es, la idoneidad del engaño, debe» apreciarse «según las características y condiciones de la víctima» y así, «[u]n ardid que no podría llevar a engaño a una persona sagaz y culta tal vez sea suficiente para inducir a un analfabeto o a una persona de pocas luces a celebrar el negocio»⁵³³.

Finalmente aclara Benavente, que «[l]as mismas consideraciones son de aplicación a la omisión dolosa cuando se trata de apreciar su gravedad»⁵³⁴.

[D.3] En relación con la exigencia de que el dolo esencial haya de ser la causa determinante del acto, Benavente apunta que «[e]l engaño debe estar encaminado a lograr que otro realice un determinado acto jurídico» y «[e]l dolo es causa determinante del acto cuando la maniobra elaborada por el autor afecta el proceso deliberativo interno de la otra persona y vicia la intención; [que] de no haber sido por esa conducta que le presentó a la víctima un estado de las cosas falso o irreal, el acto no se hubiera llevado a cabo»⁵³⁵. Por consiguiente, «[s]i no obstante el engaño, la víctima hubiere igualmente celebrado el negocio jurídico, no podrá reclamarse la nulidad porque el dolo habría sido incidental o irrelevante»⁵³⁶.

[67] *Inicio ahora el análisis de la cuestión que supra, [65] planteé en segundo lugar. ¿Cómo se entiende la gravedad del dolo del artículo 1270.I CC? ¿Qué se está exigiendo? De nuevo no hay unanimidad entre los autores, como se comprobara en lo que sigue.*

[68] *Poco tiempo después de publicarse el Código civil, Manresa y Navarro señala que la gravedad se refiere a la importancia del dolo, por lo que, para que lo haya, no es suficiente el engaño burdo y fácilmente comprobable. Además, la exigencia de gravedad excluye considerar como dolo a las pequeñas y usuales alteraciones de la verdad (con esto, parece apuntar al *dolus bonus*). Por último, Manresa y Navarro entiende que el dolo grave es exigencia diferente de la del carácter determinante del dolo. En cuanto a Scaevola, este*

⁵³¹ BENAVENTE, «Artículo 272» (2016) p. 447.

⁵³² BENAVENTE, «Artículo 272» (2016) p. 447.

⁵³³ BENAVENTE, «Artículo 272» (2016) p. 447.

⁵³⁴ BENAVENTE, «Artículo 272» (2016) p. 447.

⁵³⁵ BENAVENTE, «Artículo 272» (2016) pp. 447-448.

⁵³⁶ BENAVENTE, «Artículo 272» (2016) p. 448.

también diferencia el carácter determinante del dolo de su gravedad y entiende que la gravedad supone un dolo importante, uno de entidad.

[A] Según Manresa y Navarro:

«La gravedad del dolo, á que se refiere el artículo 1270, necesaria para producir la nulidad del contrato, se refiere, no à su influencia, y sí á su importancia, significando el precepto legal que no basta invocar un engaño burdo, fácilmente comprobable, y viene á excluir de los efectos del dolo las pequeñas y usuales alteraciones de la verdad, casi inseparables, por desgracia, de las transacciones, señaladamente de las que tienen lugar en ferias y mercados»⁵³⁷.

[B] Y según Scaevola:

«Mas no basta la mera naturaleza de *causante* en el dolo para producir la nulidad del contrato; á tal calidad es menester agregar, conforme al párrafo primero del artículo 1270, estas dos cualidades: grave y unilateral.

Que sea grave, esto es, de importancia, de entidad, calificado, «porque la acción de dolo no debe darse sino por grande y evidente daño». *Nam nisi ex magna et evidente calliditate, non debet de dolo actio dari (Dig., lib. IV, título III, ley 9.ª, § 10)*» (cursiva del original)⁵³⁸.

[69] *Trasladándome a época más cercana*, en la presente cuestión es de interés el artículo de revista de Díaz Alabart, «La gravedad del dolo» de 1987, en donde la autora expone las *distintas* interpretaciones defendidas por los autores hasta dicho año. Así, *según unos*, dolo grave es el dolo determinante o el causante⁵³⁹. *Según otros*, «dolo grave significaría dolo malo» (y por mi par-

⁵³⁷ MANRESA Y NAVARRO, «Artículos 1269 y 1270» (1901) p. 624.

⁵³⁸ SCAEVOLA (1904) p. 643.

⁵³⁹ a) DÍAZ ALABART, AC (1987) pp. 2641-2642 y nota 9 de p. 2642; incluye aquí a Díez-Picazo, Albaladejo, Luna Serrano, Puig Brutau, Pérez/Alguer, Puig Peña, Valverde, y Quiñonero (Cervantes).

b) *Con posterioridad* al trabajo de Díaz Alabart, y *por mi parte*, defienden esta tesis:

b.1) LLOBET I AGUADO: «Que el dolo sea determinante de la declaración de voluntad es un requisito que viene exigido por los artículos 1269, 1265 y 1270 del Código civil./ El art. 1269 exige que la parte afectada por el dolo *haya sido inducida* a celebrar un contrato que sin las palabras o maquinaciones insidiosas no hubiera hecho. A su vez, el art. 1265 establece que será nulo el consentimiento *prestado por* (relación de causalidad) dolo. Igual sentido debe atribuirse al calificativo «grave» usado en el art. 1270 [...]» [cursiva del original; (1996) p. 157]; «[e]sta gravedad debe apreciarse subjetiva y objetivamente» (p. 158, *vid.* hasta p. 160).

b.2) DE VERDA Y BEAMONTE: «A efectos de la anulación del contrato, se requiere que la conducta dolosa haya provocado la captación de la voluntad del declarante, esto es, la existencia de un nexo de causalidad entre las maniobras del *deceptor* y la prestación del consentimiento por parte del *deceptus*: que aquéllas sean *conditio sine qua non*, de modo que sin ellas el declarante no habría celebrado el contrato./ Tal exigencia la consagra el art. 1270 [CC], al exigir que el dolo sea grave, es decir, que se trate de un *dolus dans causa contractui*» [RdP (2006) p. 29; *vid.* además *Aranzadi Civil* (1998) p. 211].

b.3) CARRASCO PERERA: «El engaño debe ser grave. De otra forma [no siendo grave], el dolo sólo legitimará para reclamar una indemnización. Se han ofrecido diversas interpretaciones de este requisito. Unas veces se refiere la gravedad a la objetiva entidad de la conducta insidiosa y otras a la materia sobre la que recae el engaño, evitando dar relevancia a un engaño que provocará un mero error en los motivos secundarios de la otra parte. *Pero en realidad todas estas circunstancias son reconducibles al simple hecho*

te recuerdo, al dolo malo se contraponen el *dolus bonus* y este último no permite la anulación de contrato; se evocaría, además, esta distinción entre dolos)⁵⁴⁰. Y para otros terceros, «la gravedad del dolo, se refiere a la importancia o entidad de la maquinación al fin del engaño. Hay dolo grave si la conducta del *deceptor* constituye, diríamos, una insidia de notable significación, capaz de engañar y convencer así para contratar. Hay dolo, [...] *malus*, [y] leve es decir, no grave, si es un engaño de poca monta (aunque no de los usuales en el tráfico, pues entonces sería únicamente constitutivo de *dolus bonus*) insuficiente

de que el dolo ha de ser causalmente relevante, lo que en último extremo reconduce la gravedad a la suficiencia causal para determinar la voluntad ajena o para haberla determinado en la dirección contraria si la información (silenciada) se hubiera conocido por el otro contratante» [cursiva mía; (2021) 8/19 p. 387].

⁵⁴⁰ a) DÍAZ ALABART, AC (1987) p. 2643; incluye a Espín Cánovas y también «de algún modo, [a] Manresa».

Por mi parte añado que, al explicar la gravedad (objetiva) del dolo del artículo 1270.I CC, DE CASTRO Y BRAVO apunta a la exclusión del *dolus bonus* [sobre esto *infra*, [70] a)]. Para MANRESA Y NAVARRO, aludido por Díaz Alabart en el anterior párrafo de esta misma a), *supra*, [68] [A] (y *supra*, [58] [A], MANRESA Y NAVARRO diferencia el dolo causal y el incidental). También puede incluirse en la presente tesis a ROJO AJURIA [en la nota inmediatamente siguiente a esta, b.1)]. Y, según QUIÑONERO CERVANTES, «[e]n estrecha relación con el problema de la gravedad del dolo está la caracterización del «dolus bonus»» [RDP (1979) p. 351].

En cuanto al citado, en el primer párrafo de esta a) de la presente nota, por Díaz Alabart, Espín Cánovas, este explica: «El dolo requiere un doble requisito; a) un engaño, y b) que éste induzca a celebrar el negocio o a aceptar sus condiciones./ a) La determinación de qué engaño sea suficiente para que exista dolo requiere separar toda actuación fraudulenta de una simple presentación favorable del negocio, incluso mediante la exagerada ponderación de las cualidades de la cosa u objeto. La distinción fue ya hecha por los romanos calificando al dolo como vicio del contrato, *dolus malus*, y contraponiéndose al *dolus bonus*. Este sería el modo normal de celebrar los negocios sin incurrir en inmoralidad o deslealtad, mientras que aquél [el *dolus malus*] implicaría un engaño, absolutamente incompatible con la lealtad exigible en el comercio y la contratación./ El Código civil exige expresamente, para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, que sea grave (art. 1270, ap. 1), siendo esta gravedad un reflejo de la distinción tradicional indicada» [cursiva mía; (1979) p. 463].

b) DÍAZ ALABART no está de acuerdo con que el dolo grave del artículo 1270.I CC signifique *dolus malus*, pues el *dolus malus* es el único y ya contemplado en el artículo 1269 CC. Explica y argumenta: «[...] si se medita más la cosa, se ve que es que en el art. 1269 el dolo que se contempla es exclusivamente el malo. Por lo que ese será el único que podrá invalidar. De manera que, eso presupuesto, huelga decir en el art. 1270, 1.º, que es el grave, entendiéndose por éste el *malus*, el que invalida. Hacer esto no tendría sentido sino cuando el art. 1269 contemplase (lo que no hace) todo tipo de dolo, bueno o malo. Entonces se justificaría que el art. 1270, 1.º, dijese que sólo el malo (grave) invalida. Mas, contemplando el repetido art. 1269, *in fine* únicamente el dolo malo, al decir el art. 1270, 1.º que exclusivamente el dolo grave invalida, la sola explicación razonable es la de que dentro del dolo malo lo puede haber leve o grave, y que es exclusivamente éste el que invalida./ Que en el art. 1269 se contempla únicamente el *dolus malus* (así que el llamado *bonus* es una conducta que ni en el concepto ni en la definición de nuestra ley entra dentro de las dolosas) es seguro por varias razones./ [...] Así que la gravedad, de que habla el art. 1270, 1.º, del dolo, no se refiere a su maldad, dolo grave=*dolus malus*, dolo no grave=*dolus bonus* sino que, por un lado, legalmente éste no es dolo, y, por otro lado, el que sí lo es, el *malus*, puede no ser grave o sí, y únicamente en este caso [el dolo malo y grave] invalida el contrato, si es que de verdad determinó a celebrarlo» (cursiva del original; p. 2644).

c) Tampoco MORALES MORENO entiende que la gravedad del dolo del artículo 1270.I CC evoque al *dolus bonus*; al respecto *infra*, [70] b).

en sí para convencer del otorgamiento del contrato que persigue, si bien en el caso concreto lo consiga por la negligencia del *deceptus*»⁵⁴¹.

⁵⁴¹ a) DÍAZ ALABART, AC (1987) p. 2644; incluye a Scaevola, Clemente de Diego, De Cossío y Corral, Castán, Roca Sastre.

b) *Más allá y por mi parte, los siguientes autores consideran que la gravedad del dolo del artículo 1270.I CC se encierra en el propio artículo 1269 CC, en las «palabras o maquinaciones insidiosas».* Así:

b.1) Según ROJO AJURIA, «[...] hemos de admitir que resulta más fiel a la disposición legal [del art. 1270.I CC] la opinión que ve en el requisito de la gravedad la exigencia de una entidad objetiva importante en las maquinaciones insidiosas» [(1994) p. 232]. Tras reproducir el artículo 932 CCA (que transcribo *supra*, [9] [A]), ROJO AJURIA se traslada al Código civil e indica: «El legislador español prescinde del requisito del daño importante [del art. 932.3.º CCA], incorpora a la definición de dolo [del Código civil] el carácter «insidioso» de las maquinaciones y el carácter causante del dolo, y sigue manteniendo como requisitos la gravedad y no reciprocidad [del dolo]. Creemos [Rojo Ajuria] que, aunque el requisito de la gravedad, una vez definido el dolo como maquinaciones insidiosas, pueda considerarse en cierta forma redundante, su inclusión en el artículo 1270 [CC], como la del dolo incidental, responde al carácter restrictivo con que los codificadores decimonónicos vieron el dolo vicio, por el peligro que suponía para la estabilidad de los contratos y la seguridad del tráfico./ Admitida esta interpretación del requisito de la gravedad en el dolo vicio creemos [ROJO AJURIA] que su problemática refunde inevitablemente con la del *dolus bonus*» (cursiva mía; p. 234; *vid.* desde p. 232 hasta p. 235).

b.2) Según MORALES MORENO, «[s]e ha entendido que es grave el dolo «importante» o «capaz de engañar». Mas entendido así este requisito, se plantea una cuestión: ¿Hasta qué punto la gravedad del dolo no resulta contenida en el propio concepto legal del mismo? Cuando el Código civil caracteriza al dolo como «palabras o maquinaciones insidiosas» de un contratante, que inducen al otro a contratar, ¿no está refiriéndose ya a una conducta que reviste la suficiente gravedad como para que no sea preciso exigir, de nuevo, como requisito especial, que el dolo sea grave? Si esto es así, exigir, de nuevo, que el dolo sea grave puede resultar superfluo./ En realidad, la exigencia de gravedad del dolo resulta ya contenida en la noción de dolo que ofrece el Código civil («palabras o maquinaciones insidiosas»). Por eso, el Proyecto de 1851 [su art. 992, que transcribo *supra*, [8] [B]], que lo definía en términos casi idénticos a los del 1269 del Código civil, no necesitó exigir separadamente este requisito» [cursiva mía; (1993a) p. 401; expone similar idea en «Artículo 1270» (1993b) p. 470]. *Infra*, [70] b), explico la manera en que MORALES MORENO interpreta la gravedad del artículo 1270.I CC.

b.3) FUENTESECA considera que «[l]a mención de la gravedad del dolo se recoge en el art. 1270.1.º C.c., sin embargo, a mi juicio [FUENTESECA], quizá cabría pensar que implícitamente ha de entenderse incluido dentro del art. 1269 C.c. cuando alude a las «palabras o maquinaciones insidiosas», cuestión esta última que probablemente llevaría a concluir en torno a la no necesidad de aquella mención de la gravedad del dolo en el art. 1270.1.º C.c.» [(2002) p. 124]; «El art. 1270 C.c. se ocupa de tres cuestiones: Primero, exige que el dolo sea «grave». [...]. Y creo [FUENTESECA] que, en efecto, aquellas cuestiones se recogen, en su totalidad, en diversos artículos./ En primer lugar, la gravedad del dolo y su problemática podría derivarse del contenido del art. 1269 C.c., cuando alude a las «palabras o maquinaciones insidiosas». Además, [...], en el Proyecto de 1851 ni siquiera se emplea esta expresión de gravedad que se introduce como novedad en el Anteproyecto del Código civil de 1882/1888./ [...] / Concluyendo, cada uno de los aspectos que pretende regula el art. 1270 C.c. ya se encuentra previsto y jurídicamente configurado en otros preceptos del Código civil./ Incluso el efecto que impone el art. 1270 C.c. también es superfluo, puesto que ya lo indica un artículo previo que es el art. 1265 C.c.» (pp. 230-231).

c) En otro plano, pero también dentro de la identificación del artículo en que debe situarse determinado requisito, BOSCH CAPDEVILA entiende que atribuir al grave del artículo 1270.I CC el significado de nexo causal entre conducta dolosa y consentimiento contractual dado, ya se encuentra en el propio artículo 1269 CC. Dice: «[l]a STS 22.12.2001 declaró que «[s]e reputa conducta dolosa inicial grave aquellos actos precedentes o concurrentes con la perfección del contrato que responden a un actuar malicioso, deliberado y voluntario de parte que engaña a la otra y la motiva a celebrar la relación [cursiva del original], a la que de conocer la verdad no hubiera accedido». Sin embargo, tal aceptación resulta redundante, porque ya el art. 1269 habla de que el dolo induce a celebrar un contrato [esta cursiva mía]» [«II.-7:205» (2012)

Para Díaz Alabart, esta última (y tercera) tesis es la acertada⁵⁴². Ahora bien, Díaz Alabart hace algunas puntualizaciones. En concreto, destaca que «la impugnabilidad del contrato [por dolo] se produce básicamente por haberlo conseguido con maquinaciones insidiosas», «es decir, [...] es la conducta del *deceptor* [...] la que promueve la sanción que es la invalidez», por lo que «tiene más razón de ser que se aprecie la existencia del vicio, *aún si éste fue eficaz por una inocencia, candidez o impresionabilidad superiores a lo normal del engañado*», «[d]e modo que [...] en el [...] dolo deberá atenderse a las circunstancias del *deceptor*, y así admitir la impugnabilidad [del contrato] cuando [...], a pesar de la maquinación, no se habría conseguido el contrato de un hombre avisado, sin embargo, sí se convenció al del caso, por ser más crédulo, cándido o inexperto» (las cursivas mías)⁵⁴³. Lo anterior no significa –advierte Díaz Alabart– «que si el *deceptor* fue negligente, según sus circunstancias, no pueda rechazarse la apreciación de un dolo que haya sido eficaz por la negligencia del que lo sufrió, a diferencia de que no se rechace la apreciación de un dolo que fue eficaz por la candidez o inexperiencia del engañado. Pues una cosa es no haber resistido un engaño quien no tiene dotes para ello, y otra

pp. 485-486]. Me ocupo de la STS, 1.ª, 22.12.2001 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil) *infra*, [72] [B], y de la opinión de BOSCH CAPDEVILA, *infra*, [70] c).

⁵⁴² DÍAZ ALABART, AC (1987) p. 2645.

DÍAZ ALABART *critica* la tesis (segunda) de que la gravedad del dolo del artículo 1270.I CC significa que *dolus malus* [*supra*, nota 540 b)].

Y también *critica* la tesis (primera) de que la gravedad del dolo del artículo 1270.I CC signifique dolo determinante o causante, por ser «[...] diferente de que la gravedad de la maquinación induzca o no efectivamente al contrato» (p. 2645). Explica: «a lo mejor, aún siendo suficiente objetivamente el engaño, el engañado no cae en la trampa, o, en definitiva, no se decide a celebrarlo por la grave maquinación insidiosa, sino porque cree convenirle por otras razones. Y así, el dolo grave no habrá sido determinante, y el contrato no será impugnado. Y tampoco lo será [impugnado] el celebrado por dolo determinante no grave que a pesar de haber dado causa realmente a la celebración, sin embargo, consiste en una maquinación carente de la suficiente entidad para fundamentar la inducción en las circunstancias del caso, de modo que el contratante, aún habiendo sido llevado al engaño, no debió decidirse por él a contratar, así que el otorgamiento del contrato si bien lo propició el engaño, tuvo su raíz decisiva en la propia negligencia con la que el engañado obró./ En conclusión, que la gravedad del dolo mira a la *potencia de la propia maquinación para engañar engañado y mediante este conseguir que la otra parte contrate*, mientras que ser el dolo *determinante* en el caso, mira a que en él *efectivamente el contrato se haya conseguido por la maquinación*./ Y la impugnabilidad por dolo requiere de las dos cosas, *gravedad y determinación*» (cursiva del original; pp. 2645-2646).

Vid. FUENTESECA (2002) pp. 124-126.

⁵⁴³ DÍAZ ALABART, AC (1987) pp. 2646-2647; continúa: «Opinión, ésta que sigo, que [...] no comparten otros [...] que piensan que al engañado por maquinaciones que no convencerían a un hombre medio, no le cabe impugnar por dolo, por no poder ser entonces las maquinaciones consideradas graves (yo creo [DÍAZ ALABART] que sí lo son [que son graves] en el caso, pues tienen potencia para engañar al contratante ante que se está), y deber soportar el engañado los inconvenientes de su propia simplicidad o falta de cultura [no pudiendo impugnar el contrato] (yo creo [DÍAZ ALABART] que no, que lo contrario [que sí pueda impugnar] es más justo, que lo acoge nuestro Derecho –así en el art. 1267, 3.º C.C. y art. 1.º de la Ley de Usura–, y que otra cosa sería dar licencia para engañar a los más débiles)» (cursiva del original; p. 2647).

*que no haya de sufrir las consecuencias quien no guarda la diligencia que sus dotes le permiten» (esta última cursiva mía)*⁵⁴⁴.

[A] La idea de que, para determinar la gravedad del dolo, han de tenerse en cuenta las condiciones de la persona que lo sufre, que el dolo se aprecia *in concreto*, es compartida por otros autores. *Por ejemplo*, De Cossío y Corral, y Llobet I Aguado⁵⁴⁵.

a) De Cossío y Corral se cuestiona, «¿[p]ero todo engaño cualquiera que sea su importancia y alcance ha de reputarse ilícito?»⁵⁴⁶.

Responde:

«[...] Creemos [De Cossío y Corral] [...] que el C.c. se refiere tanto al dolo positivo como al negativo y que lo único que ocurre es que exige un mínimo de gravedad en las maniobras dolosas, o lo que es lo mismo, que el acto doloso tenga la entidad necesaria para producir el engaño en una persona prudente que haya puesto por su parte la debida diligencia. Claro está que estos conceptos de diligencia y vigilancia *no pueden ser valorados en abstracto, sino teniendo en cuenta la importancia de la operación, la calidad personal de cada uno de los contratantes y su capacidad mental, y la relación que entre ellos puede existir.*

En resumen, que sólo cuando el dolo es causa suficiente del engaño producen los efectos que aquí estamos examinando» (cursiva mía)⁵⁴⁷.

Y precisa:

«Ahora bien, para determinar la gravedad y la trascendencia de tales maniobras y artificios insidiosos, habrá que tener en cuenta no sólo la conceptualización objetiva que a los mismos haya de darse en la normalidad de los casos, sino,

⁵⁴⁴ a) DÍAZ ALABART, AC (1987) p. 2647.

b) Entienden que con la gravedad del dolo se exige que la conducta desarrollada reúna la potencialidad (capacidad) para engañar, y reflexionan sobre ello, PALAZÓN GARRIDO, y M. J. MARÍN LÓPEZ. En concreto:

b.1) Según PALAZÓN GARRIDO, «para una cuarta opinión, el elemento de la gravedad del dolo se refiere a la exigencia de una entidad objetiva importante en la conducta insidiosa. Según esta línea interpretativa, el dolo es grave cuando tenga envergadura suficiente para, a tenor de las circunstancias del caso, producir el engaño. En este sentido, no coincide el requisito de la gravedad con que sea determinante, pues la insidia puede haber sido objetivamente importante para inducir a engaño y, sin embargo, no haber determinado el consentimiento, por no haber caído en la trampa el otro contratante», y, «[c]omparto [PALAZÓN GARRIDO] esta opinión desde el plano puramente teórico. Pero entiendo [PALAZÓN GARRIDO] que en la práctica el dolo grave será determinante, ya que la gravedad se juzgará por la capacidad que haya tenido la insidia para inducir al contratante a la conclusión del contrato; esta es la razón por la que en la jurisprudencia se haya tendido a identificar el requisito» [(2016a) p. 1247].

b.2) Según M. J. MARÍN LÓPEZ, «[l]a interpretación más acertada es, a mi juicio [M. J. MARÍN LÓPEZ] la segunda. El dolo es grave cuando tenga envergadura bastante para, a tenor de las circunstancias, producir el engaño y conseguir la perfección del contrato. Ciertamente es que su inclusión en el art. 1270.I CC puede resultar redundante, pues del art. 1269 CC ya se infiere que la conducta insidiosa ha de ser tal que ha de captar la voluntad de la víctima, existiendo una relación de causalidad entre esa conducta dolosa y la celebración del contrato. [...]» [(2020) 155, p. 711; *vid.* 154, p. 710].

⁵⁴⁵ *Vid. además* para MORALES MORENO, *infra*, nota 602.

⁵⁴⁶ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 326.

⁵⁴⁷ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 328.

sobre todo, la condición de la persona a cuyo engaño van dirigidos. Es preciso tener en cuenta la mentalidad de la víctima, su carácter y circunstancias que hayan podido influir en su voluntad. No se debe plantear el problema de si un espíritu razonable, un hombre medio habría cedido o no a las maniobras dolosas empleadas para determinar su consentimiento, sino que se debe considerar tan sólo la clarividencia habitual de la víctima. El Juez deberá proteger más eficazmente a las personas de voluntad débil y fáciles de convencer que aquellas que por su energía y su experiencia están al abrigo de los peligros de las transacciones. La edad, el sexo, el estado de salud, pueden ser elementos de la mayor importancia para castigar la existencia del dolo.

Subjetivamente, habremos de considerar también el grado de diligencia o descuido que haya podido poner en el negocio la persona víctima del dolo, ya que es exigible un mínimo de actividad y de prudencia, cuya omisión constituye a su vez una falta que compensaría en último término la cometida por el autor del dolo. Este criterio de valoración plantea, sin embargo, una cuestión, y es la siguiente: si partiésemos de la base de que el dolo y el error eran conceptos idénticos, no sería posible mantener esta mayor exigencia de requisitos que venimos ahora señalando, ya que existiendo el error en el ánimo de una de las partes, y siendo este error sustancial, su consentimiento quedaría viciado, ¿cómo explicar entonces que, negando el dolo, se mantuviese sin embargo el error como vicio de la voluntad? Si, por el contrario, como hemos hecho, se admite la distinción de conceptos [entre el error y el dolo] que hemos mantenido, la cuestión se simplifica extraordinariamente: aunque dada la valoración de todas las circunstancias y actos realizados, se negase la existencia de una actuación propiamente dolosa, susceptible de imputación a la otra parte, siempre podría impugnarse el contrato, si a pesar de ello se demostrase la existencia del error. Ello nos conduce a una consecuencia de interés: la que debiera en este punto establecerse, más que una barrera entre el error y el dolo, una línea continua, valorando en cada caso el grado de culpa imputable a cada una de las partes en el error producido. La negligencia de una podría en cierto modo compensar el dolo de la otra, de la misma manera que el dolo de ambas determina la validez del negocio»⁵⁴⁸.

b) Según Llobet I Aguado:

«[...] conviene añadir que, para determinar la gravedad y la trascendencia de tales maniobras y artificios insidiosos, habrá que tener en cuenta no sólo la conceptualización objetiva que a los mismos haya de darse en la normalidad de los casos, sino, sobre todo, la condición de la persona a cuyo engaño van dirigidos.

Es preciso tener en cuenta la mentalidad de la víctima, su carácter y las circunstancias que hayan podido influir en su voluntad. No se debe plantear el problema de si un espíritu razonable, un hombre medio, habría cedido o no a las maniobras dolosas empleadas para determinar su consentimiento, sino que se debe considerar tan sólo el discernimiento habitual de la víctima. El Juez debe proteger más eficazmente a las personas de voluntad débil y fáciles de convencer, que aquellas que por su energía y su experiencia están al abrigo de los peligros de

⁵⁴⁸ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) pp. 330-331.

las transacciones. La edad, el estado de salud, la inexperiencia, la ingenuidad, pueden ser elementos de la mayor importancia para sancionar la existencia del dolo.

Así, pues, debe destacarse el importante papel desempeñado en este punto por el Juez, el cual se verá obligado a realizar una reflexión psicológica, debiendo imaginarse cuál ha sido el razonamiento seguido por la víctima del dolo para prestar su consentimiento. Por tanto, la influencia de las maniobras sobre el consentimiento debe apreciarse *in concreto*, en relación a las circunstancias personales de la víctima. Es decir, si bien es cierto que el engaño debe ser determinante, no lo es menos que debe ser *subjetivamente determinante*. Todo vicio del consentimiento es individual y debe ser apreciado teniendo en cuenta a la persona que contrata.

Ello es así a pesar de que el Cc sólo prevea esta apreciación *in concreto*, respecto de la intimidación, en su art. 1267, párr. 3.º: «Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona».

Ante este precepto, podría optarse, al menos en principio, entre una interpretación *a simili* o *a contrario*. De optarse por esta última debería concluirse que, ya que el Cc sólo atiende a las circunstancias personales para calificar la intimidación y no los demás vicios del consentimiento, es porque aquéllas no deben estimarse en éstos.

No obstante, parece más sensato en este punto acudir a una interpretación analógica. Así como una actuación concreta puede intimidar a una persona y no a otra, lo mismo puede aplicarse al dolo. Es decir, que determinadas maniobras podrán inducir a una persona, pero no a otra, a celebrar un contrato.

Esta interpretación, además, es más acorde con la letra del art. 1269 del Cc, según el cual «hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas *es inducida* una parte...». Por tanto, habrá que ver en cada caso particular si esas palabras o maquinaciones son de suficiente entidad para inducir a una persona en concreto «a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho» (art. 1269 del Cc).

A mayor abundamiento, puede recordarse lo dicho al tratar del concepto de dolo, en el sentido de que éste ocupa un lugar intermedio entre los vicios que afectan a la libertad para contratar (violencia e intimidación) y los que provocan una defectuosa formación de la voluntad (error). Ello permite también sostener la pertinencia de la aplicación al dolo de determinadas reglas de la intimidación y, en concreto, la de su apreciación conforme a las circunstancias subjetivas de la víctima.

Lo expuesto conduce a que la expresión «maniobras dolosas» o «maquinaciones insidiosas», en su aspecto comisivo, debe ser interpretada en un sentido muy amplio»⁵⁴⁹.

[B] *Trasladándome al ámbito penal*, sobre que el engaño ha de ser *bastante* [art. 248.I CP, que transcribo *supra* nota 293.b)], González Cussac explica:

«Pero, la irrelevancia típica de los engaños no afecta sólo a los que no producen el error, sino que se extiende también a aquellos otros que carecen de

⁵⁴⁹ LLOBET I AGUADO (1996) pp. 158-159.

virtualidad genérica para producirlo. La idoneidad del engaño para producir error no se estima, pues, establecida en el hecho de que, en efecto, lo haya producido, sino que se exige un mínimo de idoneidad abstracta, que quedará excluida en los casos de las falacias más burdas o de aquellas exageraciones, inexactitudes o, incluso, mentiras que constituyen una práctica social común. Dicha exigencia de idoneidad abstracta obedece, al tenor literal del art. 248, 1.º, que no se contenta con cualquier engaño, sino que requiere que el utilizado sea *bastante* [esta última palabra, negrita y cursiva en el original] para producir error.

Para determinar su concurrencia, el TS apela a un doble módulo objetivo y subjetivo (ampliamente en STS 21/2008, de 23 de enero [...]). O sea, que la idoneidad abstracta del engaño ha de establecerse a la vista de los usos sociales, pero teniendo en cuenta las circunstancias específicas de la persona a la que se dirige. [sic] (STS 89/2007, de 2 de febrero [...]). En la STS 153/2019, de 21 de marzo [...], se examina la exigencia de un comportamiento del sujeto pasivo tendente a evitar el error. Se excluye en los casos de las falacias más burdas o de aquellas exageraciones, inexactitudes o mentiras que constituyen una práctica social común (STS 594/2021, de 5 de julio [...])»⁵⁵⁰.

[70] *Por último y más allá de las tres tesis sobre la gravedad del dolo del artículo 1270.I CC referidas por Díaz Alabart y expuestas en el anterior [69], a continuación expongo, en particular, las consideraciones de De Castro y Bravo, Morales Moreno, y Bosch Capdevila sobre la exigencia de que el dolo sea grave para poder anular el contrato, en mi opinión de interés por distintas razones.*

a) De Castro y Bravo *diferencia entre que el dolo haya de determinar la declaración de voluntad y haya de ser grave*⁵⁵¹. Sobre la gravedad, De Castro y Bravo afirma que «ha de apreciarse subjetiva y objetivamente»⁵⁵². «La consideración subjetiva [de la gravedad] ha llevado a la distinción entre «dolus causam dans» y «dolus incidens»⁵⁵³, y *en su consideración objetiva*, «la gravedad ha de medirse ponderando las circunstancias del negocio o declaración; la consideración que merezca la presión o sugestión ejercitada, según sea el

⁵⁵⁰ GONZÁLEZ CUSSAC (2022) p. 428; continúa: «La STS de 14 de octubre de 1988 resuelve el caso célebre referido a publicidad engañosa de tratamiento del vello femenino, no considerado estafa; en otro sentido la STS de 23 de febrero de 1996. Así mismo, se declara la inexistencia de engaño suficiente en una persona que ofrece «poderes especiales» para curar un carcinoma hepático, al considerarse burdo e insuficiente (STS de 2 de febrero de 2007). En la STS 949/2019, de 21 de marzo, se examina la exigencia de un comportamiento del sujeto pasivo tendente a evitar el error».

Según GONZÁLEZ CUSSAC, «[e]n términos generales el engaño ha de ser *causante, bastante y antecedente*» (cursiva, negrita en el original; p. 425).

Sobre la exigencia de que el engaño sea bastante, también JERICÓ OJER (2021) pp. 136-137.

⁵⁵¹ *Vid. supra*, [34] [A.3], la enumeración de DE CASTRO Y BRAVO sobre los requisitos del dolo.

⁵⁵² DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 204, p. 153.

⁵⁵³ DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 204, p. 153.

medio en el que se desarrollen los tratos. Así se excluye sea dolo el calificado de «dolus bonus», la «sollertia» o artificios tolerados o naturales en el tráfico; es decir, habrá que atender al ambiente y tipo de negocio para poder calificar de dolosa una maquinación o maniobra inductora de su celebración (propaganda, chalaneo, operaciones especulativas, póker)»⁵⁵⁴.

b) Morales Moreno se ocupa, por un lado, de *cómo no debe entenderse la gravedad del dolo*. Por otro, de *cómo ha de entenderse (de cómo la entiende)*.

Para lo primero, no cree que la gravedad del artículo 1270.I CC signifique «dolo «importante» o «capaz de engañar»», dado que esto ya se encierra en el artículo 1269 CC⁵⁵⁵. *Tampoco cree* que el «dolo grave deba entenderse como dolo malo, frente al *dolus bonus*, o a un dolo menos grave»; «el requisito [del dolo malo] también estaría ya contenido en la definición del artículo 1269 [CC]»⁵⁵⁶. *Ni cree* que en el Código civil exista, a efectos de «establecer diversos niveles de antijuridicidad en la conducta dolosa», «un dolo grave, que produce la nulidad del contrato, y otro que carece de esa exigencia de gravedad, al que [se] denomina dolo incidental, que «sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios» (art. 1270)», ya que «[n]ada nos autoriza a establecer, dentro de la regulación del Código civil, niveles de antijuridicidad en la conducta dolosa, para determinar sus efectos», aparte que, «no estando esos niveles claramente establecidos en el Código, tratar de introducirlos constituiría un factor de arbitrariedad e inseguridad»⁵⁵⁷. *Por último*, si bien «[l]a gravedad del dolo podemos referirla al efecto que produce», con lo que se podría «considerar grave al dolo que provoca la captación de voluntad; y no

⁵⁵⁴ a) DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 204, p. 154.

b) Las explicaciones del cuerpo del texto sobre la gravedad subjetiva y objetiva del dolo de De Castro y Bravo están presentes en el recurso de casación del comprador de una pollitas, que alega inaplicación del artículo 1270.I CC: «[e]stablecida en el motivo anterior la existencia de una conducta dolosa por parte de «Petersime La Trinidad, Sociedad Anónima[»], no cabe duda alguna de que nos encontramos ante una figura que encaja a la perfección en el párrafo 1.º del artículo 1270 de nuestro cuerpo legal y ya hemos visto en el motivo anterior la existencia de una maquinación que fue causa determinante del contrato que sin ella no se hubiera hecho «dolus causam dans», es decir la existencia de un dolo subjetivo, pero también objetivamente, es decir, ponderando las circunstancias, nos encontramos ante una figura de dolo que está calificada de grave pues las actuaciones que nos ocupan están completamente apartadas de todos los artificios tolerados o naturales del tráfico» (motivo 3.º; rdo 9.º de la STS, 1.ª, 21.05.1982; Pte. Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena y López).

Ni en primera, ni en segunda instancia, ni el Tribunal Supremo consideraron que hubiera existido el alegado, por el comprador, dolo del vendedor. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

⁵⁵⁵ Para sus concretas consideraciones, *supra*, nota 541 b.2).

⁵⁵⁶ MORALES MORENO (1993a) p. 402; *vid. además* «Artículo 1270» (1993b) p. 470.

⁵⁵⁷ MORALES MORENO (1993a) p. 402; afirma además, que «[t]ampoco puede utilizarse aquí el argumento *a contrario*: que, porque el dolo causal deba ser grave, el incidental haya de estar desprovisto de tal gravedad. No puede utilizarse [tal argumento *a contrario*], porque la exigencia de gravedad se establece en el régimen del dolo causal, que es el que está regulando el Código civil en la sección del consentimiento, y no prejuzga nada acerca del régimen del dolo incidental».

grave (menos grave), al que no la produce, aunque incida desfavorablemente en el contrato», «no hubiera sido necesario considerar a la gravedad como requisito independiente del dolo [en el art. 1270.I CC], porque esa exigencia estaría ya contenida en la descripción del supuesto del art. 1269 [CC]»⁵⁵⁸.

*En su opinión, la gravedad del dolo del artículo 1270.I CC «se refiere a la materia sobre la que recae» y por ello no basta, para anular el contrato, «atender a la conducta empleada, o a la determinación de la voluntad, sino a su incidencia en el contrato» (cursiva mía)*⁵⁵⁹. «Es sin duda grave el dolo que afecta a lo pactado, tanto al objeto como a las presuposiciones (motivos incorporados a la causa del contrato). *Pero el dolo [...] se refiere también al ámbito de los motivos particulares de un contratante, aunque ellos no se incorporen al contrato. En este ámbito es donde puede tener sentido ejercer cierto control, para evitar que cualquier motivo en el que un contratante resulte engañado se convierta en causa de nulidad del contrato. Sobre todo si se trata de motivos caprichosos o poco acordes con los criterios ordinarios del tráfico» (cursiva mía)*⁵⁶⁰.

Morales Moreno ilustra su interpretación con este ejemplo:

«[S]e le oculta al vendedor (que en todo caso está decidido a vender) que el objeto comprado es para una determinada persona a la que, por caprichosas razones personales, nunca se lo hubiera vendido. En este caso de reticencia, el requisito de la gravedad del dolo permite ejercer cierto control sobre la importancia de la materia a la que se refiere. Introduce elementos objetivos en su apreciación»⁵⁶¹.

c) Y según Bosch Capdevila, «[e]l concepto de gravedad resulta más propio de la intimidación (el art. 1267 habla de un mal inminente y «grave»)» y, «[r]especto al dolo, la pregunta a contestar sería ¿cuándo unas «palabras o maquinaciones insidiosas» que inducen a celebrar un contrato que sin ellas no se hubiera celebrado no son lo suficientemente «graves» para posibilitar la anulación de dicho contrato por dolo? El concepto de «gravedad» parece introducir un elemento de objetividad que no casa perfectamente con la subjetividad que emana del art. 1269 CC»⁵⁶². El autor expone el siguiente ejemplo. «Un vendedor de coches afirma que el vehículo alcanza los 200 km/h, cuando en realidad «solo» puede ir a 195 km/h.», no pareciendo «que tal error sea especialmente grave o relevan-

⁵⁵⁸ MORALES MORENO (1993a) p. 402; *vid. además* «Artículo 1270» (1993b) p. 470 y *supra*, nota 541 b.2).

⁵⁵⁹ MORALES MORENO (1993a) p. 403.

⁵⁶⁰ MORALES MORENO (1993a) p. 403.

Sobre que el dolo acoge al error en los motivos, *supra*, nota 138 b).

⁵⁶¹ MORALES MORENO (1993a) p. 403.

⁵⁶² BOSCH CAPDEVILA, «II-7:205» (2012) p. 486.

te», pero «si el comprador se decidió por tal coche precisamente porque alcanzaba la velocidad prometida, superior a la de otro vehículo de la misma gama, tendremos que tal engaño ha dado lugar a la celebración de un contrato que de otro modo no se hubiese celebrado y que, a nuestro entender [Bosch Capdevila], debería ser impugnabile por dolo, aunque tal engaño pudiese no ser objetivamente «grave»»⁵⁶³. Concluye sus conside-

⁵⁶³ a) BOSCH CAPDEVILA, «II-7:205» (2012) p. 486.

b) A propósito del ejemplo del coche de Bosch Capdevila y por la comparación de caso y argumentación de solución desestimatoria de la existencia de dolo y de error; voy a ocuparme de la STS, 1.ª, Pleno, 23.07.2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena). En ella, se conoce de un caso que encaja en el conocido como Dieselgate, y lo que me interesa es la argumentación de la sentencia de primera instancia.

Para el caso, el comprador de un vehículo, Pedro Jesús, demanda a Volkswagen Audi España, S.A. (distribuidora; Vaesa) y a M. Conde Premium, S.L. (vendedor; concesionario; MCP) y pide, entre otras cosas, la nulidad de la compraventa o alternativamente la resolución del contrato por incumplimiento, y para ambos casos la indemnización de daños y perjuicios. En primera y en segunda instancia se desestima la demanda del comprador Pedro Jesús, quien recurre en casación, pero en este recurso, Pedro Jesús, según aclara el Tribunal Supremo, «ha abandonado las pretensiones relativas a la nulidad del contrato de compraventa por error vicio, de resolución del contrato por incumplimiento y de indemnización de daños patrimoniales, y ha mantenido exclusivamente la pretensión de indemnización de los daños morales» (FD 7.º¹).

Según el Tribunal Supremo, en la sentencia de primera instancia se rechaza la acción de anulabilidad ejercitada por el comprador Pedro Jesús contra el vendedor (MCP), dado que no se ha probado «que el comprador [Pedro Jesús] hubiera adquirido el vehículo «persuadido y motivado por el bajo nivel de emisiones de óxido de nitrógeno» y de que la vendedora [MCP] supiera al vender el vehículo de la existencia del software ilícito» (FD 1.º³). Acudiendo a RODRÍGUEZ GUTIÁN, esta autora reproduce lo afirmado en la sentencia de primera instancia para el dolo, que es: ««(...) La concurrencia de dolo o engaño en relación con el artículo 1269 CC exigiria que la maquinación insidiosa induzca a contratar, y de nuevo no queda probado que el actor [Pedro Jesús] adquiriese el vehículo persuadido y motivado por el bajo nivel de emisiones de óxido de nitrógeno. Tampoco se ha practicado prueba de que la demandada tuviera conocimiento de la instalación en un software que alteraba los datos de emisiones contaminantes en el banco de pruebas, todo ello recordando la doctrina jurisprudencial que obliga a evaluar la concurrencia de dolo con extraordinaria cautela»» [cursiva del original; ADC (2022) p. 650]. Como se ve, en la sentencia de primera instancia, el dolo del fabricante no fue determinante del consentimiento contractual de Pedro Jesús (no hubo dolo causal; dejó apartada la cuestión de que el comprador no contrató con el fabricante, sino con Vaesa, distribuidora de los vehículos, si bien para el Tribunal Supremo Vaesa asume la responsabilidad propia del fabricante del vehículo; acto propio; FD 3.º), y por lo que respecta al vendedor MCP, su comportamiento no fue doloso (no sabía del software ilícito del vehículo). Extracto los hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

Según informa RODRÍGUEZ GUTIÁN, «[e]n las sentencias sobre el Dieselgate suele alegarse por el demandante su conciencia medio ambiental como motivo principal que le lleva a la celebración del contrato, pero los tribunales españoles consideran que tal conciencia medioambiental del adquirente del vehículo no es un elemento determinante para la contratación, ni siquiera, como hemos visto ya, en aquellas clases de vehículos que se han comercializado como reflejo de la imagen «eco friendly», estimando, además, que la publicidad se refiere al nivel de emisiones de CO₂ pero no de NO_x» (pp. 651-652). Y «[a]sí, a título ejemplificativo, se pronuncian la ya citada AP Burgos (sección 2.ª) en su sentencia núm. 304/2018 de 18 de septiembre, o la AP de Lleida (sección 2.ª) en su sentencia núm. 354/2019 de 2 de julio. En esta última el demandante presenta, como prueba de que el perfil ecológico del coche es la causa de su adquisición, el proyecto de su vivienda acorde con el medio ambiente, a lo que añade el hecho de que el vehículo adquirido es el del nivel contaminante más bajo en el mercado. La Audiencia Provincial, sin embargo, está conforme con el planteamiento del Juzgado de Primera Instancia, que entiende que no cabe anular el contrato por dolo ya que los documentos aportados carecen de la entidad y relevancia necesaria para acreditar que el actor no habría adquirido el vehículo, o

raciones acerca de la gravedad del dolo del artículo 1270.I CC afirmando, «[e]n definitiva, la conclusión es que el concepto de gravedad aporta más bien confusión»⁵⁶⁴.

se habría decidido por otra marca o modelo distinto, en caso de haber conocido que el vehículo objeto del contrato de compraventa no tenía instalado un dispositivo que modificaba el nivel de emisiones de gases cuando estaba siendo objeto de pruebas de medición en el laboratorio» (p. 652; para la anulación del contrato por error y el *Dieselgate*, pp. 644-649).

c) Para el caso al que me he referido en la anterior b), RODRÍGUEZ GUTIÁN informa asimismo del argumento empleado en la sentencia de primera instancia para rechazar la anulación de la compraventa del vehículo por error (art. 1266 CC), que es: «*Respecto del fondo del asunto, la pretensión de nulidad del contrato de compraventa, atendida la doctrina jurisprudencial en torno al error como vicio del consentimiento, requiere que dicho error recaiga sobre la sustancia de la cosa, o sobre sus condiciones esenciales que hubieran sido causa principal para contratar, y en el supuesto enjuiciado no está acreditado que el nivel de emisiones en óxido de nitrógeno medido en laboratorio fuera causa relevante de tal adquisición*» (cursiva del original; p. 645). Señala RODRÍGUEZ GUTIÁN, que «[e]l planteamiento general que llevan a cabo los consumidores en sus demandas es [...] que el volumen de emisiones declaradas en el momento de la venta del vehículo fue determinante en orden a tomar la decisión de su compra y que, siendo finalmente el valor de las emisiones distinto a aquel que se les prometió cuando adquirieron el vehículo, incurrieron en error como vicio del consentimiento», y que, «[l]os pronunciamientos judiciales que han resuelto litigios del *Dieselgate* han considerado, de forma prácticamente unánime, que no se cumple el requisito de que el error sea jurídicamente relevante, en la medida en que no suele acreditarse que el demandante tenga especial preocupación por el medio ambiente o que sea un ecologista activo y que, por tanto, este haya sido el motivo determinante en su adquisición. A ello añaden la argumentación de que no hay gran diferencia en el volumen de emisiones contaminantes de los vehículos afectados respecto a otros de su misma gama y que, además, el vehículo es apto para el fin principal perseguido al contratar (la circulación)» (cursiva mía; pp. 645-646). Añade, que «[s]e ha considerado un acierto [Plana Arnaldos] la decisión prácticamente unánime de los tribunales españoles en las sentencias que resuelven los casos de *Dieselgate* de entender, con carácter general, que la conciencia medioambiental no constituye un elemento determinante en la contratación dentro del sector automovilístico» y que «esta conclusión no parece tan adecuada [RODRÍGUEZ GUTIÁN] [...] para aquellas clases de vehículos que se han comercializado como reflejo de la imagen «eco friendly», en la medida en que el adquirente del vehículo no solo quiere un coche sino que la opción por él elegida fue la que respetaba el medio ambiente, incluso pagando más por ello» (p. 649; *vid.* nota 25 de p. 649).

d) En posterior trabajo, RODRÍGUEZ GUTIÁN da cuenta de la sentencia del Juzgado de primera instancia e instrucción de Ibi (Alicante) de 23.09.2022, sobre la que señala: «A juicio del tribunal, no concurren todos los requisitos para determinar la existencia de dolo en la compraventa, pero sí estima que hay responsabilidad por cumplimiento defectuoso de la demandada, al entregar un vehículo al actor con software que utiliza el Modo 1 para la homologación y un Modo 2 para la circulación. El tribunal estima la demanda interpuesta por el comprador frente a la Mercantil Sala Hermanos Import, S. L., declarando nulo de pleno derecho por vicio en el consentimiento el contrato de compraventa de fecha de 28 de febrero de 2010, restituyendo a las partes a la situación anterior a los efectos del contrato, con devolución de la cosa y precio, todo ello con imposición al demandado de las costas causadas./ Al margen de que sorprende la calificación que hace el tribunal del contrato como nulo de pleno derecho ante la existencia de un vicio del consentimiento, hay que subrayar que esta sentencia difiere de los pronunciamientos dictados con anterioridad sobre el *Dieselgate*, en los que nunca se ha estimado la existencia del error como vicio del consentimiento. Las decisiones judiciales españolas que han resuelto estos litigios han considerado, de forma prácticamente unánime, que no se cumple el requisito de que el error sea jurídicamente relevante, en la medida en que no suele acreditarse que el demandante tenga especial preocupación por el medio ambiente o que sea un ecologista activo y que, por tanto, este haya sido el motivo determinante en su adquisición. A ello añaden la argumentación de que no hay gran diferencia en el volumen de emisiones contaminantes de los vehículos afectados respecto a otros de su misma gama y que, además, el vehículo es apto para el fin principal perseguido al contratar (la circulación)» [cursiva mía; ADC (2023) p. 770, *vid.* desde p. 769].

⁵⁶⁴ BOSCH CAPDEVILA, «II-7:205» (2012) p. 486.

B) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

[71] *Supra*, [67] ss, expongo distintos significados que los autores atribuyen a la gravedad del dolo del artículo 1270.I CC. Teniendo en cuenta esto y algún dato más, hago la selección de sentencias que expongo en este apartado.

Pero antes de exponerlas, en el primer acercamiento de mera aproximación caracterizadora, el Tribunal Supremo, *en algunas sentencias*, considera el dolo grave como el determinante de la celebración del contrato. *En otras ocasiones*, el Tribunal Supremo se detiene en explicar la entidad, la importancia, del dolo (de la actuación hecha) en sí mismo, o por su incidencia en relación con lo que se esperaba (resultado) del contrato. Finalmente, *en otras ocasiones*, el Tribunal Supremo apunta que la ingenuidad, la candidez, o/y la buena fe de la víctima no elimina la existencia del dolo (pues, es *en la actuación dolosa* en dónde ha de ponerse *el acento*). Advierto, que en algunas de las siguientes sentencias, se contienen varias de las antes referidas ideas.

[72] Comenzando por la primera idea, *los autores suelen apuntar que el Tribunal Supremo entiende el dolo grave como dolo determinante o causante*. Así, por ejemplo, Díaz Alabart (en 1987)⁵⁶⁵. También Rojo Ajuria (en 1994), según el cual, «sin duda la jurisprudencia» asume «que dolo grave es el dolo causante» y cita, *desde distinta perspectiva*, a las STS 10.05.1910 [doy cuenta *infra*, nota 804 a)], STS 06.11.1948 [doy cuenta *supra*, notas 489 b) y 229], STS 18.06.1955, 28.02.1969 (doy cuenta *supra*, [62] [A]) y STS 26.10.1981 (doy cuenta *infra*, [80] [B]); en ella se lee «calificación de dolo grave o causante», cursiva mía)⁵⁶⁶. Para De Verda y Beamonte, «[e]l requisito de la gravedad del dolo, exigido por el art. 1270,I CC es interpretado tradicionalmente en el sentido de que el dolo invalidante es, exclusivamente, el *dolus dans causa contractui*» y «[e]n tal sentido se pronuncia la jurisprudencia desde antiguo», citando a las STS 27.06.1894, STS 18.06.1955, y STS 22.12.2001⁵⁶⁷. De las sentencias citadas por Rojo Ajuria y De Verda y Beamonte, expongo aquí las STS 18.06.1955 y STS, 1.^a, 22.12.2001 (siguientes [A] y [B]). *En ambas se señala que dolo grave es dolo causante o determinante de la celebración del contrato*.

En la STS 18.06.1955, el Tribunal Supremo conoce del arrendamiento de un local y el arrendatario (demandante) pide su nulidad por dolo, porque la

⁵⁶⁵ DÍAZ ALABART, AC (1987) pp. 2642-2643.

⁵⁶⁶ ROJO AJURIA (1994) p. 232; en nota 149 de p. 232, el autor dice para la STS 10.05.1910 que esta «afirma que no es necesario probar el requisito de la gravedad si el dolo ha sido causante», y para las STS 06.11.1948, STS 18.06.1955, STS 28.02.1969 y STS 26.10.1981, dice que «[l]a jurisprudencia contrapone, en general, el dolo grave al incidental».

⁵⁶⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, RdP (2006) nota 24 de p. 29.

arrendadora, propietaria, no podía unilateralmente arrendárselo al existir antes un embargo de los derechos de traspaso y prórroga del local arrendado por un anterior arrendatario (y además, a la arrendadora se le había notificado el embargo). El arrendatario demandante pide la nulidad, pues la arrendadora forjó con el arrendatario embargado su renuncia a su arrendamiento, lo que no se podía sin consentimiento del acreedor embargante, logrando captar la voluntad del arrendatario demandante. Tras referirse al artículo 1269 CC, el Tribunal Supremo apunta que «produce, por ser dolo causante, calificado como grave, la nulidad del contrato realizado».

En la *STS, 1.ª, 22.12.2001*, se celebra un contrato de seguro con retroactividad de cobertura a cierta fecha, declarando su tomador que, a dicha fecha, no había ocurrido siniestro, lo que no era cierto, pretendiendo el tomador que el seguro lo cubriría. Aquí, el Tribunal Supremo señala que «[s]e reputa conducta dolosa inicial grave aquellos actos [...] que responden a un actuar malicioso, deliberado y voluntario de parte que engaña a la otra y la motiva a celebrar la relación, a la que de conocer la verdad no hubiera accedido». Advierto, que al contrato de seguro se aplica la nulidad del artículo 4 LCS y que la tomadora, que recurre en casación, lo hace, entre otras cosas, en relación con la indemnización de daños que había de pagar.

Y más allá de esas dos sentencias y de las citadas por los antes aludidos autores, en la *STS, 1.ª, 05.09.2012* se afirma que «[e]n todo caso, exige el artículo 1270 del Código Civil que el dolo, para que produzca la anulación del contrato sea grave en el sentido de determinante de su celebración» (cursiva mía; FD 3.º; doy cuenta de la misma *supra*, [55] [A.5], para el dolo omisivo)⁵⁶⁸.

[A] *La STS 18.06.1955 (Pte. Excmo. Sr. D. Saturnino López Peces)*

Básicamente, a Teodoro, arrendatario de local de negocio, se le había embargado por su acreedor *Fortuny, S.A.* los derechos de traspaso y de prórroga que como arrendatario tenía por la vigente legislación especial de arrendamientos de locales de negocio, embargo notificado judicialmente a la propietaria/arrendadora del local (Teresa). Con la anterior situación, Teresa no podía arrendar el local a otra persona, al no poderse desvincular Teodoro de su arrendamiento sin el consentimiento del acreedor embargante (*Fortuny, S.A.*). Pese a ello y posteriormente, Teresa arrienda el local a otra persona (Antonio) que le adelanta diversas rentas y paga otra cantidad en concepto de gratificación al apoderado de Teresa (Augusto), siendo este otro arrendamiento «en extremo beneficioso» para Teresa. Ante las dudas de Antonio, durante las negociaciones del contrato y a fin de inducirle a la celebración del arrendamiento, se forja la renuncia de Teodoro al arrendamiento con devolución del contrato, lo que carecía de efectos al haberse

⁵⁶⁸ Vid. además *supra*, nota 563 b) para los casos del *Dieselgate*, en cuanto a la no apreciación de dolo, porque no fue determinante de la voluntad del comprador del vehículo.

hecho sin levantar la traba del embargo y suponía un fraude del derecho de los embargantes (confabulación de Teresa con Teodoro, este último el deudor embargado; renuncia ilegal). Antonio demanda a Teresa y Augusto y suplica, entre otros extremos, la nulidad del contrato por dolo, lo que se estima en primera instancia. En segunda instancia se absuelve totalmente a Teresa. Antonio recurre en casación y alega, entre otras cosas, error de derecho en la apreciación de las pruebas (motivo 2.º) y violación de los artículos 1269 y 1270 CC (motivo 3.º). El Tribunal Supremo, que considera que hubo dolo de Teresa, casa⁵⁶⁹.

A propósito del dolo causante y del dolo grave, el Tribunal Supremo dice: «que el concepto del dolo «in contrahendo», esto es, la maquinación o engaño empleado por una parte para inducir a otra a celebrar el contrato, que sin su concurrencia no hubiera celebrado, conforme expresa el artículo 1269 del Código Civil, y produce, por ser dolo causante, calificado como grave, la nulidad del contrato realizado, puesto que aquélla errónea creencia de tal suerte producida vició el consentimiento anulándolo, a tenor del artículo 1265 del citado Código, es un concepto jurídico que el juzgador ha de deducir del examen y apreciación de los hechos en que el contrato tuvo su base [...]» (cursiva mía; cdo 1.º).

Y en cuanto a los hechos sucedidos que tuvieron la consideración de dolosos, el Tribunal Supremo manifiesta:

«que en el caso presente, sin discrepancias entre las partes, sobre los hechos, aparece probado que, vigente el contrato de arrendamiento de los consabidos locales otorgado con [...] [el antiguo arrendatario Teodoro], fué notificada judicialmente en 26 de septiembre de 1944 [a] [...] Almirall [Teresa], propietaria y arrendadora de los mismos, de que en virtud de sentencia del Juzgado Municipal número 7 de los de Barcelona, se había trabado embargo sobre el derecho de traspaso y el de prórroga que como arrendatario ostentaba [...] Costa [el antiguo arrendatario Teodoro], derechos ambos que le estaban reconocidos por la legislación especial sobre arrendamientos de locales de negocio a la sazón en vigor y esta traba que no afectaba ciertamente al local arrendado en cuanto patrimonio de la arrendadora [Teresa], sujetaba, sin embargo, al arrendatario ocupante impidiéndole desvincularse del mismo sin el consentimiento del acreedor embargante y en esta situación perfectamente conocida de la arrendadora [Teresa], como antes se ha expuesto, se celebraron las negociaciones con el pretendiente arrendatario [...] Alomar [el actual arrendatario Antonio] y antes las dudas de éste por el obstáculo legal se forjó la renuncia [...] [de] Costa [el antiguo arrendatario Teodoro], ya también declarado en quiebra, al arrendamiento con devolución del contrato en que se hizo constar tal renuncia, actos que carecían de virtualidad puesto que se realizaban sin haberse levantado la traba impuesta con notorio fraude del derecho de los embargantes y que la señora propietaria [Teresa] no podía aceptar a menos de incidir en confabulación con el deudor embargado [el antiguo arrendatario Teodoro] y que produjeron posteriormente las naturales consecuencias de la clausura y precintado de los locales

⁵⁶⁹ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

por existir en ellos bienes atribuibles al quebrado, y como aun con el conocimiento del embargo mencionado, y amparándose en la ilegal renuncia del contrato [...] [de] Costa [el antiguo arrendatario Teodoro] *se tendía a dar simuladas facilidades y disipar las dudas* [...] [de] Alomar [el actual arrendatario Antonio] *para inducir su ánimo, como se consiguió, a otorgar un contrato en extremo beneficioso para la arrendadora* [Teresa], *entregándole unos locales sobre los que no tenía derecho alguno en aquellos momentos, como lo revela el hecho de su clausura judicial, contra la que no interpuso recurso alguno, según estaba obligada por el número tercero del artículo 1554 del Código Civil, el proceder de la demandada arrendadora* [Teresa] *pone de manifiesto la intención dolosa de la misma al otorgar el debatido contrato de arrendamiento con* [...] Alomar [el nuevo arrendatario Antonio], *y por ello no cabe duda que la Sala de instancia al estimar la inexistencia de dolo en el contrato aludido por parte de la repetida propietaria* [...] Almirall [Teresa], *apreció erróneamente tanto el hecho de la notificación del embargo de derechos* [...] [de] Costa [el antiguo arrendatario Teodoro], *que a ella en su cualidad de arrendadora* [Teresa] *se le hizo, como el alcance de la renuncia realizada por este último del arrendamiento y en su virtud deben ser estimados tanto el motivo segundo como el tercero del recurso formulado»* (cursiva mía; cdo 2.º).

[B] *La STS, 1.ª, 22.12.2001 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil)*

Brevemente, el 28.06.1989, el tomador del seguro (*Hervisan, S.C.*) celebra un seguro de responsabilidad civil general para empresas de servicios con la compañía aseguradora *Lepanto, S.A., Compañía de Seguros y Reaseguros*. En el seguro se había pactado la *retroactividad de la cobertura*. En la anterior solicitud-cuestionario del seguro de 20.06.1989 se declaró que la fecha del efecto es la de 15.05.1989 y que no había habido siniestro hasta la fecha, pero, sí que había ocurrido uno el 30.05.1989 y *Hervisan, S.C.* pretendía su cobertura por el contrato de seguro celebrado. La aseguradora *Lepanto* demanda a *Hervisan, S.C.* y a otras personas y pide la nulidad de la póliza e indemnización de daños. En segunda instancia se declara la nulidad parcial del contrato en relación con el siniestro de fecha 30.05.1989 y se condena a la indemnización de daños. *Hervisan, S.C.* (tomador) recurre en casación y en su motivo 3.º alega infracción de los artículos 1269 y 1270 CC y doctrina jurisprudencial. El Tribunal Supremo no casa⁵⁷⁰.

En lo que ahora interesa, el Tribunal Supremo manifiesta que el dolo inicial grave son actos previos o concurrentes a la celebración del contrato, actos de parte llevados a cabo de modo malicioso, deliberado y voluntario, que engañan a la otra parte y la lleva a celebrar el contrato, lo que no hubiera hecho si hubiere conocido la verdad. En concreto, el Tribunal Supremo dice:

«Este último motivo [del recurso de casación, el 3.º, del tomador *Hervisan, S.C.*] está dedicado a aducir infracción de los artículos 1269 y 1270 del Código Civil y jurisprudencia, en relación a la declaración que contiene la sentencia re-

⁵⁷⁰ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

currida, respecto a la procedencia del resarcimiento de los perjuicios ocasionados a la demandante [*Lepanto*] «por la actuación dolosa del tomador del seguro, cifrados en 22.080.105 pesetas».

La conducta de la sociedad civil, tomadora del seguro [*Hervisan, S.C.*], aparte de no acomodarse a la buena fe contractual, como ya queda advertido, resulta dolosa por la ocultación voluntaria y maliciosa del accidente, del que tenía cabal conocimiento. De este modo el dolo en este caso ha resultado suficientemente probado y no deducido por vía de presunción. No procede tratar de desviarlo al hecho de que el agente no hubiera comunicado el accidente.

Se reputa conducta dolosa inicial grave aquellos actos precedentes o concurrentes con la perfección del contrato que responden a un actuar malicioso, deliberado y voluntario de parte que engaña a la otra y la motiva a celebrar la relación, a la que de conocer la verdad no hubiera accedido. Lo que se vino a generar fue efectivo vicio de consentimiento al darse error decisivo en la contratación, provocado por quien pretendía beneficiarse de la actuación y trata de buscar cobijo en la buena fe de quien resulta perjudicado (Sentencias de 1-10-1986, 29-3-1994 y 26-6-1995), que es lo que ha ocurrido en este caso, por lo que resulta procedente la indemnización decretada, al tratarse de seguro que devino de esta manera nulo y hace aplicable el artículo 1270 del Código Civil, que cumplimenta [*sic*; complementa] el 4 de la Ley de Contrato de Seguro» (cursiva mía; FD 3.º)⁵⁷¹.

[73] *Por mi parte y a propósito de la gravedad del dolo*, analizo en este [73] cinco sentencias del Tribunal Supremo que me han sido de particular interés por ofrecer detenida explicación sobre el dolo grave. *En tres de ellas, se estima que hubo dolo grave que determinó la voluntad contractual, permitiendo la anulación del contrato. Aunque con prudencia hago mi siguiente afirmación, puede considerarse que se viene a diferenciar entre gravedad y carácter determinante del dolo.* La gravedad del dolo se percibe en las afirmaciones u omisiones *del que comete el dolo, en su entidad, en su importancia para generar el engaño.* La gravedad del dolo también se percibe en que, *quien sufrió el dolo, no puede ver satisfecho, con lo que efectivamente recibe (el objeto real), el fin que perseguía con el contrato (el objeto ideal).* *En las otras dos senten-*

⁵⁷¹ En el anterior FD 2.º de la STS, 1.ª, 22.12.2001 se lee: «En el caso presente lo que ha sucedido es que cuando se presentó la solicitud o se formalizó el contrato, el riesgo ya había ocurrido y los recurrentes [*Hervisan, S.C.* y otros] lo ocultaron a la aseguradora [*Lepanto*], por lo que la norma aplicable es el artículo 4 de la Ley de Contrato de Seguro que sanciona estos supuestos, decretando no la rescisión, sino la nulidad del contrato de seguro concertado. Se trata de una nulidad imperativa que priva a la relación de su propia eficacia, ya que la misma se formalizó basándose en la manifestación de los recurrentes [*Hervisan, S.C.* y otros] de que no había habido siniestro alguno en el periodo contratado de retroacción, con lo que se vino a faltar a la buena fe, que resulta máxima en los contratos de seguro y obliga al tomador a informar de modo más exacto y veraz de la situación del riesgo amparado, es decir debe participar todo y cuanto sabe./ La sentencia del 15 de julio de 1988 dice que nunca cabría presumir, por la propia definición del carácter aleatorio del contrato de seguro que contiene el artículo primero de la Ley, que la retroacción –que aquí se integró en la relación contractual– pueda cubrir un siniestro ya producido y que resultó ocultado».

cias, de estas cinco, *no se estima* la existencia de dolo grave. *Advertido lo anterior, se trata de las siguientes.*

En la STS 04.12.1956 (*primera*) se conoce de la transmisión de un camión del que los transmitentes señalaron su buen estado (buenas cualidades para circular, libre de cargas, al corriente en documentación, ofrecimiento de cubiertas o neumáticos nuevos, etc.), algo falso. El Tribunal Supremo analiza si tales afirmaciones reúnen la suficiente gravedad, y sí lo considera, así como entiende que hubo el carácter «determinante del dolo causal grave». En la STS, 1.ª, 19.07.2006 (*segunda*; doy cuenta *infra*, [81] [A]), la finca, vendida como libre de cargas, tenía una hipoteca y faltaba por pagar del crédito hipotecario solo 50.000 pesetas en concepto de intereses y costas, habiendo sido el precio de venta de la finca de 9.800.000 pesetas, por lo que objetivamente ello no podía considerarse dolo grave en el sentido de que, si el comprador lo hubiese conocido, no hubiera celebrado el contrato; se entiende que no hubo dolo de los vendedores ya que estos desconocían la existencia de la hipoteca cuando vendieron la finca. En la STS, 1.ª, 03.07.2007 (*tercera*), de la que doy cuenta *supra*, [55] [C.1] para el dolo omisivo y se consideró que no lo hubo, el Tribunal Supremo entiende que no podía calificarse de ocultación grave la conducta de las vendedoras, pues en el contrato se advirtió que la licencia de apertura del local estaba en tramitación, siendo esto suficiente para llamar la atención de los adquirentes sobre su ausencia, además de que las vendedoras no dieron a entender que la falta de licencia de apertura pudiera subsanarse con facilidad, dado que en el contrato se previó las consecuencias de su no obtención (la devolución por las vendedoras del precio y de otras cantidades). En la STS, 1.ª, 26.03.2009 (*cuarta*; doy cuenta de ella *supra*, [34] [A.2] y [55] [A.3]) se conoce del dolo omisivo del vendedor, que no advierte al comprador en relación con el kiosko bar con terraza que le transmite, que había un procedimiento administrativo de oficio de recuperación posesoria por encontrarse la finca en dominio público marítimo-terrestre. Para el Tribunal Supremo, el hecho de tratarse de un expediente para la recuperación posesoria por parte de la Administración supone un riesgo de considerable gravedad para los derechos adquiridos por el comprador, además de que en la oportuna escritura se apuntó la urgencia de la autorización del negocio. Y en la la STS, 1.ª, 03.03.2021 (*quinta*; doy cuenta *supra* [22], [A] e *infra* [87] [D]), al cofiador a primer requerimiento se le ocultó la insolvencia del deudor, lo que sí hubiera sabido, no habría garantizado. En primera instancia se estima que el dolo fue grave, pero en segunda se entiende que no lo fue. Finalmente, el Tribunal Supremo considera que existió dolo grave.

Resumido lo anterior⁵⁷², procedo al concreto análisis de las mencionadas sentencias, excepto de la STS, 1.ª, 19.07.2006 de la que, como antes dije, doy cuenta *infra*, [81] [A] y *sin perjuicio de lo que indico infra, nota 580. En función de cómo sea la propia sentencia, solo expongo la argumentación del Tribunal Supremo y la del recurrente en casación, o además expongo las argumentaciones de primera y segunda instancia. Con la subyacente comparación entre argumentaciones, se percibe mejor en qué consiste la gravedad del dolo.*

[A] *La STS 04.12.1956 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Eyré Varela)*

[A.1] En síntesis, el comprador (Salvador) adquiere un camión, pensando que se encontraba en correcto estado y podía funcionar, lo que resultó no cierto, pues adoleció de diversas deficiencias, no pudiendo circular. Salvador (y Antonio R., este último fiador y avalista) demanda(n) al vendedor (Antonio B.) y a otro sujeto (José), suplicando la declaración de nulidad del contrato, lo que se estima en primera y en segunda instancia. El vendedor (Antonio B.) y José recurren en casación y alegan infracción de los artículos 1269 y 1270 CC (motivo 4.º). Según el vendedor, el dolo grave, y no el incidental, es el que invalida el consentimiento y en virtud del artículo 1269 CC, hay dolo cuando con maquinaciones insidiosas se induce a otro a celebrar el contrato, que sin ellas no hubiera celebrado; emplea dolo quien induce maliciosamente al otro al engaño; y para el caso, no se había probado que hubiera existido dolo por parte suya. El Tribunal Supremo considera que el dolo sí fue grave y que determinó la voluntad del comprador, por lo que no casa⁵⁷³.

[A.2] *En el referido motivo 4.º de su recurso de casación, el vendedor argumenta:*

«[...] aplicación indebida [de] los artículos 1269 y 1270 del Código civil. El dolo grave y no el incidental invalida el consentimiento, y hay dolo, según el artículo 1269 del Código Civil, cuando con maquinaciones insidiosas se induce a otro a celebrar un contrato que no pudiera celebrarlo sin ellos. Emplea dolo quien induce maliciosamente a engaño a otro; quien conocedor del vicio de la cosa lo oculta y maniobra en forma que, desviando la atención del otro para que no se perciba del vicio, le fuerza a otorgar el consentimiento. La sentencia recurrida atribuye a los recurrentes [los transmitentes del camión] haber celebrado con dolo o, lo que es lo mismo, haber empleado unas supuestas maquinaciones insidiosas que no aparecen en parte alguna. Que si la cosa no fuese lo perfecta que el comprador la quería, o el vicio era manifiesto, o pudo advertirlo el comprador

⁵⁷² Sin perjuicio de las sentencias que he elegido para exponer en el cuerpo del texto, considero oportuno este breve apunte a pie de página. Que en la STS, 1.ª, 29.09.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno; doy cuenta de ella *supra*, [31] [A]), el dolo grave es sinónimo de dolo esencial: «[...]. Consecuencia que solo puede quedar excepcionada bien cuando el dolo no revista carácter grave o esencial para con el objeto o las condiciones del contrato, o bien cuando haya sido empleado por ambos contratantes» (FD 2.º).

⁵⁷³ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

cuando examinó el vehículo, o se trataba de un vicio oculto, lo que daría lugar al reembolso de los gastos, pero no a la nulidad del contrato por un dolo que no resulta probado, con la mera probanza del vicio. Y antes de contestarse a la demanda estaba el vehículo documentado en forma y autorizada la transferencia por Obras Públicas, después de extenderse por la Administración nuevo carnet rectificando el error del número del motor, carnet que fué acompañado con la contestación a la demada, ofrecido al actor y que obraba en autos» (rdo 6.º).

[A.3] *A lo anterior, el Tribunal Supremo responde:*

«Considerando que en el motivo cuarto [expuesto en la anterior [A.2]] se combate el dolo grave, también apreciado por la Sala causante de la nulidad del contrato, estimando que aplica indebidamente los artículos 1269 y 1270 del Código Civil y como respeta los hechos que sirven de base a aquél según lo aplica la Sala [...], únicamente puede examinarse ahora si tales hechos determinan la recta calificación de doloso con la suficiente gravedad para anular el contrato según exigen los artículos invocados, y, en tal sentido es aceptado el proceder de la Sala, pues *es indudable que la circunstancia de proponer la venta de un camión afirmando sus buenas cualidades para su circulación, estar libre de cargas, al corriente de documentación, ofrecimiento de cubiertas o neumáticos, nuevos, bajo o cuyos supuestos se logra el consentimiento de la parte, y resultando luego todo lo contrario, sin condiciones de funcionamiento, privado de toda documentación, sin la concesión de neumáticos, con motor distinto del contratado e imposibilitado de circular material y legalmente, circunstancias que de ser conocidas determinarían que el contrato no se otorgara y que, en consecuencia, se otorgó cuando se le ofrecía con mendacidad, insidiosamente, es forzoso apreciar todo eso, con lo demás que aparece en dicha sentencia como determinante del dolo causal grave que anula el contrato, pues el engaño es claro, cayendo así ese motivo, el cual, en otro aspecto sostenida la sentencia por la desestimación de los anteriores motivos» (cursiva mía; cdo 4.º).*

[B] *La STS, 1.º, 03.07.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos)*

[B.1] *Reitero los hechos.* En esencia, el 20.10.1995, Rosa y M.^a Esther, como transmitentes, celebran un contrato con José María y Elvira, como adquirentes (más adelante, Elvira transfiere su parte a Carina). En el contrato, Rosa y M.^a Esther manifiestan ser dueñas «de la industria «Café, bar La Tarongeta», en funcionamiento, con toda su maquinaria, utensilios, existencia y fondo de comercio, y con «licencia municipal de apertura en tramitación»». Con anterioridad a dicho contrato, el 26.03.1995, Rosa (covenedora) había solicitado «licencia de obra de reforma», realizándose las obras sin esperar a su concesión, y resultó que la licencia de obra se deniega porque la obra no se ajustaba a la normativa vigente, ya que se pretendía hacer en la planta en la que había piezas habitables residenciales, haciendo Rosa alegaciones. En el contrato celebrado se pactó que, si la licencia de apertura se denegaba, Rosa y M.^a Esther devolverían lo recibido por los compradores, minorado en un determinado porcentaje. Posteriormente, se ordena el cese inmediato de la actividad y Carina extiende acta voluntaria de cese

de actividad. José María y Carina demandan a Rosa y M.^a Esther, pidiendo la nulidad del contrato por dolo.

En primera instancia se desestima su demanda, entre otras razones, porque José y Carina explotaron el local desde que tomaron posesión hasta el cese de la actividad, porque en la cláusula 6.^a del contrato se les informó que la licencia municipal de apertura estaba en trámite (no hubo conducta insidiosa, aunque quizás se hubiera podido especificar mejor la información) y porque se había pactado qué sucedería si se denegase la licencia. En segunda instancia se estima la demanda de José María y Carina, por considerar que Rosa y M.^a Esther no procedieron con lealtad, pues se venía a dar por supuesto que la licencia de obra se concedería, si bien con el riesgo de que el Ayuntamiento apreciase que las obras e instalaciones hechas no se ajustaren al proyecto previamente presentado, no comunicando a los compradores que la denegación había sido porque la obra no se ajustaba a la normativa vigente, simulando que este problema no podía producirse (existió un callar consciente, habiendo obligación de comunicar según la buena fe o las concepciones dominantes del tráfico, lo que supone un actuar doloso). Rosa y M.^a Esther recurren en casación considerando que no hubo dolo grave. El Tribunal Supremo casa y considera que *no hubo dolo omisivo, ni dolo grave, dado que Rosa y M.^a Esther informaron de que la licencia de apertura se encontraba en tramitación, se previó en el contrato las consecuencias para el caso de que la misma pudiera no concederse, y los adquirentes, que sabían de la ausencia de requisitos administrativos necesarios, que pudieran no cumplirse, podían haberse exactamente informado en los servicios municipales del alcance de tal circunstancia, ejercitando su derecho de información según las normas de procedimiento administrativo.*⁵⁷⁴

[B.2] *En cuanto a las razones que Rosa y M.^a Esther alegan en su recurso de casación para negar que existiera dolo grave:*

«Como manifestó la recurrida en su escrito de contestación a la demanda, partiendo de la noción de dolo que perfila nuestro Código Civil en su art. 1269 como causa de nulidad de los contratos, la jurisprudencia plasmada, entre otras, en la STS de 26 del [sic] octubre de 1991, señala que lo esencial en dicho concepto es la conducta insidiosa del agente que induce a otro a contratar y la cumplida prueba por parte de quien lo alega (STS de 22 de febrero de 1961), *sin olvidar que es determinante como se deduce del art. 1270 CC que reúna la nota de gravedad para determinar la nulidad del contrato.*

No parece que todas y cada una de aquéllas esenciales notas concurren en el presente caso. Además, no existe identidad entre éste y el contemplado en la sentencia citada de contrario, de 27 de septiembre de 1990.

La sentencia cuya casación se insta, no precisa con el suficiente rigor la concurrencia de los elementos necesarios para la nulidad.

[...]

Falta la acreditación de la gravedad que exige el art. 1270 CC a fin de poder aplicar la consecuencia de la nulidad contractual deducida por la senten-

⁵⁷⁴ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

cia de 8 de mayo de 2000. La palabra grave no se contiene en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida. Se puede suponer aquella gravedad. Entendemos [Rosa y M.^a Esther] que no, sobre todo si se tiene presente que la nulidad no es la única consecuencia del actuar doloso según determina el art. 1270 CC, pues el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.

La falta de gravedad del supuesto dolo la argumenta con sano juicio el titular del juzgado de primera instancia, así, las partes del contrato [Rosa y M.^a Esther como vendedoras, y José María y Elvira, siendo esta sustituida luego por Carina, como adquirentes] preveían la posibilidad de denegación de la licencia de apertura; era algo posible y probable el que no se concediese licencia de apertura para la actividad que los contratantes sabían que se desarrollaba sin disponer de la misma. La sentencia de segunda instancia reconoce que dicho riesgo era existente, pese a que cifre el mismo como de pequeña magnitud a juicio de los contratantes y en especial de los adquirentes del negocio. Por otra parte, debe remarcar el establecimiento de mecanismos resarcitorios en el propio contrato de traspaso, en especial en su cláusula sexta.

Tanto uno como otro elemento de apreciación del carácter incidental del dolo se acoge implícitamente por la sentencia recurrida, pues reconoce que los actores [José María y Elvira, siendo esta sustituida luego por Carina] asumían un obstáculo para el desarrollo de la actividad consistente en la denegación de la licencia municipal de apertura y a su vez sentaban las consecuencias asumidas de dicha denegación en la restitución del precio del contrato de traspaso con una deducción del 16,66%, consecuencia ésta más propia de un supuesto dolo incidental que del dolo grave consistente en la nulidad contractual y que, en todo caso, era acorde con el principio de libertad contractual del art. 1255 CC.

No resulta apreciable aquel vicio de la voluntad de los contratantes [...]» (cursiva mía; AH 5.º).

[B.3] Sobre la gravedad del dolo, el Tribunal Supremo entiende que no existe. Explica:

«Esta Sala tiene declarado que el dolo contractual que determina la nulidad del negocio debe tener carácter grave (v. gr., SSTs de 29 de marzo de 1994, 12 de junio de 2003 y 19 de julio de 2006).

Los hechos declarados probados por la sentencia de instancia ponen de manifiesto que no puede considerarse que haya concurrido una conducta, merecedora de la calificación de grave, de ocultación a los adquirentes [José María y Elvira, y en relación con la última, luego Carina] de la situación en que se encontraba la finca, pendiente de actos de autorización por parte de la Administración municipal para realizar la actividad prevista en el contrato, por cuanto expresamente se preveía que se hallaba pendiente de tramitación la licencia de apertura, declaración suficiente para llamar la atención de los adquirentes sobre la falta de aquellos requisitos, y no puede afirmarse que se hubiera dado a entender que la falta de licencia de apertura podía subsanarse con facilidad, desde el momento en que en el contrato se preveía la resolución y sus consecuencias para el caso

de la imposibilidad de obtenerla» (cursiva mía; FD 5.º; al párrafo que acabo ahora de transcribir, le sigue lo que transcribo *supra*, [55] [C.1]).

[C] *La STS, 1.ª, 26.03.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta)*

[C.1] *Reitero los hechos.* Brevemente, el 11.10.2001, Millán vende a Luis Pedro un kiosko bar con derecho de uso y disfrute de la concesión de una terraza (quedaban 24 años de disfrute). Sin embargo, el vendedor Millán oculta al comprador Luis Pedro que, de oficio, se había iniciado un expediente administrativo de recuperación posesoria de la finca por encontrarse esta en dominio público marítimo-terrestre y ocuparse sin el debido título administrativo. El comprador Luis Pedro demanda al vendedor Millán y pide, entre otras cosas y como petición principal, la nulidad de la venta. El vendedor Millán reconviene y pide, entre otras cosas, la resolución de la compraventa por incumplimiento del comprador Luis Pedro del pago del precio. En primera instancia se desestima la demanda de Luis Pedro y estima la reconvencción de Millán. En segunda instancia se estima la demanda de Luis Pedro y se declara la nulidad de la compraventa por el dolo de Millán que sabía de la actuación administrativa de recuperación del espacio ocupado por el kiosko bar, lo que Luis Pedro desconocía al celebrar la compraventa y de lo que no fue informado. El vendedor Millán recurre en casación por entender que no actuó con dolo (alegaba que «faltó en su conducta el elemento objetivo y subjetivo del dolo por no haber ni ocultación insidiosa ni «animus decipiendi», sin tratarse tampoco de dolo grave «causam dans»») (FD 2.º). El Tribunal Supremo, que entiende que Millán sí actuó con dolo, no casa⁵⁷⁵.

[C.2] *Del modo que sigue Millán (transmitente) justifica que no hubo dolo grave:*

«Los argumentos que esgrime el recurrente [en casación, el transmitente Millán] para rechazar el vicio de consentimiento apreciado en la instancia, que determinó la anulación del negocio por concurrencia de dolo –artículo 1269 y 1270 del Código Civil–, son los siguientes:

[...] ⁵⁷⁶

⁵⁷⁵ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

⁵⁷⁶ En los puntos suspensivos del cuerpo del texto, Millán argumenta para justificar que no hubo dolo, vicio del consentimiento:

«– ambos contratantes eran dos profesionales de la hostelería, siendo además el comprador [Luis Pedro] vecino de la localidad en la que estaba sito el kiosko bar objeto del contrato y estando asesorado jurídicamente en la operación.

– el comprador [Luis Pedro] pudo obtener la información sobre las incidencias administrativas del negocio sin coste alguno y, en todo caso, era un dato físico evidente que el negocio (terrazza) estaba ubicado en la playa, bien éste conocidamente de dominio público. Estaríamos en presencia, en tesis del ahora recurrente [Millán], del denominado «dolo tolerado», carente de eficacia anulatoria del negocio en la medida en que pudo ser neutralizado con la actuación diligente de la contraparte. Denuncia en este punto el recurrente [Millán] que el comprador nunca preguntó nada sobre el particular después controvertido y que le era exigible al mismo, antes de suscribir el contrato, la consulta previa al Registro de Usos de Dominio Público, en el que se inscriben todas las concesiones y sus vicisitudes, o la consulta a la Demarcación de Costas,

– la información en cuestión carecía de trascendencia inmediata sobre el contrato de compraventa y cesión y sólo de manera muy improbable y a muy largo plazo podía alcanzar alguna virtualidad perturbadora sobre la posición del comprador [Luis Pedro]. Así, apunta el recurrente [Millán] que la legislación de costas ofrece la posibilidad de legalizar los usos del dominio público y que en todo caso las resoluciones que resuelvan los expedientes incoados son recurribles en vía contencioso-administrativa, con unas expectativas de pendencia judicial que se extienden a varios años. En definitiva, considera que la información en cuestión sobre las incidencias administrativas del negocio no entrañaba frustración del fin del contrato ni deparó perjuicios importantes al comprador [Luis Pedro]. Incluso apunta el recurrente [Millán] como solución, para el caso de que el riesgo de pérdida del negocio se materializase al cabo de 10 o 15 años, la resolución del contrato, con la correspondiente indemnización.

Todos los datos anteriores le llevan al recurrente [Millán] a concluir que faltó en su conducta el elemento objetivo y subjetivo del dolo por no haber ni ocultación insidiosa ni «animus decipiendi», sin tratarse tampoco de dolo grave «causam dans» (cursiva mía; FD 2.º).

[C.3] El razonamiento del Tribunal Supremo de que el dolo habido sí fue grave es:

«La calificación como dolosa de la conducta del vendedor hoy recurrente [Millán] no puede cuestionarse por los siguientes motivos:
[...]⁵⁷⁷

añadiendo que el deslinde de la playa, origen de los problemas de la mercantil «Puerto Rico, S.A.» «constará inscrito en el Registro de la Propiedad», conforme a la Ley de Costas y su Reglamento» (FD 2.º).

Para las respuestas del Tribunal Supremo a estas explicaciones de Millán, la nota inmediatamente siguiente.

⁵⁷⁷ En los puntos suspensivos del cuerpo del texto, el Tribunal Supremo responde (vid. la nota inmediatamente anterior):

«1.º Las vicisitudes administrativas a que quedó afecto el negocio adquirido por el ahora recurrido [Luis Pedro] dimanan de la incoación de expediente para la recuperación de oficio del dominio público marítimo-terrestre a la mercantil «Puerto Rico, S.A.», concesionaria originaria y de la que el ahora recurrente [Millán] derivaba sus derechos concesionales de explotación, después transmitidos al aquí recurrido [Luis Pedro]. Precisa el recurrente [Millán] en su recurso que se le imputa falta de información no sobre la existencia de un procedimiento de recuperación de oficio dirigido contra la terraza kiosko bar (la iniciación de tal procedimiento administrativo se notificó el 27 de noviembre de 2001, una vez consumada la venta), sino sobre la existencia de un procedimiento administrativo sancionador contra un tercero, «Puerto Rico, S.A.», en el que se había personado Millán [vendedor] como interesado secundario o mero interviniente, tal y como quedó acreditado en autos. Pues bien, las mismas razones que impulsaron a éste [a Millán] a intervenir en tal procedimiento, cuando se le concedió trámite de alegaciones, es obvio que serían igualmente predicables del adquirente del derecho concesional cuestionado por la Administración.

2.º Llama la atención que ninguna reseña se contenga en el negocio traslativo al origen de tal derecho concesional, ni se llegue a mencionar en ningún momento a la concesionaria primitiva, la mercantil «Puerto Rico, S.A.».

3.º La accesibilidad del vendedor [Millán] a la información acerca de las incidencias administrativas del negocio transmitido torna desproporcionado el gravamen que se quiere hacer recaer sobre el comprador [Luis Pedro] hoy recurrido (consultas a Registros, a Autoridades Administrativas), antojándose alguno de dichos trámites, a priori, infructuosos a fin de tomar conocimiento de la verdadera situación a que, a futuro, podía quedar afecto el referido negocio.

5.º Como recuerda la Sentencia de 3 de julio de 2007 [que extracto en la anterior [B]], esta Sala tiene declarado que el dolo contractual que determina la nulidad del negocio debe tener carácter grave -SSTS de 29 de marzo de 1994⁵⁷⁸, 12 de junio de 2003⁵⁷⁹ y 19 de julio de 2006⁵⁸⁰ -. En el presente caso, la misma naturaleza del expediente incoado (recuperación posesoria por la Administración) comporta un riesgo de considerable gravedad para los derechos adquiridos por el aquí recurrido [Millán], máxime cuando se estipuló que las fincas transmitidas se encontraban libres de cargas y gravámenes, resultando de interés la referencia que en la escritura en cuestión se realiza a la urgencia en la autorización del negocio, motivo por el cual, se hizo constar, no se solicitó información registral. Por otro lado, obvio es que no puede erigirse en criterio para valorar la gravedad o no de la conducta del vendedor [Millán] el dato esgrimido por el recurrente en su recurso relativo a la recurribilidad de las resoluciones administrativas y a la expectativa de pendencia judicial» (cursiva mía; FD 2.º).

[D] La STS, 1.ª, 03.03.2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile)

[D.1] Reitero los hechos. En esencia, el 06.03.2013, la prestataria Benito Sistemas de Carpinterías, S.A. (empresa en aquel entonces controlada por César y Conrado) celebra un préstamo participativo con SRP (prestamista) de 1.500.000 €, siendo cofiadores solidarios y a primer requerimiento Ibersa (em-

4.º No se puede circunscribir la efectividad de la cláusula de renuncia al saneamiento por evicción a las posibles incidencias jurídico administrativas del bien objeto del contrato, tal y como pretende el recurrente [Millán], que quiere ver en tal renuncia suscrita una aceptación de las resultas de un proceso administrativo incoado del que, quedó probado, ninguna constancia tenía el comprador [Luis Pedro] al tiempo de adquirir el negocio» (FD 2.º).

⁵⁷⁸ En esta STS, 1.ª, 29.03.1994 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda) se consideró que no hubo dolo y solo se indica en lo que ahora interesa: «[...] d) Que sea grave si se trata de anular el contrato; [...]» (cursiva mía; FD 1.º; esto se encuentra en el fragmento que *supra*, [34] [A.1] reproduzco de esta sentencia a propósito de la enumeración de los requisitos del dolo).

Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

⁵⁷⁹ En esta STS, 1.ª, 12.06.2003 (Pte. Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán) se consideró que no hubo dolo y solo se indica en lo que ahora interesa: «Que sea grave si se trata de anular el contrato./[...]» (esto se encuentra en el fragmento que *infra*, [101] [D.3] reproduzco de esta sentencia, al ocuparme de la prueba del dolo).

Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

⁵⁸⁰ En esta STS, 1.ª, 19.07.2006 (Pte. Excmo. Sr. D. Román García Varela) se entiende que no hubo dolo y en lo que ahora interesa: «Es preciso sentar que el dolo principal o causante, que necesariamente ha de ser grave, [...], y, en el caso, se acepta en esta sede la argumentación de la sentencia recurrida, concerniente a que ni los vendedores maliciosamente dejaron de advertir al comprador la existencia de la anotación de la hipoteca sin cancelar, pues toda la prueba conduce a la conclusión de que ni los mismos interesados tenían conocimiento de la existencia de la carga, una hipoteca contraída en 1957, cuyo principal se pagó, cuatro años antes de que los vendedores adquirieran el inmueble por donación de sus padres en 1977, ni objetivamente puede entenderse que la falta de información de que restaba por pagar una cantidad de 50.000 pesetas debida en concepto del resto de intereses y costas en una compraventa de una finca por un precio de 9.800.000 pesetas, puede considerarse como grave en el sentido de que si el comprador la hubiere conocido no hubiera celebrado el contrato» (cursiva mía; FD 4.º; esto se encuentra en el fragmento que *infra*, [81] [A.3] reproduzco de esta sentencia al ocuparme del comportamiento excusable o inexcusable de la víctima del dolo; *vid.* también FD 1.º).

Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

presa controlada por César y Conrado) y Arcadio (que en aquel entonces tenía el 25% del capital social de *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.*). El 08.04.2013 (casi un mes después de celebrar la fianza solidaria) se presenta solicitud de declaración de concurso y el 26.06.2013 se dicta auto en el que se declara en concurso de acreedores a *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* Ante el incumplimiento de *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* (prestataria) para la devolución del préstamo participativo y habiendo SRP (prestamista) requerido a los cofiadores solidarios, el 27.02.2014 el cofiador solidario *Ibersa* acuerda con SRP el pago fraccionado del 1.500.000 € en cuotas mensuales de 12.500 €, produciéndose el primer vencimiento el 05.03.2014. Tras diversos pagos, *Ibersa* (cofiador) demanda a Arcadio (el otro cofiador) y pide su condena al pago de 43.750 € (acción de repetición) y al pago de las prestaciones futuras a devengar según el acuerdo de 27.02.2014 pactado entre SRP (prestamista) e *Ibersa* (cofiador). Arcadio reconviene contra *Ibersa*, César, Conrado, *Ventanas del Occidente, S.L.*, SRP, y *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* y pide la nulidad del aval por error y dolo.

En primera instancia se desestima la demanda de *Ibersa* y estima la reconvencción de Arcadio al existir dolo, pues a la fecha de la celebración del préstamo y de la cofianza solidaria, la prestataria *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* era insolvente, lo que sabían César y Conrado e *Ibersa* (esta última controlada por los dos anteriores y cofiador) y desconocía Arcadio (cofiador), al que no se le informó, siendo el dolo suficientemente grave como para que Arcadio tuviera un vicio del consentimiento. En segunda instancia se entiende, entre otras cosas, que no hubo dolo grave y se condena a Arcadio al pago de 43.750 € y al de las prestaciones futuras con interés según el acuerdo de 27.02.2014 pactado entre SRP e *Ibersa*. Arcadio recurre en casación y alega que padeció dolo de César y Conrado. El Tribunal Supremo casa y declara sin valor la condena de Arcadio. El Tribunal Supremo, que diferencia los vínculos entre acreedor y deudor de la obligación principal, entre deudor y fiador, y entre cofiadores, entiende que hubo dolo y que fue grave. Si bien la relación de fianza entre SRP (prestamista, acreedor) y los cofiadores no es anulable, Arcadio, que sufrió el dolo del deudor, dolo conocido por *Ibersa* (el otro cofiador), no tiene que pagar lo que este último le pide.⁵⁸¹

[D.2] *En primera instancia se señala que el dolo fue lo suficientemente grave como para que hubiera un vicio del consentimiento.* En concreto:

«que hubo una «conducta omisiva que provocó una declaración negocial por parte del demandado [Arcadio] que de otro modo no habría realizado», conclusión que refuerza con el siguiente razonamiento:

«no resulta lógico ni razonable que a sabiendas del cierto incumplimiento de la obligación por el deudor principal [*Benito Sistemas de Carpintería, S.A.*] y poseyendo tan solo un 25% de la sociedad, [...] Arcadio se hubiera obligado de forma solidaria y con renuncia a los beneficios que la ley le concede a avalar personalmente y de forma solidaria a primer requerimiento una obligación de pago de la envergadura de la reclamada en autos; y en segundo lugar, fue de la

⁵⁸¹ Extracto los hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

gravedad suficiente como para hacer incurrir en un vicio de consentimiento a la parte que lo ha alegado [Arcadio]»» (cursiva mía; FD 1.º)⁵⁸².

[D.3] *En segunda instancia se considera que el dolo no fue grave y el error que Arcadio sufrió no es excusable (autorresponsabilidad y buena fe). Se explica:*

«la Audiencia si bien admite que existió una actuación maliciosa llevada a cabo por [...] Cesar [y] Conrado como nuevos integrantes del consejo de administración, considera que «no reviste el carácter de grave que exige el art. 1270 C. civil para otorgarle eficacia invalidante». Esta valoración la fundamenta en dos razones:

(i) *si bien es cierto que la información del balance de situación cerrado el 31 de diciembre de 2012, que se acompaña en la escritura del préstamo, no refleja la imagen fiel de la situación patrimonial y financiera de la sociedad en aquel momento, entiende que «la distorsión no era tan significativa», pues comparando esa información con la verificada posteriormente en el procedimiento concursal resulta que: (a) los fondos propios no eran de 903.189,73 euros sino tan solo de 323.587,08 euros, destacando que ambas cifras son positivas; y (b) el resultado del ejercicio anterior no era de -1.989.738,26 euros, sino -2.229.247,85 euros, subrayando que ambas magnitudes eran negativas; y*

(ii) *el hecho de que el importe obtenido por el préstamo participativo no fuera destinado a financiar un plan de inversiones, conforme a lo expresamente pactado, sino al pago de gastos corrientes y a la extinción de otras deudas «tampoco constituye un elemento a destacar habida cuenta que la situación patrimonial era tan deficitaria que la sociedad tuvo que acudir a comunicar el precurso tan solo un mes después de la firma del préstamo, lo que revela su inviabilidad en el tráfico».*

Con base en estos elementos la Audiencia llega a la conclusión de que «en aplicación de los principios de autorresponsabilidad y buena fe el demandado [Arcadio] no puede excusarse en la invocación del error como vicio invalidante de la garantía otorgada»» (cursiva mía; FD 3.º 12)⁵⁸³.

[D.4] *En su recurso de casación, Arcadio, tras explicar que fue engañado (lo que transcribo supra, [22] [A.2]), apunta que el engaño fue además grave:*

⁵⁸² Para la argumentación más completa de la sentencia de primera instancia, incluido el texto que transcribo en el cuerpo del texto, *infra*, nota 35 del Anexo de sentencias.

⁵⁸³ Teniendo en cuenta lo que reproduzco en el cuerpo del texto de la sentencia de segunda instancia, interesa conocer *qué alegaba SRP, la prestamista, en su recurso de apelación sobre que el dolo no había sido grave*: «Por su parte, SRP [prestamista] en su escrito de oposición centra sus alegaciones fundamentalmente en la inadmisibilidad del recurso por alteración de la base fáctica del proceso, y en cuanto al fondo aduce que no concurre dolo grave por dos razones: (i) *dada la posición del recurrente [Arcadio] de socio y consejero de la sociedad no puede alegar ignorancia de la deficitaria situación de la sociedad fiada [Benito Sistemas de Carpintería, S.A.]; y (ii) aun existiendo discrepancia entre los datos reflejados en la contabilidad de la sociedad [Benito Sistemas de Carpintería, S.A.] y los datos reales, la diferencia no es suficientemente notable para que pueda calificarse de dolo grave*. Finalmente añade que en caso de anularse el contrato ello no debe perjudicar la relación bilateral entre SRP [prestamista] y el fiador, sino solo debería afectar a las relaciones contractuales entre los cofiadores» (cursiva mía; FD 1.º3.).

«Hubo, pues, una maquinación, *un engaño grave que determinó la voluntad* [...] [de] *Arcadio a prestar consentimiento y avalar un préstamo de 1.500.000 euros*. Nunca lo hubiera consentido de no mediar dicho engaño pues carece de todo sentido y lógica que mi mandante [Arcadio] avale personalmente con todo su patrimonio un préstamo de un millón y medio de euros a sabiendas de que la sociedad prestataria [*Benito Sistemas de Carpintería, S.A.*] está en insolvencia y a punto de concursar. Es absurdo que avale un préstamo si sabe que va a tener que asumirlo y pagarlo personalmente casi de inmediato» (cursiva mía; FD 2.º).

[D.5] *Finalmente, el Tribunal Supremo entiende que el dolo fue grave.* Dice:

«13. [...].

En segundo lugar, *tampoco resulta acertado descartar la gravedad del dolo cuando expresamente se reconoce «distorsión» de la información sobre la situación patrimonial y financiera de la sociedad* [*Benito Sistemas de Carpintería, S.A.*] *en el momento de formalizarse el préstamo participativo y el contrato de fianza, información en la que se presenta como cifra de fondos propios una que casi triplica la real (903.189,73 euros frente a tan solo de 323.587,08 euros), sin que esa distorsión se palie por el hecho de que las diferencias existentes en la cifra del resultado del ejercicio anterior no alcance esa magnitud (se afirmó que el resultado negativo fue de -1.989.738,26 euros, cuando realmente fue de -2.229.247,85 euros).*

En tercer lugar, la falta de transcendencia que el tribunal de apelación atribuye al hecho de que el importe obtenido por el préstamo participativo no fuera destinado a financiar el plan de inversiones previsto, conforme a lo expresamente pactado, sino al pago de gastos corrientes y a la extinción de otras deudas no resulta tampoco acertado. No se trata ahora, como se ha dicho de valorar el posible error en la representación mental que se hubiera podido hacer [...] *Arcadio* en el momento de la firma del contrato de fianza, lo que no puede ser valorado a la luz de hechos posteriores a ese momento, sino de constatar que los hechos subsiguientes a la celebración del contrato y, en particular, el concreto destino dado a los fondos obtenidos con el préstamo sí puede resultar revelador de la intención de quien dispuso tal destino (art. 1282 CC). La gravedad del incumplimiento sobre el destino de los fondos es manifiesto pues en el contrato de préstamo se preveía tal hecho como causa de vencimiento anticipado (estipulación décima), lo que implicaba perder el derecho de carencia de dos años en la amortización del préstamo:

[...]

En cuarto lugar, *la gravedad del engaño deriva también del hecho de que el destino del préstamo al pago perentorio de gastos corrientes y deudas vencidas resultaba de una situación que ya se había revelado en un momento anterior a la celebración de los contratos de préstamo y fianza, como lo prueba el hecho de que en la comunicación al juzgado mercantil del art. 5 bis LC hecha el 8 de abril de 2013, un mes después de la firma de aquellos contratos, se alegase la «concurencia del presupuesto de insolvencia actual» de la sociedad* [*Benito Sistemas de Carpintería, S.A.*], en alusión a las reclamaciones extrajudiciales de los

acreedores y a las dificultades para atender los vencimientos mensuales de las deudas con la Tesorería de la Seguridad Social y de la Agencia Tributaria «*en los dos últimos meses*». No se trata solo de que desviar los fondos obtenidos del préstamo respecto del destino pactado contractualmente (desarrollo del plan de negocio destinado a reflotar la empresa) suponga alejar la posibilidad de recuperar su viabilidad económica, y de generar un efecto de vencimiento anticipado prematuro, sino que, además, *pone de manifiesto*, como reconoce la Audiencia, la «*inviabilidad en el tráfico*» de la sociedad [Benito Sistemas de Carpintería, S.A.] ya en aquel momento de la celebración de los contratos de préstamo y fianza, lo que contrasta con la información proporcionada por [...] Cesar [y] Conrado tanto a la sociedad prestamista [SRP] como [...] [a] Arcadio. Engaño que, como reconoce la Audiencia, no alcanzó a IBERSA, cofiador solidario junto con [...] Arcadio, pues esa sociedad [Ibersa] estaba controlada también por [...] Cesar [y] Conrado.

Finalmente, *la gravedad de todo lo anterior se acentúa como consecuencia de otros tres factores adicionales*: (i) la concurrencia de causa de vencimiento anticipado del préstamo y la citada inviabilidad de la empresa no solo afectaba [...] [a] Arcadio por razón de su titularidad sobre el 25% del capital de la sociedad [Benito Sistemas de Carpintería, S.A.], sino también porque el precio pactado en la escritura de venta del paquete accionario [...] [de] Arcadio a favor de la sociedad Ventanas del Occidente, S.L., participada por [...] Cesar [y] Conrado (364.642,46 euros) se aplazó y condicionó en dicha escritura, de forma que se haría efectivo «en el plazo de 30 días a contar a partir del 31 de julio del ejercicio siguiente al que la sociedad Benito Sistemas de Carpintería, S.A. tenga un resultado positivo después de impuestos (*bottom line*); (ii) la elevada cantidad afianzada de forma solidaria y con renuncia de los beneficios legales; y (iii) la desproporción entre esa fianza solidaria por la totalidad del préstamo, junto con la cofiadora Ibersa, y el porcentaje de participación en el capital de la sociedad prestataria y afianzada.

14. En consecuencia, resulta más ajustado a la jurisprudencia de esta sala, aplicada a la base fáctica de la litis fijada en la instancia, apreciar la concurrencia del dolo omisivo en el consentimiento contractual prestado por el recurrente [Arcadio] al formalizar el contrato de fianza controvertido, pues concurren todos los requisitos que exige para ello el Código civil y la jurisprudencia.

Resumendo lo dicho, esta conclusión se apoya, en síntesis, en las siguientes consideraciones: (i) una vez producido el cambio accionario de la sociedad, [...] Arcadio fue apartado inmediatamente de la gestión [de Benito Sistemas de Carpintería, S.A.]; (ii) se le obstaculizó el conocimiento de las cuentas y la situación económica de la sociedad [Benito Sistemas de Carpintería, S.A.]; (iii) se impartieron instrucciones internas para [que] no se facilitasen datos de la sociedad [...] [a] Arcadio; (iv) el hijo [...] [de] Mateo [*sic*; Mateo, el hijo de Arcadio] siguió trabajando en la sociedad [Benito Sistemas de Carpintería, S.A.] relegado a labores administrativas auxiliares y tampoco tenía acceso a la información financiera de la sociedad [Benito Sistemas de Carpintería, S.A.]; (v) el recurrente [Arcadio] no intervino en la negociación del préstamo participativo ni en la elaboración del plan de negocio; (vi) las cuentas e

información que [...] Cesar [y] Conrado facilitaron para obtener el préstamo participativo estaban distorsionadas; (viii) el préstamo se utilizó para fines distintos de los previstos y pactados (se pagaron gastos corrientes en lugar de acometer las inversiones para reactivar la empresa [*Benito Sistemas de Carpintería, S.A.*]); (ix) igualmente se ocultó al recurrente [Arcadio] la presentación del pre-concurso, lo que se llevó a cabo solo un mes después de suscribir el préstamo; (x) resulta también revelador de la preeminencia en el proceso negociador de las sociedades participadas por [...] Cesar [y] Conrado el hecho de que la sociedad prestamista [SRP] firmase exclusivamente con Ibersa [cofiador] el 27 de febrero de 2014 una escritura pública por la que documentaban un acuerdo de refinanciación del préstamo, modificando el calendario de amortización y fijando unos intereses remuneratorios por tal aplazamiento, sin intervención alguna [...] [de] Arcadio.

La situación económica y financiera real de la sociedad «Benito Sistemas» [de Carpintería, S.A.] era conocida por [...] Cesar [y] Conrado y por las sociedades por ellos controladas, y desconocida por el recurrente [Arcadio], lo que presente [sic; presenta] la relevancia y gravedad exigible (art. 1270 CC) para determinar la apreciación del dolo en su modalidad de causante (causam dans), porque es conforme a la razonabilidad de las cosas que, de haber conocido la real situación económica y financiera existente al tiempo de perfeccionarse el vínculo contractual (préstamo y fianza), el recurrente [Arcadio] no habría afianzado el préstamo. Tal y como concluyó acertadamente el juez de instancia «no resulta lógico que a sabiendas de la situación de insolvencia del deudor principal [Benito Sistemas de Carpintería, S.A.] y poseyendo tan solo un 25% de capital en la sociedad [Benito Sistemas de Carpintería, S.A.] se hubiera comprometido de forma solidaria y con renuncia a los beneficios que la ley le concede a avalar una obligación por una cuantía tan importante [1.500.000 €] como la ahora reclamada» (cursiva mía; FD 3.º).

[74] Por último, la afirmación más o menos completa de que *la candidez, la ingenuidad, o la confianza o la buena fe de la víctima no evitan entender que haya existido dolo*, es empleada por el Tribunal Supremo en diversas sentencias que, aunque las analizo en otras partes del trabajo, por la relevancia de la anterior doctrina, considero oportuno reproducir *aquí solo lo directamente relacionado* (así, en la siguiente [A]). Después, en este mismo [74] y en [B], expongo la STS, 1.ª, 15.06.1995, no extractada en el resto del trabajo.

[A] *Algunas sentencias del Tribunal Supremo como ilustración de que la candidez, la ingenuidad, la confianza, o la buena fe de la víctima del dolo no impiden entender que hubo dolo*

a) En la STS, 1.ª, 26.10.1981 (Pte. Excmo. Sr. Carlos de la Vega Benayas; doy cuenta *infra*, [80] [B]) se lee, que «la maquinación insidiosa es independiente de la actitud de la parte afectada (en el recurso se habla de «candidez»); es

decir, porque no se puede ni se debe premiar la mala fe insista [*sic*; ínsita] en el dolo so pretexto de la confianza ajena, calificando a ésta de ingenuidad («simplícitas»), como si el Derecho debiera ser más el protector de los asuntos [*sic*; astutos] que el defensor de los confiados, concepto o conductas que no pueden equipararse a los de diligencia o negligencia (y de ahí que «vigilantibus non durmientibus [*sic*] iure succurrunt») como pautas que el Derecho ha de valorar otorgando su protección al hombre cuidadoso frente al negligente, y evidente resulta que no puede calificarse de negligencia o simplicidad la actitud de las compradoras que se aquietan y confían, como cualquier hombre razonable, ante el dato de una escritura pública de propiedad, en sí constituyente de fe pública» (FD 5.º).

b) En la STS, 1.ª, 15.07.1987 (Pte. Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas; doy cuenta *supra*, [23] [A]) se afirma, que «de igual forma que no elimina la existencia del dolo empleado por una parte la circunstancia de la ingenuidad o la buena fe de la otra» (FD 2.º).

c) En la STS, 1.ª, 23.07.1998 (Pte. Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes; doy cuenta *infra*, [101] [C]) se dice, «cosa que aquí no se ha conseguido [probar el dolo], ni aún teniendo en cuenta que abarca no solo la insidia o maquinación directa, sino también la reticencia del que calla o no advierte a la otra parte, aprovechándose de ello, sin que lo elimine la ingenuidad o buena fé de la otra» (FD 4.º)

d) En la STS, 1.ª, 22.12.2001 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; doy cuenta *supra*, [72] [B]) se dice, «[l]o que se vino a generar fue efectivo vicio del consentimiento al darse error decisivo en la contratación, provocado por quien pretendía beneficiarse de la actuación y trata de buscar cobijo en la buena fe de quien resulta perjudicado (Sentencias de 1-10-1986, 29-3-1994 y 26-6-1995)» (FD 3.º1).

e) En la STS, 1.ª 11.07.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán; doy cuenta *supra*, [55] [A.2] e *infra*, [133] [B]) se lee, «[...] sin que lo [al dolo] invalide [*sic*; invalide] la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada (STS 15-6-95, con cita de otras anteriores, y en términos muy similares SSTS 23-7 y 31-12-98)» (FD 2.º).

f) En la STS, 1.ª, 26.03.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; doy cuenta *supra*, [34] [A.2], [55] [A.3] y [73] [C]) se señala, «[e]n este mismo sentido señalaba la Sentencia de 11 de julio de 2007 que «el dolo [...], sin que lo invalide la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada—STS 15-6-95, con cita de otras anteriores, y en términos muy similares SSTS 23-7 y 31-12-1998—» (FD 2.º).

g) En la STS, 1.ª, 03.03.2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile; doy cuenta *supra*, [22] [A] y [73] [D] e *infra*, [87] [D]) se lee, que «tampoco resulta acertado el argumento de la Audiencia de que, conforme a los principios de autorresponsabilidad y buena fe el demandado [Arcadio] no puede excusarse en la invocación del error como vicio invalidante de la garantía otorgada, no solo porque esta idea envuelve una confusión entre dolo y error, sino también porque como se dijo *supra*, según reiterada jurisprudencia no invalida el dolo la «con-

fianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada» (sentencias de 11 de julio de 2007 y 26 de marzo de 2009, entre otras)» (FD 3.º13)⁵⁸⁴.

[B] *La STS, 1.ª, 15.06.1995 (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz)*

En síntesis, el 05.06.1986, Estefanía (compradora) compra unas acciones a Eugenia (vendedora), no informándole esta última que las acciones adquiridas formaban parte de una sociedad anónima laboral y que no podía alcanzar la condición de profesora. Estefanía (compradora) demanda a Eugenia y Juan Luis (esposo) y pide, entre otras cosas, la nulidad del contrato celebrado por las maquinaciones insidiosas de Eugenia, con las oportunas y recíprocas restituciones. Eugenia y Juan Luis reconviene y suplican la declaración de resolución del contrato y la condena a Estefanía al pago de 923.444 pesetas (daños). En primera instancia se desestima la demanda de Estefanía (compradora) y estima la reconvencción de Eugenia y Juan Luis. Estefanía (compradora) apela y en segunda instancia se declara nulo el contrato y se condena a Eugenia y Juan Luis a que devuelvan a Estefanía la cantidad de 923.444 pesetas. Eugenia y Juan Luis recurren en casación. El Tribunal Supremo, aun reconociendo que no se alcanza la cuantía

⁵⁸⁴ *Y más allá de lo expuesto en el cuerpo del texto, con frecuencia es citada por el propio Tribunal Supremo, o por los autores, la STS 20.01.1964 (Pte. Excmo. Sr. D. Emilio Aguado González) en relación con la buena fe del que sufre el dolo. Sin embargo, se aplica el artículo 1266 CC (error) y no el artículo 1269 CC (dolo), aunque el dolo aparezca evocado. Recuerdo sus hechos. Básicamente, los compradores Hilario y Baldomero, que tienen una sociedad irregular y se dedican a la reventa especulativa de solares y de edificios, compran a Carlos un terreno que respondía a su actividad profesional. Aquéllos preguntaron varias veces a Carlos si el terreno estaba afecto a expropiación, lo que Carlos les negó e Hilario y Baldomero le entregan 100.000 pesetas en concepto de arras confirmatorias. Después, Hilario y Baldomero son informados de la expropiación por razones de prolongación de una calle y ensanche de otra de 400 m² que representan el 20% de la extensión total del terreno. En segunda instancia se declara nula la compraventa por error del artículo 1266 CC. El vendedor Carlos interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo no casa. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.*

En lo que ahora interesa, el Tribunal Supremo manifiesta:

«Que, en el tercer motivo del recurso, [...], se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, para combatir el que la Sala da por acreditado en los actores [Hilario y Baldomero], al formalizar el contrato originario del litigio y que, en sentir del recurrente [Carlos], evidencia la certificación expedida por la Comisaría de Urbanismo de Madrid respecto a la existencia del proyecto de ordenación de la zona de Canillas, aprobado en 12 diciembre 1956, pero habida cuenta de que, por documento auténtico, a los efectos de casación, ha de entenderse aquel extrínsecamente legitimado al efecto, y que, intrínsecamente, evidencia un hecho contrario al admitido por el Tribunal sentenciador, la certificación aludida sólo demuestra la realidad de un simple Proyecto y no que de él tuvieran conocimiento los actores [Hilario y Baldomero] y como lo afirmado por la Sala es que estos fueran inducidos al contrato, en la seguridad que el vendedor [Carlos] les reiteró de que el terreno a vender no estaba afectado por ningún proyecto de reforma que mermase su edificabilidad, es obvio que, entre aquella certificación y lo afirmado por la Sala, no hay disparidad que pueda servir de base al motivo [de Carlos], al que resulta extraña la cuestión que en él trata de involucrarse de si los compradores [Hilario y Baldomero] no se debieron contar con aquellas seguridades y si acudir a informarse al organismo administrativo adecuado para ello, pues ni es obligada la duda de la buena fe de aquel con quien se contrata, ni admisible la equiparación que se intenta efectuar, entre una inscripción registral, con expresión legal de las limitaciones o cargas de un inmueble y un mero proyecto administrativo cuya posible ignorancia, no es asimilable a la de aquella ni está suplida o contrarrestada por ninguna presunción legal» (cursiva mía; cdo 5.º).

Doy cuenta de esta STS 20.01.1964, *supra*, nota 350.

mínima para acceder al recurso de casación y no casar (Fallo), manifiesta su decisión sobre el caso, que es que existió dolo de Eugenia («[a]unque no procediera la causa de desestimación del recurso a que nos hemos referido [...], al mismo resultado se llegaría [...]»; FD 3.º).

En lo que interesa, según el Tribunal Supremo:

«Aunque no procediera la causa de desestimación del recurso a que nos hemos referido en los fundamentos de derecho anteriores, al mismo resultado se llegaría previo examen del único motivo del recurso [...]. En efecto, atendiendo a la apreciación de las pruebas efectuada por la Sala de instancia, y teniendo en cuenta que los hechos en que se basa no han sido adecuada y eficazmente impugnados en el recurso, se considera: a) Que la prueba del dolo fue obtenida por la Sala de apelación previo examen de las practicadas en la litis, expresando en el fundamento jurídico 5.º de la sentencia los hechos en que se basa; hechos que ciertamente no son meras conjeturas o indicios (no haber advertido a la compradora que las acciones que le transmitió formaban parte de una sociedad anónima laboral, no fue advertida tampoco de la posibilidad de no poder alcanzar la condición de profesora, lo que se deduce razonablemente del anuncio en la prensa que la ahora recurrida siguió; b) Ello motivó una influencia antijurídica de los ahora recurrentes [Eugenia y Juan Luis] sobre la conducta de la recurrida [Estefanía, compradora] para decidirse a contratar. c) Tales hechos incumben en su apreciación al Tribunal sentenciador de instancia, si bien ha de reconocerse que es revisable en casación la conducta dolosa en su aspecto interno, subjetivo o ánimo de perjudicar, pues hay que distinguir la prueba de los hechos en que el dolo se basa, de la valoración o apreciación de esos hechos a fin de determinar la clase de dolo comprobado (sentencias de 21 de diciembre de 1963, 4 de diciembre de 1990 y otras); *sin olvidar que el dolo* abarca no solo la maquinación directa, sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte; *sin que lo invalide la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada* (sentencia de 26 de octubre de 1981 y 15 de julio de 1987). Consecuentemente esta Sala de casación en su limitada función revisora del concepto de dolo como vicio de los contratos no halla fundamentos suficientes para seguir criterio distinto del adoptado por la sentencia recurrida; lo que conduce a la desestimación del motivo alegado y con él a la del recurso» (cursiva mía; FD 3.º).

3.12 El dolo y la excusabilidad/inexcusabilidad del error

A) *La doctrina de los autores*

[75] *Si el dolo produce un error en su víctima, para que dicho error sea relevante, ¿ha de ser excusable?* Es esta cuestión conocida en el análisis del dolo. De Verda y Beamonte, *por ejemplo*, explica las dos posibles soluciones y la evolución habida entre los autores, como expongo en el siguiente [76].

Pero antes, conviene conocer lo que sucede en los derechos francés y belga para tal cuestión.

[A] *El derecho francés y la irrelevancia de la inexcusabilidad del error provocado por el dolo*

[A.1] *Con la redacción originaria del Code civil*

De la presente cuestión no se ocupaba el (ahora derogado) artículo 1116 CCF, que regulaba el dolo y transcribo *supra*, nota 90. En cambio, se ocupaban los autores, y por mi parte, informaba en 2020:

«[P]ara la reticencia dolosa, *no se cuestiona si el error cometido por el otro contratante (esto es, la víctima del dolo) fue o no excusable: la S 21.02.2001 afirma que «la reticencia dolosa siempre hace excusable al error provocado»* (en cambio, para la relevancia del error vicio del art. 1110.I CCF, el error debe ser excusable). Flour/Aubert/Savaux opinan que dicha regla sobre el dolo *puede sorprender por su carácter absoluto, pero puede justificarse en que, junto a la virtud de su simplicidad, lo esencial es la comparación entre las obligaciones de informar y de informarse que incumbe a cada una de las partes, y el resultado de dicha comparación no apela a la corrección complementaria»* (cursiva del original)⁵⁸⁵.

[A.2] *Con la redacción vigente del Code civil*

A diferencia de la anterior regulación del *Code civil*, en la vigente sí se dispone de una expresa norma. En 2020, informaba:

«Según el artículo 1139 CCF, *el error que resulta de un dolo siempre es excusable y es causa de nulidad incluso si recae sobre el valor de la prestación o sobre un simple motivo contractual* [traducción mía]. Deshayes/Genicon/Laithier apuntan que el artículo 1139 CCF *recoge tres soluciones firmemente establecidas en la jurisprudencia y en la doctrina, consistentes en que dichos errores –el inexcusable, el que recayó sobre el valor de la prestación o sobre un simple motivo contractual– indiferentes si se encuadran en el error vicio –que regulaba el derogado art. 1110 CCF y ahora se hace en los arts. 1132, 1135 y 1136 CCF– si fueron fruto del dolo, no son errores indiferentes. En tales casos, la preocupación de preservar los intereses del que contrató, con el que erró, no tiene lugar y se sustituye por la voluntad de sancionar al que deliberadamente provocó el error, y en esta mayor extensión de la nulidad por dolo, frente a la del error, reside uno de sus mayores atractivos en la práctica»* (cursiva del original)⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ FENOY PICÓN, ADC (2020) [24] p. 1369; *vid.* además notas 165 y 166 de pp. 1369-1370.

⁵⁸⁶ FENOY PICÓN, ADC (2020) [57] pp. 1413-1414; *vid.* además notas 326 y 327 de p. 1414.

Artículo 1139 CCF: «L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat».

[B] *El derecho belga y la irrelevancia de la inexcusabilidad del error provocado por el dolo*

[B.1] *Con la redacción originaria del Code civil*

Dada la misma redacción del artículo 1116 CCB con el (ahora derogado) artículo 1116 CCF (que transcribo *supra*, nota 90), en la regulación del dolo nada se indicaba a propósito de la inexcusabilidad del error, siendo los autores los que se ocupaban de ello. En 2020 y apoyándome en autores más modernos (2011 y 2013) decía:

«Wéry advierte que la deslealtad, de la que es culpable el autor del dolo, justifica cierta indulgencia respecto de su víctima. Y así, habiendo dolo, *la inexcusabilidad del error de la víctima no impide la nulidad del contrato*. En la importante *S 23.09.1977*, la *Cour* declaró que «si, según las constataciones soberanas del *juge du fond*, el dolo determinó el consentimiento, el cocontratante no puede invocar la imprudencia, ni incluso la negligencia grave e inexcusable de la víctima del dolo; la mentada imprudencia o negligencia no tiene por consecuencia hacer excusable, a su vez, al dolo, ni evitar la anulación de la convención o la concesión de daños y perjuicios. La víctima del dolo merece más indulgencia que el autor de las maniobras (*Fraus omnia corrumpit*). Si el error sobre el precio lo provocó el dolo, se sanciona con la nulidad del acto. En la misma línea de lo expuesto por Wéry, se manifiesta Von Ommeslaghe» (cursiva del original)⁵⁸⁷.

También acudí a De Page, autor más antiguo (1962) y explicaba:

«Según de Page, el dolo debe apreciarse de modo más amplio si la víctima es inexperta o ignorante en los negocios, solución opuesta a la admisión para el error y ello porque el dolo deriva de una voluntad maliciosa. *Sin embargo advertía*, que debía tenerse en cuenta cierta medida: maniobras que no habrían de tener efecto alguno sobre una persona *normalmente razonable e informada* no podrían considerarse constitutivas de dolo; si en la venta, el comprador puede fácilmente verificar las alegaciones incriminatorias, no hay dolo. Reconoce que, sin duda, es preciso apreciar la receptividad de la víctima *pro subjecta materia*, pero sin llegar tan lejos como para proteger la ignorancia imperdonable o la negligencia grosera, ya que cada uno debe conducirse en sus negocios con un mínimo de discernimiento y atención» (cursiva del original)⁵⁸⁸.

[B.2] *Con la redacción vigente del Nuevo Code civil*

Ahora, el (vigente) artículo 5.35.II NCCB dispone que «[e]l dolo es causa de nulidad independientemente del carácter excusable del error que de él resulta» (cursiva mía)⁵⁸⁹. Sobre el entonces proyectado artículo 5.39.III, del mismo tenor literal que dicho artículo 5.35.II NCCB, explicaba en 2020:

«En el *Comentario* del artículo [5.39] se indica, que en dicho párrafo III se prevé que el error de la persona engañada *no tiene que ser excusable* (cursiva del

⁵⁸⁷ FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [79] p. 1452; además, nota 505 de p. 1452.

⁵⁸⁸ FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [79] pp. 1452-1453; este párrafo que transcribo, en caja más pequeña en el original.

⁵⁸⁹ Artículo 5.35.II NCCB: «Le dol est une cause de nullité indépendamment du caractère excusable de l'erreur qui en résulte».

original). Así lo ha declarado la *Cour de Cassation* en diversas ocasiones, invocando el principio general de derecho *Fraus omnia corrumpit*, que evita que el dolo procure una ventaja a su autor. Se recuerda que el nuevo (y vigente) artículo 1139 CCF [...] [que traduzco en el anterior [A.2] y reproduzco *supra*, nota 586] y una importante parte de la doctrina aprueban igualmente la expuesta solución. Cuando el dolo conduce a la anulación de la convención, el autor del dolo no puede invocar la imprudencia, ni incluso la negligencia grave e inexcusable de su víctima y está obligado a la reparación integral del daño. Desde 2002, la *Cour de Cassation* estima que el principio general *Fraus omnia corrumpit* excluye que el autor de una culpa intencional pueda hacer valer una responsabilidad compartida con la víctima negligente» (salvo indicación en contrario, cursiva mía)⁵⁹⁰.

[76] Según De Verda y Beamonte, una solución a la cuestión que dejé planteada en el anterior [75], consiste en «estimar que el dolo de la parte contraria [del destinatario de la declaración] no exime de un examen de la diligencia desplegada por el *deceptus* durante los tratos preliminares y al tiempo de la conclusión del contrato. Desde esta perspectiva, el error solo podrá ser imputado al destinatario [de la declaración] y, por ende, ser considerado excusable [para el declarante], cuando, analizadas las circunstancias del caso concreto, el juzgador llegue a la conclusión de que el declarante usó de una regular diligencia para evitar caer en la equivocación a la que le indujeron las maquinaciones insidiosas del cocontratante» (cursiva mía)⁵⁹¹. Apunta De Verda y Beamonte (en 2006) que esta tesis la defienden De Cossío y Corral [que expongo *supra*, [69] [A] a)], Luna Serrano (sobre este, dice Verda y Beamonte, lo defiende «en términos dubitativos»⁵⁹²) y Quiñonero Cervantes (cuyo texto transcribo *infra*, siguiente [B.1])⁵⁹³. De Verda y Beamonte, del que adelanto que no comparte que haya de exigirse la excusabilidad para el error debido al dolo, critica las opiniones de De Cossío y Corral, y de Quiñonero Cervantes, lo que expongo en las siguientes [A] y [B.2]). Por último, De Verda y Beamonte, que escribe en 2006, indica que la solución que postula «la exigencia del

⁵⁹⁰ FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [93] pp. 1465-1466.

⁵⁹¹ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 34.

⁵⁹² LUNA SERRANO dice en concreto: «Es de notar que el dolo determinante o grave produce la nulidad del contrato cuando provoca cualquier error que induce a contratar. El ordenamiento no exige, en efecto, ninguna cualificación del error, aparte de la de ser determinante de la contratación, esto es, la de ser esencial como motor del consentimiento, por lo que el error provocado por el engaño puede ser de cualquier tipo, obstativo o motivo, de hecho o de derecho, sobre el objeto o sobre la persona e incluso sobre los motivos. Parece, sin embargo, que debe exigirse al mismo el requisito de la excusabilidad, ya que en otro caso no habría dolo, porque el que lo sufre hubiera podido superar con la diligencia ordinaria la insidia de que era objeto» [(1987) p. 78].

⁵⁹³ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 35.

requisito de la excusabilidad, respecto al dolo-vicio, *parece ser paulatinamente abandonada por la doctrina*» (cursiva mía)⁵⁹⁴.

Por su parte y en 1994, Rojo Ajuria apunta que «un importante sector doctrinal [cita a Luna, Puig Brutau y Albaladejo] sigue sosteniendo que debe exigirse el requisito de la excusabilidad, ya que en otro caso [error inexcusable] no habría dolo, porque el que lo sufre hubiera podido superar con la diligencia ordinaria la insidia de que era objeto»⁵⁹⁵. Rojo Ajuria añade, que Díaz Alabart «se ha manifestado a favor de una apreciación subjetiva [para la gravedad del dolo], pero admitiendo la posibilidad de negligencia dentro de ese ámbito» (para la opinión de Díaz Alabart, *supra*, [69])⁵⁹⁶.

[A] *La crítica de De Verda y Beamonte a la tesis De Cossío y Corral*

La opinión de De Cossío y Corral [que expongo *supra*, [69] [A] a)] le «sugiere [a De Verda y Bemonte] los siguientes comentarios:

En primer lugar, es de observar que no se especifica [por parte de De Cossío y Corral] cuál sea el nivel de diligencia que habría de exigirse al declarante en orden a la evitación del error. Se alude [por De Cossío y Corral] a un «mínimo de actividad y prudencia», lo que parece remitir, no al criterio de la diligencia regular o media (criterio jurisprudencial de discriminación de la excusabilidad en sede de error), sino al de la *culpa lata* (criterio de discriminación de la excusabilidad en la tradición jurídica procedente del Derecho Romano).

En segundo lugar, suscita dudas (salvo aplicación en este punto de la regla *culpa lata dolo equiparatur*) pensar que la culpa del declarante puede compensar el dolo del destinatario [como dice De Cossío y Corral]. Es cierto que el Código civil, en su art. 1270, contempla el mecanismo de la compensación, pero no lo es menos, que lo hace a propósito de dos conductas dolosas *stricto sensu*.

En tercer lugar, me parece que la tesis expuesta [de De Cossío y Corral] parte del presupuesto implícito de que la no aplicación del requisito de la excusabilidad conduciría a un concepto rígido de dolo, en cuya apreciación no desempeñarían papel alguno las circunstancias personales del *deceptor*. Pero ello no

⁵⁹⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 35.

⁵⁹⁵ ROJO AJURIA (1994) p. 230; y en nota 141 de p. 230, explica y contraargumenta: «Luna [...], seguido por Puig Brutau [...], que también se apoya en la ya citada opinión de Giorgi. Albaladejo [...], afirma que permitir la impugnación por dolo, si el error es inexcusable, «sería premiar la irresponsabilidad del que lo sufre, que no debió caer en el error doloso». Pero a la inversa, no permitir la anulación supone premiar al contratante doloso, que siempre podrá intentarlo, y probar la capacidad defensiva de la otra parte. Como iremos viendo, creemos [ROJO AJURIA] que confiar en la otra parte no es siempre una irresponsabilidad, y que es preferible proteger a quien confía a dejar impune al contratante doloso» (apellidos de los autores, mayúsculas en el original).

⁵⁹⁶ ROJO AJURIA (1994) p. 230; y en nota 142 de p. 230, explica y contraargumenta: «Díaz Alabart [...]: «Pues una cosa es no haber resistido el engaño quien no tiene dotes para ello, y otra que no haya de sufrir las consecuencias quien no guarda la diligencia que sus dotes le permiten». Ahora bien, si el requisito de la excusabilidad en el error se aprecia también según la condición de las personas (Morales [...]), se puede asimilar la postura de la autora [Díaz Alabart] a la exigencia de que el error provocado por dolo sea excusable» (apellidos de los autores, mayúsculas en el original).

tiene por qué ser así. Hay que tener en cuenta que negar la existencia del requisito de la excusabilidad no significa prescindir totalmente del examen de las concretas circunstancias personales de la víctima, tales como la edad, la profesión o las capacidades intelectuales, en la determinación del dolo-vicio. El examen de dichas circunstancias es improcedente si lo que se pretende es excluir la relevancia del dolo, argumentando que la víctima incurrió en negligencia (porque, mediante un comportamiento más diligente, debía haber evitado que su voluntad fuera captada por las maniobras ajenas). Sin embargo, las circunstancias personales de la víctima pueden ser de gran importancia en orden a la prueba del nexo de causalidad entre la conducta ilícita del *deceptor* y la prestación del consentimiento por el *deceptus*. Y es que, ante la dificultad de demostrar la relación de causalidad (*dolus causam dans*), podrá presumirse que las maquinaciones insidiosas del *deceptor* fueron determinantes del consentimiento de la víctima, si aquéllas razonablemente hubieran determinado a contratar a un individuo en el que concurrieran análogas circunstancias personales en el *deceptus* [...]. Pero ello no significa subordinar la relevancia del dolo a un requisito sustantivo no previsto por la ley (cual sería el de la excusabilidad), sino el mero recurso procesal a la prueba mediante presunciones (tal y como en la doctrina italiana [...])»⁵⁹⁷.

[B] *La tesis de Quiñonero Cervantes y la crítica de De Verda y Beamonte*

[B.1] Quiñonero Cervantes, *que analiza el dolo omisivo*, incluye varios y distintos aspectos en la *gravedad* del dolo del artículo 1270.I CC; en concreto, se refiere al dolo causal (el grave) y al incidental (el no grave), al *dolus bonus* y a la *diligencia exigible a la víctima del dolo* (*ha de desplegar la del buen padre de familia que es «el patrón del hombre corriente»*). Dice:

«La gravedad del dolo omisivo la podemos situar en la necesidad de que el error a que conduce la omisión o el silencio sea de tal naturaleza que con el conocimiento de lo ocultado el negocio no se hubiese perfeccionado. O de otro modo, que haya sido ese error mantenido por la ocultación dolosa, de tal gravedad, que sea lo que haya llevado al «deceptus» a perfeccionar el negocio.

Si se tiene en cuenta que el art. 1270 distingue el llamado dolo incidental, porque éste último no tiene una decisiva influencia en la prestación del consentimiento; es decir, que el error a que induce no reviste el carácter determinante anteriormente inducido, se sigue sancionando el dolo y obliga a indemnizar daños y perjuicios porque ha sido dolo, pero no produce la nulidad del negocio.

Determinar la gravedad del dolo lleva consigo necesariamente una valoración de las circunstancias que rodean a las partes del negocio y a una necesaria determinación de la adecuada diligencia que una persona ha de prestar para el perfeccionamiento del mismo. Es decir, han de tenerse en cuenta la calidad de la omisión, o de lo omitido, para averiguar si ello ha podido producir el error determinante del consentimiento, y además, la actitud del «deceptus» frente a ellos, es decir, si su actitud negligente ha propiciado su propio engaño.

⁵⁹⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) nota 52 de p. 35.

De otra parte entendemos que el dolo debe ser valorado en relación a las particulares condiciones del individuo y circunstancias del caso concreto. Algo así apunta Carresi [apellido, mayúsculas en el original], al afirmar que «habrá que atender especialmente a la posibilidad de que el perjudicado pueda entender en un estado momentáneo de debilidad mental o que favorezca la credulidad en la otra parte su confianza en la persona que lo engaña». A lo que ha de añadirse que si de debilidad mental se trata estaremos ante un caso de incapacidad y la impugnabilidad del negocio no sería por dolo, sino por debilidad mental; aparte de la responsabilidad en que pueda incurrir quien se aproveche de la debilidad mental de una persona.

En estrecha relación con el problema de la gravedad del dolo está la caracterización del llamado «dolus bonus», constituido por ciertas deformaciones de la realidad, que no van en contra de la buena fe, y que en sí no vician el consentimiento. El silencio, la actitud omisiva son medios propicios a la utilización de este «dolus bonus».

[...]

Así, pues, no todo engaño originado en una actitud reticente supone dolo en el sentido de vicio provocado, pues aun habiendo reticencia, parece no debe producir los efectos del dolo aquel falso conocimiento de la realidad, que a pesar de la reticencia u ocultación de la otra parte pudo ser evitado con una diligencia normal. [...].

Una cuestión que parece importante para la valoración de la gravedad del dolo es la ya aludida diligencia que debe observarse en el perfeccionamiento de todo negocio jurídico.

Para describirlo, aunque con particular referencia al cumplimiento de las obligaciones nuestro Código recurre a un tipo modélico, el del «buen padre de familia», estableciendo así un concepto abstracto que puede aludir a la diligencia de un hombre normal en determinadas circunstancias. *Acaso quepa utilizarlo también para exigir esa diligencia en el «deceptus» para que pueda considerarse viciado el consentimiento por el dolo omisivo; como dice Cossío [apellido, mayúsculas en el original] [...].*

El mencionado deber de diligencia está fundado en el principio general de buena fe [...].

¿En qué ha de consistir ese deber general de diligencia? La pregunta tiene difícil respuesta y habrá que averiguar, en cada caso concreto, lo que constituye una conducta normal: ese buen padre de familia, que no es [...] *el patrón del hombre ideal (como debería ser), sino el patrón del hombre corriente (como es) en el momento histórico determinado. Todo ello inducido del ambiente y los usos dominantes»* (cursiva mía)⁵⁹⁸.

[B.2] De Verda y Beamonte realiza «[d]os comentarios» a la tesis de Quiñonero Cervantes:

«En primer lugar, es de observar que inicialmente se plantea la cuestión de la negligencia imputable al *deceptus* en la evitación del engaño en el marco de la

⁵⁹⁸ QUIÑONERO CERVANTES, RDP (1979) pp. 350-352

apreciación del requisito de la gravedad. Es decir, a los efectos de determinar la existencia de un nexo de causalidad entre las maniobras insidiosas y la prestación del consentimiento. Sin embargo, lo cierto es que se acaba desbordando dicho marco. No se propugna, simplemente, que se tengan en cuenta las circunstancias personales de la víctima en orden a presumir que un individuo en análoga situación hubiera prestado el consentimiento. Se va más allá. Se excluye la relevancia del dolo cuando «pudo ser evitado con una diligencia normal». En definitiva, se acaba postulando la exigencia del requisito de la excusabilidad respecto del dolo-vicio (por más que, explícitamente, no se emplee dicha expresión).

En segundo lugar, hay que llamar la atención sobre el hecho de que la recepción del requisito de la excusabilidad, respecto del dolo, se extienda a la del criterio con que la jurisprudencia aprecia dicho requisito en sede de error, a saber, el criterio de la diligencia regular o media (no, pues, el de la ignorancia supina o *culpa lata*, propugnado por De Cossío [apellido, mayúsculas en el original; cfr. la anterior [A]])⁵⁹⁹.

[77] La otra solución a la cuestión que dejé planteada *supra*, [75] consiste, dice ahora De Verda y Beamonte, en «[i]mputar, en todo caso, el error doloso a la parte contraria [al destinatario de la declaración]. Con lo que la prueba del dolo supondrá la automática exclusión de la aplicación del principio de responsabilidad en el juicio de validez negocial. *De modo que el declarante [la víctima del dolo] conservará el derecho a demandar la anulación del contrato, incluso, en el supuesto de que su comportamiento en orden a la evitación del error pudiera ser considerado negligente*» (cursiva mía)⁶⁰⁰. Apunta De Verda y Beamonte (en 2006), que «[e]n la doctrina científica española se impone, cada vez con mayor claridad, la tesis de que la relevancia invalidante del dolo-vicio no se supedita al requisito de la excusabilidad» (cursiva mía)⁶⁰¹. Incluye aquí a Morales Moreno⁶⁰², y Rojo

⁵⁹⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) nota 54 de p. 36.

⁶⁰⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 34.

⁶⁰¹ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 36.

⁶⁰² a) Sobre Morales Moreno, DE VERDA Y BEAMONTE señala que «[e]n tal sentido se pronuncia [...], «quien invoca el error, no debe haber incidido en él por su propia culpa. En el dolo, por el contrario, no hace falta que concurren tales requisitos: basta que se haya producido una captación intencionada de la voluntad del contratante». Lo que, sin embargo, no es óbice para que el mismo autor [Morales Moreno] reconozca la necesidad de valorar las circunstancias personales de la víctima a los efectos de prueba del dolo, si aquellas circunstancias pueden hacer presumir la captación de la voluntad. Pero nótese que se trata de una apreciación de las circunstancias personales del *deceptus* en orden a la prueba del *dolus causam dans*, de la que, en ningún momento, es posible deducir que la relevancia invalidante del dolo (una vez demostrado éste) pueda quedar supeditada a un juicio del comportamiento del declarante en términos de culpa» [*RdP* (2006) pp. 36-37; en las notas 55 y 56 de pp. 36 y 37 respectivamente, DE VERDA Y BEAMONTE cita los comentarios a los artículos 1269 y 1270 CC que Morales Moreno publica en los conocidos coloquialmente como *Comentarios Edersa*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, pp. 389 y 405-406).

b) *Por mi parte añadido*, habiendo acudiendo a dichos *Comentarios Edersa* y en relación con la cuestión de que ahora trato, que MORALES MORENO manifiesta: «Hay razones que justifican que dolo y error sean figuras independientes./ a) Por lo que se refiere al supuesto de hecho, el del dolo y el del error son diferentes, aun en los casos en que el dolo haya consistido en un error inducido. *En el error (causal) son necesarios determinados requisitos que no son exigibles en el dolo*. Hace falta que el error afecte al

Ajuria⁶⁰³ (me ocupo particularmente de este último *infra*, siguiente [A] de este [77], y en la siguiente [B] de este [77], expongo la crítica que De Verda y Beaumont le hace).

A los autores citados por De Verda y Beaumont, añadido por mi parte a Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy y Bosch Capdevila⁶⁰⁴, y a Carrasco Perera⁶⁰⁵.

objeto del contrato (sea intrínseco) o a la persona (identidad, cualidades) del otro contratante. Asimismo, que se refiera a cualidades del objeto o de la persona tomadas en consideración en el contrato como esenciales (de modo explícito o implícito). *Además, quien invoca el error, no debe haber incidido en él por su propia culpa. En el dolo, por el contrario, no hace falta que concurren tales requisitos; basta que se haya producido una captación intencionada de la voluntad del contratante. [...]* [cursiva mía; (1993a) p. 390].

c) *Más allá de lo anterior*, recuerdo que MORALES MORENO diferencia entre el error imputable dolosamente al otro contratante (dolo), el error imputable a la culpa del otro contratante (error) y el error imputable al otro contratante sin culpa de este último (error). Esta diferenciación de supuestos está asentado en su pensamiento y en este sentido, *por ejemplo*: «Las diferencias entre dolo y error a que acabamos de referirnos [MORALES MORENO] no desaparecen aunque se limite la relevancia del error a sólo el imputable al otro contratante. Esta exigencia de imputabilidad en el error no implica la coincidencia del supuesto del dolo con el del error. Ciertos errores imputables entran dentro del campo del supuesto del dolo. Otros no./ Indudablemente es imputable el error dolosamente provocado. En este caso nos hallamos ante la figura del dolo, con las consecuencias que acabamos de señalar en cuanto al supuesto (ampliación del supuesto) y a los efectos (desvinculación/indemnización)./ También es imputable el error provocado por culpa de uno de los contratantes. En este caso nos hallamos ya fuera del supuesto del dolo y hemos de aplicar los requisitos objetivos del error (carácter intrínseco, esencial); además, aunque haya culpa en su provocación, no por ello dejará de considerarse la conducta del que lo invoca (excusabilidad) para poder calificar al error de imputable al otro contratante./ Puede ser, también, imputable el error, aunque no haya culpa en el contratante que lo provoca. Por ejemplo: si el vendedor ofrece al comprador información inexacta sobre el objeto vendido, y no le consta la inexactitud de esa información, ni le es posible descubrirla, utilizando la diligencia exigible» (pp. 391-392).

d) Por último y con anterioridad, en su monografía *El error en los contratos* de 1988, MORALES MORENO decía: «Acabamos de señalar cómo para que el error [del art. 1266 CC] sea relevante basta con que haya sido provocado (causado) por el otro contratante. No es necesario entrar en una valoración de su conducta con criterios éticos jurídicos; no es preciso imputarle, por dolo o culpa, el error padecido por la parte contraria. Pero esto no significa que en nuestro Derecho el dolo o la culpa de quien ha provocado el error carezcan totalmente de significación en el funcionamiento de esta figura; al margen de la que también puedan tener como criterios de imputación de responsabilidad. Tienen relevancia porque producen una alteración de los niveles de diligencia normalmente exigidos a la víctima del error, para admitir su protección./ [...] A la víctima del error se le exige normalmente que obre con la mínima diligencia exigible en el caso, es decir, que no incida en «culpa lata». Esta exigencia se le impone teniendo en cuenta que no es preciso que el otro contratante, al provocar el error, haya actuado con dolo o culpa. Pero cuando esto ocurra, se altera, como advertíamos antes, el nivel de diligencia exigible a la víctima del error. *Se transforma el criterio de valoración de la excusabilidad del error, en los siguientes términos./ Si el error ha sido provocado dolosamente, no importa la actuación negligente de quien lo padece. Así lo ha destacado el Tribunal Supremo. El tener que asumir las consecuencias del error ajeno, provocado, es uno de los aspectos de la sanción que merece la conducta dolosa./* Cuando el error se ha provocado negligentemente, también se rebaja el nivel de negligencia [*sic*] exigible al contratante que lo padece, en función del grado de culpa del que lo causa» [(cursiva mía; (1988) pp. 228-229; di cuenta de este autor en *ADC* (2017) [212]-[213] pp. 655-661].

⁶⁰³ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 37.

Vid. además LLOBET I AGUADO (1996) pp. 146, 147-148.

⁶⁰⁴ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA: «Para anular un contrato por dolo no hace falta que el error sea excusable» [(2021) p. 238].

⁶⁰⁵ CARRASCO PERERA: «Si el engaño es grave y causalmente determinante (o codeterminante al menos) de la declaración de voluntad del engañado, no importa que la conducta de éste haya sido poco

*En cuanto a De Verda y Beamonte, este considera que «[e]l error doloso es siempre excusable», «[r]azón por la cual la prueba del dolo del destinatario [de la declaración] supondrá la automática exclusión de la aplicación del principio de responsabilidad en el juicio de validez negocial» (cursiva mía)⁶⁰⁶. De Verda y Beamonte justifica su opinión con estos argumentos. Uno, que «[e]l dolo impide considerar digno de tutela el interés del destinatario [de la declaración] a la conservación del contrato, porque, concurriendo» el dolo, «no pude [sic; puede] decirse que la declaración suscitara en la parte contraria una confianza legítima y razonable respecto de la validez del contrato»⁶⁰⁷. Y otro, que «[l]a imputabilidad del error al destinatario [de la declaración] procede sin necesidad de un previo juicio de culpa de la diligencia desplegada por el *deceptor* para evitar la captación de su voluntad por las maniobras del *deceptor*. Y ello, por la diversa valoración, que, desde la perspectiva del principio de la buena fe, merece la posible negligencia en la que hubiera podido incurrir el *errans*, en contraste con el dolo del destinatario [de la declaración]. Aun cuando el comportamiento del declarante, en orden a la evitación del error pudiera ser calificado de negligente (aquél pudo haber remediado su yerro, mediante el uso de una regular diligencia), es evidente que merece un mayor reproche por parte del ordenamiento jurídico la mala fe ínsita en el dolo, que, por definición, presupone en el destinatario [de la declaración] una conducta captatoria de la voluntad ajena, que es ilícita, en dos planos: en el objetivo (infracción grave de los deberes de lealtad precontractual) y en el subjetivo (*animus decipiendi*). Por ello, el error doloso ha de reputarse siempre excusable: no es admisible que quien engaña pueda obtener una posición de ventaja, en perjuicio de quien (negligente o no) fue engañado. De ahí que no deba prevalecer el interés del destinatario [de la declaración] a la conservación del negocio, sobre el interés del declarante a la impugnación de su validez»⁶⁰⁸. En suma, entiende De Verda y Beamonte, quien actuó con dolo no puede confiar en la validez del*

descuidada o poco diligente. No es preciso que el error provocado por dolo sea excusable» [(2021) 8/23, p. 390].

⁶⁰⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 39.

⁶⁰⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 40; continúa: «No es ya que el destinatario [de la declaración] se hubiera mostrado negligente, por no haber reconocido el error del declarante o por no haber colaborado en deshacerlo como debiera, sino que él mismo lo provocó (dio origen a la causa de invalidez), mediante su comportamiento malicioso. El error doloso, en definitiva, ha de ser imputado al destinatario [de la declaración], porque se trata de un error inducido en virtud de una conducta merecedora del máximo reproche por parte del ordenamiento, en cuanto presupone una infracción consciente y maliciosa del principio de la buena fe y de los deberes de lealtad precontractuales» (cursiva mía).

⁶⁰⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 40; el autor suma a las justificaciones que expongo en el cuerpo del texto, la de que «[a]demás del que resulta del recurso al método comparado» (nota 65 de p. 39; se refiere, entre otras cosas, al derecho francés, y al italiano con su Código civil de 1865). *Vid.* además M. J. MARÍN LÓPEZ (2020) 133, p. 704.

contrato, siendo su conducta dolosa más reprochable, que la del otro contratante que erró por su negligencia.

[A] *La tesis de Rojo Ajuria para el dolo activo y para el mero silencio*

Antes adelanté en este [77], que iba a ocuparme particularmente de Rojo Ajuria y así hago ahora, exponiendo sus consideraciones según el dolo sea activo, en [A.1], o pasivo (el mero silencio), en [A.2].

[A.1] *Para el dolo activo*

Rojo Ajuria apunta, que «[a]nte una demanda de dolo el demandado puede contestar dos cosas: mi actividad presuntamente dolosa está tolerada por la conciencia social y es lícita; *mi actuación es efectivamente dolosa, pero el demandante, si hubiera sido una persona prudente y diligente, jamás debería haber confiado en mis engaños*» (cursiva mía)⁶⁰⁹. O, «[c]uando se habla de la tosquedad de un engaño, o de una mentira a la que una persona sensata no daría crédito, podemos estar limitándonos a inferir que *verosímelmente* el consentimiento no fue determinado por tal actividad, lo que es una simple cuestión de hecho (¿confió de hecho?). Pero también, mediante tales afirmaciones, se puede estar argumentando que la víctima *no hubiera debido* dar crédito y que si lo hecho [*sic*; ha hecho] ha de asumir las consecuencias, lo que es una cuestión de derecho (¿tenía derecho el engañado a confiar?)⁶¹⁰.

Más adelante, Rojo Ajuria afirma que «[e]n España la doctrina de los vicios del consentimiento también ha evolucionado hacia una valoración conjunta de la conducta de ambos contratantes. No obstante, un importante sector doctrinal sigue sosteniendo [recuerdo que Rojo Ajuria escribe en 1994] que debe exigirse el requisito de la excusabilidad, ya que en otro caso [inexcusabilidad] no habría dolo, porque el que lo sufre hubiera podido superar con la diligencia ordinaria la insidia de que era objeto»⁶¹¹. «Por nuestra parte [Rojo Ajuria] *nos sumamos a la opinión doctrinal minoritaria [en 1994] que opina que no basta la negligencia de la víctima para privar a ésta de la protección que le ofrece el dolo*» (cursiva mía)⁶¹².

Finalmente, a modo de recapitulación, Rojo Ajuria manifiesta:

⁶⁰⁹ ROJO AJURIA (1994) p. 226.

⁶¹⁰ ROJO AJURIA (1994) p. 227.

⁶¹¹ ROJO AJURIA (1994) p. 230.

⁶¹² ROJO AJURIA (1994) p. 231; como «opinión doctrinal minoritaria», ROJO AJURIA solo cita a Morales [Moreno] en nota 146 de p. 231.

Ahora bien, ROJO AJURIA convenía que «*hemos de admitir que nuestra postura tiene un obstáculo [esta cursiva, mía]: el requisito de gravedad establecido en el artículo 1270.1.º Cc. A nuestro juicio [ROJO AJURIA] tal obstáculo solo se puede superar con una interpretación correctora posibilitada por el propio artículo 3.1.º Cc. No cabe duda de que el artículo 1270 Cc responde a la filosofía de su tiempo, con una visión restrictiva del dolo vicio, y una concepción de los tratos precontractuales ajena al énfasis en la buena fe que se propugna hoy en día. Por ello, creemos [ROJO AJURIA] que en base a los artículos 3.1.º y 7.1.º Cc el requisito de la gravedad ha de interpretarse, en nuestra realidad social, de una forma muy amplia y flexible*» (p. 232).

«Sólo cuando efectivamente el caso pudiese ser calificado como un supuesto de dolo vicio⁶¹³ cabe plantear las conocidas defensas del autor del dolo: ese engaño no hubiera afectado a una persona sensata y no hubiera caído en el engaño si hubiese sido diligente.

La introducción de elementos objetivos en el análisis del dolo vicio tiene como principal razón de ser el evitar la proliferación de contratos anulables, perturbando seriamente la seguridad del tráfico. El precio a pagar parece excesivo en un ordenamiento jurídico regido por el principio de la buena fe: los contratantes con una inteligencia y cultura inferiores a la media, y los más confiados en la buena fe ajena, serían sujetos carentes de tutela jurídica. Por ello estimamos [Rojo Ajuria] que la apreciación del dolo ha de hacerse siempre en términos *subjetivos y concretos*. Pero la objetividad se puede introducir también en la configuración de la tipicidad del ilícito. Así la tradicional exclusión de las alabanzas en términos generales. Entendemos [Rojo Ajuria] que esta solución es más aceptable, aunque es evidente que plantea problemas de interpretación y de aplicación al caso concreto.

La valoración de la negligencia de la víctima o de la excusabilidad del error, incluso entendidas en sentido subjetivo, creemos [Rojo Ajuria] que introducen cuestiones ajenas y de difícil encaje en la figura del dolo vicio. La valoración de la negligencia de la víctima es relevante para fijar la responsabilidad civil del autor, pero el contrato es anulable por existir un vicio del consentimiento. A lo que se pudiera responder que no hay tal vicio porque la negligencia de la víctima ha roto la relación de causalidad (si hubiese sido diligente no hubiese caído en el engaño), y siendo el error padecido inexcusable es jurídicamente irrelevante.

Pero, ¿por qué se exige que el error sea excusable? Ya se considere una cuestión de responsabilidad, ya de buena fe, se trata de evitar que alguien saque ventaja de su negligencia, *en perjuicio de la otra parte*. Lo cual es muy sensato cuando la otra parte es inocente, pero sorprendente cuando la otra parte ha actuado dolosamente (e incluso con culpa: recuérdese la valoración del requisito de la excusabilidad en caso de error provocado). *El conflicto de intereses, la razón de la tutela jurídica, que justifica el requisito de la excusabilidad en el error, la protección de un contratante que legítimamente ha confiado en la validez del contrato, no se reproducen en el supuesto del dolo*. Como dice Pietrobon [apellido, mayúsculas en el original], la afirmación doctrinal de que la eficacia del dolo no depende de la excusabilidad del error de la víctima significa que, en el dolo, la

⁶¹³ *Pues antes advertía ROJO AJURIA: «En primer lugar, es preciso insistir en que para que la polémica tuviese sentido habríamos de encontrarnos ante un supuesto en el que, de hecho, concurren todos los requisitos constitutivos del dolo vicio: maquinaciones, intencionalidad, confianza de la víctima. Si, como es el caso más frecuente en nuestra jurisprudencia, no se ha probado ningún tipo de maquinación, o de los hechos no se puede inferir una intención de engañar, se trata de un supuesto en el que la existencia de dolo no se ha probado y, en consecuencia, sólo cabe atribuir el presunto infortunio del contratante a su ignorancia o negligencia. De la misma forma no hay dolo si se puede probar que, de hecho, la presunta víctima no actuó movida por la confianza en las maquinaciones realizadas. Afirmar que en tales casos las maquinaciones fueron, o demasiado evidentes, o demasiado pequeñas, o que la víctima actuó con negligencia, sólo puede servir para recalcar lo que realmente es esencial: que en tal caso no hay dolo vicio porque no se cumplen todos sus requisitos» [cursiva del original; (1994) p. 243].*

eficiencia causal del engaño se mide con respecto a la decisión concreta de la víctima. Lo que exige ciertamente la figura del dolo es que las maquinaciones insidiosas induzcan a la celebración del contrato (art. 1269 Cc).

¿Qué significa en realidad exigir determinada diligencia en la víctima del engaño? Pongamos un ejemplo: un error que podía haber sido evitado consultando simplemente el Registro de la Propiedad. En la sentencia de 15 de febrero de 1987, en un supuesto de error unilateral, se considera un error inexcusable. Pero si la otra parte hace determinadas afirmaciones sobre la finca la cuestión se plantea de forma diferente: se trata de determinar si se puede confiar en las afirmaciones de la otra parte, o si, sistemáticamente se ha de desconfiar, y en todo caso emprender una investigación propia (sentencia de 26 de octubre de 1981 [*infra*, [80] [B] doy cuenta de ella]. Creemos [Rojo Ajuria] que aquí entra en juego el principio de la buena fe. Afirmar que una parte ha confiado en la otra, y no ha sido diligente emprendiendo una propia investigación para comprobar las afirmaciones de la otra parte, cuadra poco con el presupuesto de que la buena fe ha de regir en todo el Derecho de contratos. Si en la contratación impera la ley de la jungla, ¡tonto seré si confié en alguien! Pero si en la contratación rige la ley de la buena fe, ¿cómo se me puede negar tutela por haber confiado que la otra parte se comportaba según la buena fe? No se trata de proteger a los negligentes, sino de proteger a los que confían, actuando de buena fe, en que los demás también son respetuosos con el ordenamiento jurídico. Creemos [Rojo Ajuria] que si se aceptan tales presupuestos la exigencia de un «deber de desconfiar» y la obligación de una propia investigación han de ser *mínimos*. Otro tema bien distinto, [...], es el supuesto de un puro silencio: en tal caso la valoración de conductas, y el deber de informarse, ha de hacerse de forma diferente.

[...]

[...]. Insistimos [Rojo Ajuria] en el ejemplo acerca de una información a la que se puede tener acceso en el Registro de la Propiedad. Una cosa es aceptar la relevancia de una mentira que ha provocado la confianza de la otra parte. Pero otra bien distinta es calificar el mero silencio como dolo, sobre todo cuando se trataba de una información de fácil acceso» (cursiva del original)⁶¹⁴.

⁶¹⁴ a) ROJO AJURIA (1994) pp. 244-246. De interés también este otro texto del autor: «[...], la excusabilidad puede parecer, en principio, un requisito común al error y al error provocado por dolo. La cuestión ha sido debatida, pero, [...], se puede partir de la base de que estamos ante dos conflictos de intereses diferentes. En el caso del error se trata de establecer si el error era salvable con una diligencia normal, e incluso, como bien ha señalado Morales [apellido, mayúsculas en el original], mediante una valoración de la posición de ambas partes, de distribuir el riesgo de error. En el caso del dolo la cuestión de la excusabilidad se refiere a problemas que no afectan tanto al error como a las maquinaciones insidiosas: se trata de determinar si éstas tenían entidad suficiente para producir el engaño, y las defensas o prevenciones que se han de tomar frente a la otra parte en las negociaciones. La alternativa entre contratante deshonesto y contratante confiado no es la misma que la que se plantea entre contratante diligente y contratante negligente» (p. 194).

b) *Más allá de lo anterior, confrontando el error con el dolo*, ROJO AJURIA reflexiona: «Así nuestro Tribunal Supremo parece asumir prácticamente la definición de inexcusabilidad propuesta por Ghestin [apellido, mayúsculas en el original]: «error resultante de la culpa de quien pretende alegarlo y que no puede justificar la mala fe del otro contratante». Si, como veremos al final de este capítulo, una de las consecuencias fundamentales del dolo podría ser la no exigencia de excusabilidad del error provocado,

[A.2] *Para el silencio*

Rojo Ajuria sostiene:

«[...] la obligación de información se configura sobre la imposibilidad (o grandes costes) de la otra parte para tener acceso a la información, o la existencia de una confianza legítima. Hemos sostenido [Rojo Ajuria] en el capítulo anterior que, en caso de dolo positivo, sólo era exigible a la víctima una diligencia mínima para evitar el engaño [*sic*; cfr. con lo expuesto en la anterior [A.1]]. Es evidente que ante una pura reticencia, y por la propia configuración del deber de información, la necesidad de una *asimetría en los costes de información*, la valoración de la posición de la «víctima» es muy distinta. En un caso [en el dolo positivo] se trata de proteger a la parte inocente frente a los engaños de la otra. En el otro [en la pura reticencia], más bien, de reducir los costes de la información, por lo que no parece apropiado hablar de «víctima». Creemos [Rojo Ajuria] que el conflicto de intereses, y la valoración tanto ética como jurídica, no pueden ser los mismos en ambos casos. [...]. En nuestra opinión [Rojo Ajuria], tal valoración ha de ser necesariamente distinta en un caso [dolo activo] y [en] otro [pura reticencia], y, desde luego, no creemos [Rojo Ajuria] que una genérica admisión del dolo omisivo deba de tener la consecuencia de exigir, en todo caso, una mayor diligencia de la víctima, y una carga de autoinformarse»⁶¹⁵.

[B] *La crítica de De Verda y Beamonte a la tesis de Rojo Ajuria*

También antes, en este [77], adelanté que expondría la crítica de De Verda y Beamonte a la tesis de Rojo Ajuria y procedo a ello. *De Verda y Beamonte entiende que ha de darse el mismo trato jurídico al dolo activo y al dolo pasivo, trato unitario consistente en no exigir a la víctima del dolo que su error haya sido excusable*. En concreto, según De Verda y Beamonte:

«¿Existirán razones para considerar que el requisito de la excusabilidad no exigible, en mi opinión [De Verda y Beamonte], respecto del dolo-vicio *in genere*, debiera, en cambio, exigirse respecto del dolo omisivo? Tal idea parece sugerirla Rojo Ajuria [apellidos, mayúsculas en el original], *El dolo en los contratos*, Madrid, 1994, pgs. 284-285 [páginas que transcrito en la anterior [A.2]], que al tratar de la reticencia dolosa no excluye, respecto de ella la aplicación del requisito de la excusabilidad con la misma claridad con que lo hace al tratar de la misma cuestión a propósito del dolo activo.

Las razones que podrían servir de argumento para la exigencia del requisito de la excusabilidad respecto de la reticencia dolosa son las que explican el

una vez admitido que en el error la mala fe del otro contratante no es un requisito para la anulación del error, pero que juega un papel importante en la prueba del carácter esencial del error alegado, lo hace excusable en cualquier hipótesis, y priva de toda eficacia a las estipulaciones por las que la víctima del error hubiera aceptado el riesgo de un error eventual (nótese que se pueden encontrar los tres aspectos en la sentencia de 4 de enero de 1982), la calificación como dolo resulta bastante innecesaria. La anulación del contrato se produce en todo caso, y tampoco la reclamación de daños exige el dolo, bastando la negligencia (art. 1902 Cc)» (p. 214).

⁶¹⁵ ROJO AJURIA (1994) pp. 284-285.

tradicional recelo con que la doctrina y jurisprudencia contempla aquélla, y sobre las cuales llama la atención Galgano [apellido, mayúsculas en el original] [...]. En primer lugar, cabría aducir que la admisión de la relevancia invalidante de la reticencia dolosa puede producir consecuencias contrarias a la seguridad del tráfico jurídico. Me refiero a la eventual proliferación de pleitos, a instancia de aquella parte que, arrepentida de la celebración del contrato, quisiera aprovecharse de la falta de comunicación de cualesquiera circunstancias por el contrario para conseguir la anulación del negocio. En segundo lugar, la reticencia dolosa plantea ineludiblemente la necesidad de hallar un punto de equilibrio entre el deber de información que pesa sobre un contratante y el deber de autoinformación, que incumbe al otro.

En mi opinión [De Verda y Beamonte], las razones expuestas no son suficientes para supeditar la relevancia invalidante del dolo omisivo a la concurrencia de requisitos diversos a los exigidos respecto del dolo activo. Concretamente, estimo [De Verda y Beamonte] que, ni respecto de uno [dolo omisivo], ni respecto del otro [dolo activo], es pertinente la exigencia de la excusabilidad. Probada la concurrencia de los requisitos establecidos en los arts. 1269 y 1270 CC, no puede negarse al *deceptus* el derecho de impugnación del contrato, argumentando que no actuó con la debida diligencia en orden a neutralizar las influencias que sobre su voluntad desplegaron las maniobras maliciosas del *deceptor*. Caso contrario, se estaría privilegiando el interés a la conservación del negocio de una parte (el destinatario [de la declaración]), que se comportó de mala fe (*animo decipiendi*), sobre el de la otra (el declarante), que se limitó a no desplegar una conducta diligente. Y dicho razonamiento no pierde su virtualidad en el caso de la reticencia dolosa.

Si lo que se quiere evitar es que la admisión de la relevancia invalidante de aquélla [de la reticencia dolosa] pudiera desencadenar consecuencias contrarias a la seguridad del tráfico jurídico, el camino a seguir no es el de exigir el requisito de la excusabilidad (sólo, respecto de ella), sacrificando, así, el carácter unitario de la teoría del dolo. El camino adecuado, a mi entender [De Verda y Beamonte], es el de extremar el rigor con que debe apreciarse la prueba de la concurrencia de los requisitos constitutivos del dolo-vicio.

Tampoco me parece [De Verda y Beamonte] que la necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre los deberes de autoinformación y de información recíproca sobre las circunstancias de interés en orden a la conclusión del contrato deba encauzarse a través de la exigencia del requisito de la excusabilidad. Creo [De Verda y Beamonte], más bien, que dicho punto de equilibrio ha de situarse en el ámbito de los límites al deber de información precontractual, que no tiene carácter absoluto, por lo que no puede afirmarse apriorísticamente que siempre que el destinatario [de la declaración] deje de advertir al declarante del error en que esté incurso cometa una conducta antijurídica o contraria a la mala fe. Y, desde luego, si su conducta no es antijurídica, por definición, no podrá ser constitutiva de un supuesto de dolo-vicio. Recuérdesse que no existe obligación de advertir del error esencial ajeno, cuando el destinatario [de la declaración] lo conoce, como consecuencia de un proceso de búsqueda de información costoso, que pone de manifiesto la existencia de cualidades positivas que incrementan el valor de un

bien, siempre que, además, los costes de dicha información sean simétricos o, siendo asimétricos, no puedan ser repercutidos en el precio del bien en cuestión»⁶¹⁶.

B) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

[78] Para De Verda y Beamonte, «[e]s de una evidencia palmaria que el Tribunal Supremo no exige el requisito de la excusabilidad a propósito del dolo-vicio» (cursiva mía)⁶¹⁷. El autor extracta y comenta las STS 20.12.1967 (de la que doy cuenta *supra*, nota 231 e *infra*, [87] [B]), STS 26.10.1981 (doy cuenta *infra*, [80] [B]) y STS 15.07.1987 (doy cuenta *supra*, [23] [A]), así como las SAP Orense 06.06.2003 y SAP Huesca 25.11.2004, y en sus comentarios, De Verda y Beamonte perfila su anterior y contundente afirmación acerca del actuar del Tribunal Supremo. Paso a exponerlo.

[A] *Las consideraciones de De Verda y Beamonte sobre las mentadas sentencias*

[A.1] *En relación con las sentencias del Tribunal Supremo*

a) Para la STS 20.12.1967, en la que «se confirmó la de segunda instancia, que anuló el contrato por el que la legataria de un Bar se había obligado a pagar una deuda contraída por el testador (que, obviamente, era de cargo de la herencia, sin que se hubiera constituido ninguna garantía real sobre el bar para asegurar dicha deuda)», De Verda y Beamonte, tras indicar que el Tribunal Supremo dijo «y en cuanto a que dicho error [de la legataria] fuera vencible acudiendo a persona letrada [lo cual mantenían los recurrentes en casación, la heredera y el prestamista del causante⁶¹⁸], la propia sentencia recurrida nos da como hecho

⁶¹⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) nota 54 de p. 36

⁶¹⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 37.

⁶¹⁸ En el motivo 5.º de su recurso de casación y *en lo que ahora interesa*, el prestamista y la heredera alegan infracción de la doctrina legal contenida en las STS 21.10.1932, 14.07.1943, 23.10.1946, 16.12.1953 y 21.05.1963, «conforme a la cual sólo anula los contratos el error inexcusable [*sic*; excusable] y que la sentencia recurrida deja indebidamente de aplicar[,] al considerar nulo el contrato de 15 de diciembre de 1962 [en el cual la legataria asumió el compromiso de pagar el préstamo y sus intereses, préstamo del causante] en base a un error jurídico de la señora Saénz Ballester [la legataria], que pudo ésta evitar con una normal diligencia»; e infracción por aplicación indebida de los artículos 1266 y 1300 CC, ya que «entre las condiciones que la doctrina exige al error, para que constituya causa de nulidad de los contratos, figura en plano destacado, la de su inexcusabilidad [*sic*; excusabilidad] o inevitabilidad [*sic*; evitabilidad]; que la jurisprudencia, asimismo tiene declarado, que no vicia el consentimiento el error excusable [*sic*; inexcusable], el que puede ser evitado con una normal diligencia» (STS 14.06.1943, 23.10.1946, 16.12.1953, «cuya omisión hace sólo imputable el error al que lo alega» (STS 21.10.1932); «que la sentencia recurrida afirma que: [...]; b) que siendo la legataria profana en derecho, y las personas que influyeron en la determinación de su voluntad negocial –señores Sureda y Vidal– Letradas y una de ellas ejerciente de un cargo público judicial, mercedor de ello de toda confianza, fue lógico y racional que la señora Saénz [la legataria] se confiara en ellos y aceptase las condiciones del contrato; por ello [en la sentencia recurrida] se viene a mantener la tesis de que cualquiera que sean las condiciones de intelec-

probado que las personas letradas que intervinieron en la transacción [letrados de la heredera, que no de la legataria] no lo hicieron ciertamente para velar por sus intereses [los de la legataria], sino para atentar contra ellos», considera, entre otras cosas, que, para el Tribunal Supremo, «el error (de Derecho) doloso, ha de reputarse siempre excusable», «[c]on lo que implícitamente parece dar por entendido que el principio de responsabilidad no se aplica en sede de dolo» (cursiva mía)⁶¹⁹.

b) Para la STS 26.10.1981, De Verda y Beamonte informa de que en el recurso de casación de la vendedora se planteaban dos cuestiones⁶²⁰. «[U]na de índole teórico: la aplicabilidad, o no, del requisito de la excusabilidad respecto del dolo-vicio» (cursiva mía); la otra «cuestión eminentemente práctica: probar la negligencia de los compradores, por entender que aquéllos podrían haber salido de su error, mediante la simple consulta al Registro de la Propiedad, donde constaba la exacta situación jurídica de la finca mencionada» (cursiva mía)⁶²¹.

Para la primera cuestión, la teórica, en opinión de De Verda y Beamonte, «aun reconociendo que el Supremo no afirma expresamente la inexigibilidad del requisito de la excusabilidad en sede de dolo, parece que, implícitamente, sugirió esta solución, al poner de relieve la autonomía del error y del dolo, como causas de invalidez distintas y sujetas a diverso régimen jurídico» –según el Tribunal Supremo, el «dolo carga su acento, en cualquiera de sus formas, en la conducta «insidiosa» [...] del agente, en la maquinación o astucia, activa o pasiva, por acción o por omisión, del que induce a otro a contratar, no en el error inducido de éste, independientemente de que esta situación psicológica se dé o no en él, dadas las diferencias y consecuencias distintas entre los dos vicios del consentimiento, error y dolo»–, si bien, continúa De Verda y Beamonte, «[s]in duda, con ello, [el Tribunal Supremo] trataba de rebatir la tesis de los recurrentes [en casación]

to, instrucción, experiencia y sentido de la supuesta víctima del error, su indefensión es absoluta, si siendo profana en derecho, negocia las condiciones del contrato con peritos en dicha disciplina, sobre todo si una de ellos es funcionario de la Administración de Justicia; que la sentencia recurrida, considera lógico y racional que la legataria se confiara en ellos, pero dicha afirmación, va demasiado lejos a juicio de los recurrentes, ya que si la legataria estaba convencida, antes de la intervención de los señores Sureda y Vidal, de que estaba obligada al pago de las deudas que asumió el error no se debe a las manifestaciones de dichos Letrados, faltando con ello la razón de inexcusabilidad [sic; excusabilidad] que se pretende; que si la señora Sáenz [la legataria] no estaba en dicha creencia, o al menos albergaba dudas, no era lógico que confiase a Letrados, que sabía, eran consejeros de la contraparte [la heredera]; que lo racional y lógico, por el contrario, hubiera sido el recabar asesoramiento de otro Letrado de su confianza, y al no haberlo hecho, se había conducido con evidente negligencia; que por lo tanto, debe entenderse que el error de derecho es inexcusable, cuando el que lo alega, pudo evitarlo asesorándose cumplidamente; que en dicho sentido se pronuncian las sentencias de esta Sala de 16 de diciembre de 1963 y el [sic] de mayo de 1953, que cita, y al no haberlo hecho así la señora Sáenz [la legataria], el error padecido a ella sólo puede imputársele, y no puede fundar la nulidad contractual que pretende» (cursiva mía; todo, del señalado motivo 5.º del recurso de casación; rdo 14.º).

Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

⁶¹⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 37. Lo que DE VERDA Y BEAMONTE reproduce de la STS 20.12.1967 es de su cdo 4.º, que por mi parte reproduzco *supra*, nota 231 a).

⁶²⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 38.

⁶²¹ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 38.

de que, resolviéndose el dolo en un error, debía exigirse, en todo caso, el requisito de la excusabilidad» (cursiva mía)⁶²².

Y para la segunda cuestión, *la práctica*, De Verda y Beamonte apunta que «el Supremo se ocupó de constatar la corrección del comportamiento negocial de los compradores, rechazando que el mismo pudiera ser susceptible de reproche jurídico desde el prisma de la buena fe *in contrahendo*», si bien «[c]reo [De Verda y Beamonte] que *aunque, formalmente el Supremo, afirma que los compradores no obraron negligentemente al dejar de consultar el Registro de la Propiedad, más bien lo que se está queriendo decir es que la mala fe probada de la parte contraria [la vendedora] hace disculpable la falta de diligencia, que, de no haber meditado aquélla, sería reprochable al declarante [los compradores]*» (cursiva mía)⁶²³.

c) Sobre la *STS 15.07.1987*, De Verda y Beamonte apunta que «[e]l Supremo consideró que en el caso examinado concurrían los presupuestos a los que el art. 1269 CC subordina la anulación del contrato, precisando que «no elimina la existencia del dolo empleado por una parte la circunstancia de la ingenuidad o buena fe de la otra parte», «[d]e donde, nuevamente, parece desprenderse que, a juicio del Supremo, el requisito de la excusabilidad es improcedente respecto del dolo-vicio» (cursiva mía)⁶²⁴.

[A.2] *En relación con las sentencias de las Audiencias Provinciales*

a) Sobre la *SAP Orense 06.06.2003*, De Verda y Beamonte afirma «*que claramente se decanta en contra de la aplicación del requisito de la excusabilidad en sede de dolo, haciendo suya la doctrina sentada por la STS 26 de octubre de 1981*» (cursiva mía)⁶²⁵. La Audiencia, que había anulado «por dolo la compraventa de un inmueble, cuyo propietario no advirtió a los compradores de la existencia de una hipoteca, habiendo hecho, además, una consignación expresa de libertad de cargas en el contrato», dijo que «[r]esulta[ba] incuestionable el dolo de la demandada y de otro lado, en nada afecta al mismo el hecho de que los compradores hubieran podido cercionarse de la realidad de la libertad de las cargas mediante la consulta correspondiente en el Registro de la Propiedad»⁶²⁶.

b) En cuanto a la *SAP Huesca 25.11.2004*, tras explicar que en el caso (donación del derecho de reversión), «[e]l donante, enfermo y anciano, no llegó a comprender el significado del derecho de reversión [que había donado y que recaía sobre varias fincas expropiadas, las cuales no fueron destinadas al interés público que justificó la expropiación], ni «que su ejercicio podía conllevar la recuperación de unas fincas con un valor de mercado muy superior al que la Administración podía estipular para el ejercicio de ese derecho»», señala De Verda y Beamonte que la Audiencia «consideró probado el dolo del donatario, familiar

⁶²² DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 38.

⁶²³ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 38.

⁶²⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 38.

⁶²⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 39.

⁶²⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 39.

del donante», y citando «las SSTs 20 diciembre 1967 y 26 octubre 1981 [...] afirma [la Audiencia] que «[e]n esta situación dolosa de la otra parte (...) debe ser más tolerada la negligencia de quien invoca el error»⁶²⁷.

[79] He de advertir que algunas de las anteriores sentencias mencionadas y analizadas por De Verda y Beamonte en [78], *las refieren también otros autores* (por ejemplo, Bosch Capdevila, Carrasco Perera). De ahí, mi calificación de sentencias de *cita clásica* (o representativa, ilustrativa) en el análisis de si, habiendo existido dolo, el mismo opera con independencia de que el error fuera inexcusable.

[A] Según Bosch Capdevila, «la jurisprudencia del TS ha admitido la nulidad por dolo aunque el error no sea excusable», como sucede en la *STS 15.07.1987*, y en la «misma dirección» la *STS 26.10.1981*, si bien en esta última el Tribunal Supremo «llegó más lejos, al no considerar imprescindible el error de la víctima, sino que puso el acento en la conducta «insidiosa» del agente»⁶²⁸.

[B] Según Carrasco Perera, «[l]a jurisprudencia ha asumido esta doctrina» de que «[n]o es preciso que el error provocado por dolo sea excusable», apoyándolo en las *STS 15.07.1987*, *STS 26.10.1981*, y *STS 20.12.1967*⁶²⁹. Apunta que «[l]a razón para ello es intuitiva», ya que «[s]ólo tiene sentido endosar al contratante el riesgo de su descuido cuando existe confianza legítima de la otra parte, que merece protección», y «el insidioso no requiere protección de esta clase, y el contrato que por la insidia se consigue no produce riqueza alguna que hubiera que salvaguardar, sino que simplemente es un mecanismo de distraer fondos del bolsillo del engañado al bolsillo del engañador»⁶³⁰. Además, «[p]roducir y diseminar información falsa no crea riqueza social, por lo que no vale la pena mantener válido un contrato que se asienta sobre una conducta de esta clase»⁶³¹.

Ahora bien, Carrasco Perera advierte que «la cuestión puede devenir *estéril*, si el reproche de inexcusabilidad de la ignorancia propia es utilizado por el juzgador como índice *para negar la existencia del dolo*» y, «[s]i este procedimiento se aprueba, entonces será prácticamente lo mismo afirmar que el dolo puede ser neutralizado por la incuria de la otra parte o que la incuria de esta parte no neutraliza el dolo probado pero sirve para cualificar la inexistencia de

⁶²⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 39.

⁶²⁸ a) BOSCH CAPDEVILA, «II.-7:205» (2012) p. 485.

Por su parte, DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA dicen: «La STS 5.5.2009 declaró que no excluye el dolo «la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada». Y, en esta misma dirección, la STS 26.10.1981 aún llegó más lejos, al no considerar imprescindible el error de la víctima, sino que puso el acento en la conducta «insidiosa» del agente» [(2021) p. 238; *vid.* hasta p. 239].

⁶²⁹ CARRASCO PERERA (2021) 8/23 y nota 34 de p. 390.

⁶³⁰ CARRASCO PERERA (2021) 8/23, p. 390.

⁶³¹ CARRASCO PERERA (2021) 8/23, p. 390.

dolo» (cursiva mía)⁶³². Según Carrasco Perera, la STS, 1.ª, 19.07.2006 «es un ejemplo de esta equivalencia de resultados»⁶³³.

[80] *Por mi parte, ahora expongo la STS, 1.ª, 26.10.1981, esencial en la cuestión que estoy analizando y de habitual mención entre los autores (supra, [78] y [79]) y sin perjuicio de que, en el siguiente [81], exponga las STS, 1.ª, 19.07.2006 y STS, 1.ª, 05.03.2010, asimismo de interés.*

Para la mejor comprensión de lo que en la STS, 1.ª, 26.10.1981 se dice y por qué se dice, antes he de exponer la STS, 1.ª, 21.06.1978. En esta última sentencia no se trata si el dolo exige, o no, para su relevancia, que la víctima haya actuado diligentemente (que su error fuera excusable), pues el Tribunal Supremo refiere la exigencia de excusabilidad al error del artículo 1266 CC, y no al dolo. En cuanto al caso, se conoce de la compraventa de un inmueble (local y pisos) en estado de ruina, que el comprador vio y examinó antes de su compra. El comprador pide la anulación del contrato por error y por dolo, alegando que las vendedoras no le informaron de que existía una orden administrativa y definitiva de demolición del inmueble. La anulación del contrato se estima en segunda instancia y las vendedoras recurren en casación, argumentando que no hubo error del artículo 1266 CC (no fue esencial, ni excusable), ni dolo del artículo 1269 CC (no fueron empleadas palabras o maquinaciones insidiosas), con lo que el Tribunal Supremo está de acuerdo.

La razón de que dicha STS, 1.ª, 21.06.1978 sea de interés estriba en que la misma está presente en la STS, 1.ª, 26.10.1981 (que es la que me interesa para el dolo), debido a que la vendedora la emplea en su recurso de casación para razonar por qué el contrato que ella había celebrado no debía anularse por dolo. En concreto, la vendedora argumenta que en la STS, 1.ª, 21.06.1978 se señala que «[l]os principios de responsabilidad y de protección de la «bona fides» y la seguridad del comercio jurídico, no consienten que sea invocado para anular la declaración de voluntad un error evitable con normal diligencia» y, «[a]unque afirmada a propósito del error [del art. 1266 CC, lo que así era, añado], la comunidad de esta doctrina con el dolo no puede ofrecer duda alguna, pues basta tener en cuenta que el dolo tiene que desembocar necesaria-

⁶³² CARRASCO PERERA (2017) 8/23 p. 390; continúa: «[e]l supuesto típico de dolo enfrentado a un error imprudente es el del que engaña sobre la edificabilidad de su parcela o solar, y pretende que el comprador debería haberse informado por sí mismo acudiendo a los medios de publicidad urbanística (cfr. SSTs 28 febrero 1990 [...]; 11 diciembre 2006 [...]; SAP La Coruña 11 octubre 1993 [...]; SAP Jaén 12 junio 2007 [...])» (p. 390). Extracto los hechos de las dos citadas sentencias del Tribunal Supremo *infra*, en el Anexo de sentencias.

Cfr. *supra*, nota 359 a) en relación con CARRASCO PERERA.

⁶³³ CARRASCO PERERA (2017) 8/23 nota 35 de p. 390; añade: «[s]eguramente también la STS 27 enero 1988». Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

mente en un error; que sólo se caracteriza por ser provocado» (cursiva mía; rdo 9.º, primero, de la STS, 1.ª, 26.10.1981). La vendedora también explicaba que, «[p]recisamente, sobre ese error provocado por dolo advierte la doctrina científica que «debe exigirse al mismo el requisito de la inexcusabilidad [sic; excusabilidad], ya que en otro caso no habría dolo, porque el que lo sufre hubiera podido superar con la diligencia ordinaria la insidia de que era objeto» (cursiva mía; rdo 9.º, primero, de la STS, 1.ª, 26.10.1981). Para el caso, la vendedora consideraba que las compradoras no fueron diligentes, pues el «mínimo criterio de diligencia media obliga a presumir que las sociedades compradoras podían haber recabado la información de que se trata [que la parcela que adquirirían se integraba en monte público] mediante la simple consulta en el Registro [de la Propiedad; art. 11.2 LM], siendo a ellas [a las compradoras] a quienes incumbía el «onus» de probar que, por bien determinadas circunstancias, no les fue posible («in concreto») obtener tales informaciones» (rdo 9.º, primero, de la STS, 1.ª, 26.10.1981). Pues bien, el Tribunal Supremo entiende, *por un lado*, que el «dolo carga su acento, en cualquiera de sus formas, en la conducta «insidiosa» (artículo 1269 del Código Civil) del agente, en la maquinación o astucia, activa o pasiva, por acción o por omisión, del que induce al otro a contratar, no en el error inducido de éste, independientemente que de que esta situación psicológica se dé o no en él, dadas las diferencias y consecuencias distintas entre los dos vicios del consentimiento, error y dolo». *Y por otro lado*, que «la maquinación insidiosa es independiente de la actitud de la parte afectada (en el recurso [de casación de la vendedora] se habla de «candidez»); es decir, porque no se puede ni debe premiar la mala fe insista [sic; ínsita] en el dolo so pretexto de la confianza ajena, calificando a ésta de ingenuidad («simplicitas»), como si el Derecho debiera ser más protector de los asuntos [sic; astutos] que el defensor de los confiados, concepto o conductas que no pueden equipararse a los de diligencia o negligencia (y de ahí sí que «vigilantibus non durmientibus iure succurrunt»), como pautas que el Derecho ha de valorar otorgando su protección al hombre cuidadoso frente al negligente, y evidente resulta aquí que no puede calificarse de negligencia o simplicidad la actitud de las compradoras, que se aquietan y confían, como cualquier hombre razonable, ante el dato de una escritura pública de propiedad, en sí constituyente de fe pública» (cdo 5.º). *En suma*, el Tribunal Supremo considera *que hubo dolo de la vendedora*.

Explicado todo lo anterior, a continuación analizo primero la STS, 1.ª, 21.06.1978 (sobre error) y después la STS, 1.ª, 26.10.1981 *en lo que ahora me interesa sobre el dolo*. *Infra*, [125] [A] vuelvo sobre esta STS, 1.ª, 26.10.1981

para la naturaleza contractual de la indemnización de daños y perjuicios que la vendedora ha de pagar a las compradoras y el necesario nexo de causalidad.

[A] *La STS 21.06.1978 (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García)*

[A] En síntesis, en 1967 se declara administrativamente la demolición de un inmueble por ruina, siendo definitiva la orden de derribo en 1967. El inmueble lo adquirieron las vendedoras (Encarna, M.^a del Pilar y Remedios) por herencia de su madre, y en 1973 lo venden a Héctor, *quien ve y examina el inmueble antes de la compraventa*; en la escritura pública de compraventa se dice que el inmueble es viejo. Un año después de la adquisición, sin contar con la licencia administrativa previa, Héctor comienza a hacer en el local del inmueble obras de reforma y acondicionamiento (Héctor alega que quería destinar el local a negocio de papel pintando y decoración; Encarna, M.^a del Pilar y Remedios alegan que Héctor nada dijo sobre ello; simple motivo interno). Héctor no obtiene de la Administración la licencia para obras al existir la previa orden de derribo del inmueble y demanda a Encarna, M.^a del Pilar y Remedios, pidiendo la anulación del contrato y otros extremos, lo que se estima en segunda instancia. Encarna, M.^a del Pilar y Remedios recurren en casación y alegan que Héctor no sufrió error del art. 1266 CC (motivo 1.º) ya que el error de Héctor sobre la situación del inmueble (que había de derribarse) no era esencial, ni excusable (debió asesorarse con personas peritas en la construcción y acudir a los registros y oficinas públicas pertinentes)⁶³⁴, ni había dolo del artículo 1269 CC (motivo 2.º) pues ellas no habían llevado a cabo palabras ni maquinaciones insidiosas⁶³⁵. El Tribunal Supremo entiende que

⁶³⁴ En concreto, en el motivo 1.º de su recurso de casación, Encarna, M.^a del Pilar y Remedios alegan: «[...] Que la sentencia recurrida aplica indebidamente los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, pues el consentimiento contractual que en su día se prestó no adolece de ningún vicio que sea capaz, como es el del error en sustancia, de anular la validez y eficacia del contrato en el que fue prestado, ya que ni el desconocimiento que el comprador [Héctor] tenía sobre la situación legal del inmueble adquirido puede calificársele de error en el consentimiento con intensidad suficiente para anularlo; ni, por otra parte, ese desconocimiento puede considerarse como excusable para el comprador [Héctor], por cuanto que si lo que compraba era un edificio viejo, que le constaba que no era susceptible de ser ocupado o habitado inmediatamente y que pagaba por él un precio muy inferior al normal en el mercado para esa zona, debió realizar las oportunas comprobaciones acudiendo a asesoramiento de personas peritas en la construcción y a los registros u oficinas públicas pertinentes; y al no hacerlo así demostró notable incuria que a él [Héctor] solo le es imputable. Sobre todo dado el carácter restrictivo y excepcional en que debe ser interpretado el error como causa de anulación del consentimiento en los contratos» (rdo 5.º de la *STS, 1.ª, 21.06.1978*).

⁶³⁵ En concreto, en el motivo 2.º de su recurso de casación, Encarna, M.^a del Pilar y Remedios alegan: «[...] se infringe, por aplicación indebida, los artículos 1269 y 1270 del Código Civil. En el considerando cuarto de la sentencia que se recurre, el Tribunal «a quo» presume, a juicio de su parte [de Encarna, M.^a del Pilar y Remedios] sin fundamento, la posible existencia de un «dolo causa dans», regulado en los artículos 1269 y 1270 del Código Civil, basándose para ello en que las vendedoras [Encarna, M.^a del Pilar y Remedios] debían conocer el estado legal de ruina del inmueble vendido, en razón al cercano parentesco que les unía con la anterior propietaria, causante de las mismas, fallecida con anterioridad al momento de la venta. Que no aparece acreditado por ninguna parte, ni siquiera indiciariamente, que las recurrentes [Encarna, M.^a del Pilar y Remedios] emplearan ningún tipo de palabra o maquinaciones para inducir al comprador [Héctor] hacia la adquisición del inmueble. Antes bien aparece acreditado que fue precisamente el comprador [Héctor] quien movió el interés de las vendedoras [Encarna, M.^a del Pilar y Remedios] para la formalización de la compraventa, después de haber examinado a su contento el estado del inmueble

no hubo error de Héctor, ni dolo de Encarna, M.^a del Pilar y Remedios, y casa la sentencia.⁶³⁶

[A.2] *En lo que ahora interesa, la exigencia de que el error del artículo 1266 CC debe ser excusable y para el caso, el Tribunal Supremo manifiesta:*

«[...] es del mayor interés recordar:

[...]»⁶³⁷.

D) *El error, sobre ser esencial y determinante de la declaración de voluntad, habrá de resultar inexcusable [sic] a pesar de que el Código civil no lo establezca, a diferencia de lo que ocurre en algún ordenamiento del derecho foral (Compilación de Navarra, Ley 19, segundo [en su versión de 1973]) pues se entiende que el principio de responsabilidad negocial entraña el deber de informarse por razones de seguridad jurídica a las que responde la máxima «vigilantibus et non errantibus iura succurrunt» (cursiva mía; cdo 2.º).*

«[...] al estudiar el error en el consentimiento la doctrina jurisprudencial ha fijado pautas de valoración, que cabe sintetizar así:

[...]»⁶³⁸.

y de haber tenido libertad y facilidades para hacerlo examinar por personas peritas en construcción, así como para saber su situación legal en los registros de la propiedad y municipal, ambos de carácter público y de libre acceso, cuya publicidad, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1903, se opone a la ocultación maliciosa de las cargas, que no pueden, por tanto, alegarse» (rdo 5.º de la STS, 1.ª, 21.06.1978).

⁶³⁶ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

⁶³⁷ A los puntos suspensivos del cuerpo de texto corresponde lo siguiente: «A) El error en cuanto a la esencia o cualidades primordiales de la cosa, o error «in substantia», invalidante del consentimiento a tenor de lo preceptuado en el artículo 1265 del Código Civil y conforme a los aforismos «quoties in substantia erratur nu llus [sic] est consensus» y «non videtur qui errant consentire», habrá de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sea, sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, según previene el artículo 1266, apartado primero, lo que significa –ciertamente– que en la amplitud de la fórmula están comprendidos el error sobre la identidad y materia del objeto o «in ipso corpore», y el error sobre las cualidades atendiendo a un criterio subjetivo, como tal relacionado con la común intención de los contratantes y por consiguiente con las específicas particularidades de la cosa que los otorgantes contemplaron para alcanzar la conjunción de sus voluntades. B) En atención al principio general de confianza, de tanto relieve en el ámbito de la contratación, la doctrina científica estima irrelevante aquel error que no hubiera influido en la determinación de la voluntad del nombre [sic; hombre] medio, lo que en otro aspecto significa que el mero error en los motivos no trasciende a la validez del contrato, salvo que afecte a concretas circunstancias de hecho valorables como base necesaria del negocio, con arreglo a las normas de la buena fe (artículo 1258 del Código Civil) por la parte contractual que sufrió el error vicio en su variedad de «error in re». C) Según advierte la doctrina más autorizada, no es atendible el error que aisladamente haya podido sufrir quien haga la oferta o emita la aceptación, ni la importancia que revista para uno u otro, sino que tan solo son relevantes los motivos incorporados a la causa, o lo que es igual, la creencia errónea sobre la motivación mismo del contrato demostrada por la expresiva conducta de ambos otorgantes acerca de lo que constituye la finalidad del contrato» (cdo 2.º de la STS, 1.ª, 21.06.1978).

⁶³⁸ A los puntos suspensivos del cuerpo del texto corresponde: «Primera. Habiendo de atenderse a la base negocial, el error anulatorio recaerá sobre las condiciones o cualidades de la cosa que constituyan la causa principal o determinante del contrato, y por ello el simple error sobre los motivos que decidieron a los sujetos á [sic] celebrar el contrato no origina efecto alguno (sentencia de 31 de septiembre de 1973), pues aunque haya que partir de un criterio subjetivo de esencialidad, la justificación del carácter esencial del error habrá de hacerse en relación con el objeto y cualidades especialmente tenidas en cuenta en el caso

Tercera. Los principios de responsabilidad y de protección de la «bona fides» y a la seguridad del comercio jurídico, no consisten [*sic*; consienten] que sea invocado para anular la declaración de un error evitable con normal diligencia (sentencias de 23 de mayo de 1935) [*sic*], 14 de junio de 1963, 9 de marzo de 1951, 16 de diciembre de 1953, 26 de noviembre de 1956, 5 de marzo, 6 de abril y 8 de mayo de 1962, 21 de mayo de 1963, 11 de marzo de 1964, 23 de marzo de 1966, 14 de mayo y 8 de junio de 1968 y 7 de abril de 1976» (cdo 3.º).

«[...] *que en virtud de lo razonado y sin olvidar que los conceptos de error y dolo no son meras cuestiones de hecho, ya que pueden comportar conceptos jurídicos impugnables por el cauce del número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sentencia de 14 de mayo de 1968), debe de prosperar el primer motivo del recurso [de casación de las vendedoras Encarna, M.ª del Pilar y Remedios], pues la Sala sentenciadora aplicó inadecuadamente los artículos 1265, y 1266 del Código Civil al apreciar la concurrencia de error esencial y determinante en el consentimiento prestado por el comprador [Héctor], desconociendo que lejos de venir suficientemente acreditado en las actuaciones como la jurisprudencia exige (sentencias de 26 de diciembre de 1948, 12 de febrero de 1965, 14 de mayo de 1968 y 7 de abril de 1976), las circunstancias del caso debatido conducen prudentemente a contraria conclusión, pues ni en la escritura de compraventa ni en las conversaciones preliminares expresó el adquirente [Héctor] que la motivación del contrato, como determinante de la declaración de voluntad y fundamento del consentimiento prestado, estribaba en el propósito de instalar un establecimiento comercial en el inmueble, y si bien las vendedoras [Encarna, M.ª del Pilar y Remedios] no le dieron noticias de la declaración administrativa de ruina, es incuestionable que la notoria vetustez del edificio («se trataba de un edificio antiguo» en frase del escrito instaurador del proceso) y la misma descripción de lo enajenado utilizando un calificativo («viejo») tan poco usual en la contratación para caracterizar una finca urbana, denotan con toda evidencia el nulo valor de la edificación y la realidad de la ruina desde el punto de vista arquitectónico, con independencia de lo que pudiera constar en los registros administrativos, cuyo contenido pudo conocer el comprador [Héctor] de haber observado un mínimo de diligencia, recabando en todo caso asesoramiento técnico acerca de si era reparable y apta como sede de un establecimiento mercantil una construcción de tan deleznable aspecto, máxime que en un orden lógico imponía contraria deducción el hecho de que el precio pactado excedía en poco de la mitad de la suma que las propietarias [Encarna, M.ª del Pilar y Remedios] obtendrían con la venta del solar, a lo que ha de añadirse que la premura de ampliar la red comercial, que según el demandante [Héctor] ha sido el móvil impulsivo de la adquisi-*

concreto (sentencia de 14 de junio de 1943). Segunda. El reconocimiento del error sustancial con trascendencia anulatoria del negocio tiene un sentido excepcional muy acusado, ya que fundamentalmente lo decisivo para la existencia y eficacia del negocio jurídico es que se declare una voluntad y que lo declarado se ajuste realmente a lo querido, sin que los motivos que hayan decidido a las partes a celebrarlo puedan ejercer influencia alguna, por regla general, sobre la validez del acto (sentencias de 14 de junio de 1943, 7 de febrero de 1958, 5 de marzo de 1962, 30 de septiembre de 1963 y 28 de febrero de 1974)» (cdo 3.º de la STS, 1.ª, 21.06.1978).

ción, mal se compagina con la posibilidad de ceder la compra aun [*sic*; a un] tercero y con la tardanza en iniciar las obras de reforma; y manifiesto resulta que el supuesto contemplado por la sentencia de 20 de abril de 1965, que el Tribunal «a quo» invoca, como el similar a que hace referencia la de 27 de octubre de 1964, en manera alguna demuestran analogía con el ahora examinado, pues en ambos se trataba de la venta de terrenos como solares edificables a pesar de que las Ordenanzas municipales o los planes urbanísticos no lo permitían, con lo que las cosas vendidas quedaban prácticamente privadas de valor» (cursiva mía; cdo 4.º).

[A.3] *Por último, en cuanto a que no hubo dolo de las vendedoras Encarna, M.ª del Pilar y Remedios, el Tribunal Supremo explica:*

«[...]]; pues el dolo principal o causante que, según sus propias palabras, el Tribunal de instancia «atisba» como de «posible concurrencia», no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alegue (sentencias de 21 de mayo de 1961 y 28 de febrero de 1969), no bastando al efecto meras conjeturas (sentencia de 25 de mayo de 1945), y *es lo cierto que las circunstancias concurrentes en el contrato no permiten entender que en las vendedoras [Encarna, M.ª del Pilar y Remedios] haya existido una conducta o comportamiento con valor de elemento objetivo del «dolus causam dans» por su índole engañosa y además informado por el «animus decipiendi» o elemento subjetivo, consistente en el turbio propósito de inducir a la contraparte a realizar la declaración viciada, ya que no hay constancia alguna de que fuesen utilizadas palabras o maquinaciones al efecto como conducta insidiosa para provocar la declaración negocial, y aun cuando sea admisible el dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe a [*sic*; o] los usos del tráfico (el callarse «engañosamente no queriendo responder o si responde dice palabras encubiertas, de manera que por ellas no se puede orne guardar del engaño» Partida séptima, título 16, Ley primera [que transcribo *supra*, [11] [A]]), no es permitido reprochar a las vendedoras [Encarna, M.ª del Pilar y Remedios], según relatado queda el empleo de sugerencias o artificios de ningún género para inducir a la contratación, inexistencia de dolo «in contrayendo» que la Sala desconoció y cuyo juicio puede ser» combatido por la vía utilizada cuando el Tribunal de Instancia procedió con falta de lógica para formar su convicción (sentencia [*sic*] de junio de 1955)» (cursiva mía; cdo 5.º).*

[B] *La STS, 1.ª, 26.10.1981 (Pte. Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas)*

[B.1] En síntesis, el 23.12.1973, *Industrias Abella, S.A. y Nutrimax, S.A.* compran a *Unión Alimentaria Sanders, S.A.*, dueña de la *Sociedad Anónima Matadero Frigorífico Asturiano (Mafrasa)*, todas las acciones de esta última. En el patrimonio de *Mafrasa* figuraba un terreno de cuatro hectáreas, de interés para *Industrias Abella, S.A. y Nutrimax, S.A.*, al haber en él un edificio (un matadero) que querían explotar. Al celebrar la compraventa, las compradoras *Industrias Abella, S.A. y Nutrimax, S.A.* entienden que el terreno era de propiedad de la vendedora, algo no verdadero (la finca era monte público). La vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.* mantuvo una actitud ambigua, pues primero dijo que

no ser propietaria, luego enseña una escritura pública de 06.06.1967 en la que *Mafrasa* aparece como compradora del inmueble, inscrita el 8 de agosto en el Registro de la Propiedad, y después oculta la Orden Ministerial de 1971 que integraba el terreno como monte público (orden anterior al contrato celebrado en 1973). Las compradoras *Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.* realizan obras de remodelación en el matadero y actividades de capacitación de personal, pero lo suspenden (la vendedora les comunica en 1974 que no era propietaria). Las compradoras *Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.* demandan a la vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.* y suplican la nulidad de la compraventa por dolo e indemnización de daños y perjuicios. En primera y en segunda instancia se considera que hubo dolo omisivo y se condena a la vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.* al pago de determinada indemnización de daños y perjuicios (si bien en segunda instancia se reduce su cuantía). Tanto la vendedora como las compradoras interponen recurso de casación. La vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.* alega aplicación indebida del artículo 1270.I CC (en relación con los arts. 1265, 1269 y 1300 CC), dado que para anular un contrato por dolo, quien lo alegue, hubo de actuar diligentemente y las compradoras *Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.* no lo fueron al no haber consultado el Registro de la Propiedad en dónde constaba, cuando celebraron el contrato, la oportuna anotación preventiva sobre la finca (art. 11.2 LM; motivo 1.º). En cuanto a su recurso de casación, las compradoras alegan infracción del artículo 1107.II CC en relación con los artículos 1101 y 1102 CC (motivo 1.º) e interpretación errónea de los artículos 1101, 1102 y 1107.II CC en relación con otras normas (motivo 5.º), al entender que la indemnización por dolo debe ser total. El Tribunal Supremo no estima ninguno de los recursos de casación, hubo dolo de la vendedora, y la compradora podría haber evitado ciertos gastos.⁶³⁹

[B.2] La argumentación de la vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.* (que es la que ahora me interesa), en su recurso de casación, es aplicación indebida del artículo 1270.I CC en relación con los artículos 1265, 1269 y 1300 CC (motivo 1.º):

«[...] La sentencia recurrida imputa a esta parte [*Unión Alimentaria Sanders, S.A.*] conducta dolosa en su aspecto negativo o por omisión, al no haber informado al comprador [*Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.*], teniendo obligación de hacerlo, de la especial afección jurídico administrativa que pesaba sobre el solar adquirido, es [*sic*; en] virtud del contrato cuya nulidad de adverso se postula. Lo que interesa ahora dejar sentado es si el pretendido silencio de mi parte [la vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.*] es o no suficiente para configurar una conducta dolosa desencadenante de las graves consecuencias previstas en el artículo 1270 del Código Civil, que la Sala de Instancia invoca y aplica como piedra angular de la resolución que se combate. *Nosotros* [*Unión Alimentaria Sanders, S.A.*] *aceptamos de grado, con la resolución que se combate, que cabe hablar de conducta dolosa cuando al contratar maliciosamente se oculta algo que, de ser conocido por la contraparte, le hubiera inducido, sin*

⁶³⁹ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

duda, a apartarse del contrato. Es esta una fecunda y equitativa construcción jurídica a la que ha llegado la Sala de la que es reciente exponente, entre otras, la sentencia de este Alto Tribunal de 21 de junio de 1978 [que extracto en la anterior [A]]. En lo que ya hemos de discrepar abiertamente con la resolución combatida, es en que pueda hablarse de dolo omisivo, cuando lo que se dice ocultado son circunstancias, aspecto o vicisitudes del objeto contractual que constan reflejadas en oficinas o registros públicos de tanta trascendencia, como el Registro de la Propiedad. Consta en autos que al tiempo de adquirir las entidades compradoras [Industrias Abella, S.A. y Nutrimax, S.A.] las acciones de «Mafrasa» y -con ellas- el solar integrante de su patrimonio, se hallaba inscrita y vigente en el Registro de la Propiedad a cuyo distrito pertenecía la finca en cuestión, una anotación preventiva, practicada al amparo del artículo 11, apartado segundo, de la Ley de Montes, expresiva de la especial situación jurídico-administrativa que afectaba al predio, asiento registral éste, ciertamente provisorio, pero que, cualquiera que fuese su ulterior suerte, debía, al menos, servir para prevenir de la singularidad de la situación a quien hubiera tenido interés mínimo en consultarlo; máxime en el marco de un sistema registral que -como el nuestro- se apoya en el llamado principio de publicidad material, en su aspecto positivo, formulado mediante la máxima «se presume que el contenido de los libros del Registro es conocido por todo, y no podrá invocarse su ignorancia», precepto recogido específicamente en el artículo 2.º del Reglamento del Registro Mercantil. Pues bien, al discurrir sobre estos extremos la sentencia de Instancia se muestra indiferente sobre ellos, diciendo que la conducta dolosa que se imputa a la demandada [la vendedora Unión Alimentaria Sanders, S.A.] «no quedó purificada mediante anotación preventiva, practicada al amparo del artículo 11-2 de la Ley de Montes, puesto que cualquiera que sea la fuerza y eficacia de la publicidad registral sobre la sociedad hoy demandada (mi representada) [Unión Alimentaria Sanders, S.A.], recaía la específica obligación de informar a las compradoras...» [Industrias Abella, S.A. y Nutrimax, S.A.]. Sobre el error, afirma el Considerando segundo de la citada sentencia [STS 21.06.1978, que extracto en la anterior [A]]: «El error, sobre ser esencial y determinante de la declaración de voluntad, habrá de resultar excusable⁶⁴⁰, a pesar de que el Código Civil no lo establezca, a diferencia de lo que ocurre en algún Ordenamiento de Derecho Foral (Compilación Navarra, Ley 19, segunda [en su versión de 1973]), pues se entiende que el principio de responsabilidad negocial entraña el deber de informarse por razones de seguridad jurídica, a las que responde la máxima «Vigilantiubus et non errantibus iura succurrunt». Y añade el Considerando tercero [de la STS 21.06.1978, que extracto en la anterior [A]] que «al estudiar el error en el consentimiento, la doctrina jurisprudencial ha fijado pautas de valoración, que cabe sintetizar así:..Tercera, a) Los principios de responsabilidad y de protección de la «bona fides» y a la seguridad del comercio jurídico, no consienten que sea invocado para anular la declaración de voluntad un error evitable con normal di-

⁶⁴⁰ En la referida STS 21.06.1978 realmente se dice, en el documento que manejo, «inexcusable» (vid. supra, [A.2] de este [80]), pero, evidentemente y como bien dice la recurrente en su recurso de casación, la vendedora Unión Alimentaria Sanders, S.A., el error ha de ser excusable (para ser relevante).

ligencia[»]. Aunque afirmada a propósito del error, la comunidad de esta doctrina con el dolo no puede ofrecer duda alguna, pues basta tener en cuenta que el dolo tiene que desembocar necesariamente en un error; que sólo se caracteriza por ser provocado. Precisamente, sobre ese error provocado por el dolo advierte la doctrina científica que «debe exigirse al mismo el requisito de la inexcusabilidad [sic], ya que en otro caso no habría dolo, porque el que lo sufre hubiera podido superar con la diligencia ordinaria la insidia de que era objeto». Pero la sentencia que venimos refiriendo [STS 21.06.1978, que extracto en la anterior [A]] se ocupa también del dolo, en su especie omisiva, que la decisión impugnada, y luego casada por estimación del recurso, creía ver en el hecho de haberse vendido un edificio callando el vendedor la circunstancia de hallarse aquél declarado administrativamente en ruina. Sin embargo, el Tribunal Supremo niega que una tal reticencia pueda constituir dolo invalidante, es incuestionable que la notoria vetustez del edificio y la misma descripción de lo enajenado denotan con toda evidencia el nulo valor de la edificación y la realidad de la ruina desde el punto de vista arquitectónico, con independencia de lo que pudiera constar en los Registros administrativos, cuyo contenido puede conocer el comprador de haber observado un mínimo de diligencia». Es perfectamente clara y tiene su más pertinente aplicación en los casos, como el presente, de reticencia que se reputa de dolosa. El dolo ha de caracterizarse por la intención o ánimo (elemento subjetivo) y por la realización de medios adecuados (comportamiento objetivo); pero ello en relación a la normal diligencia y al normal buen sentido de que el contratante debe estar provisto, para que la confianza de éste sea tutelable, pues la buena fe es protegida siempre que no esté constituida por negligencia o ignorancia, que evidentemente no puede justificar la anulación del contrato. En el presente caso, ha faltado esa diligencia, de cuyo examen no se puede prescindir, y que la sentencia impugnada ha despreciado pura y simplemente. Este mínimo criterio de diligencia media obliga a presumir que las sociedades compradoras [Industrias Abella, S.A. y Nutrimax, S.A.] podían haber recabado la información de que se trata mediante la simple consulta en el Registro, siendo a ellas a quienes incumbía el «onus» de probar que, por bien determinadas circunstancias, no les fue posible («in concreto») obtener tales informaciones. De todo ello ha prescindido inexplicablemente la sentencia recurrida» (cursiva mía; rdo 9.º, motivo 1.º)⁶⁴¹.

⁶⁴¹ El que he transcrito (casi en su totalidad) y en el cuerpo del texto, motivo 1.º del recurso de casación de la vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.*, el Tribunal Supremo lo sintetiza así: «[...] en el recurso propuesto por «Unión Alimentaria Sanders, S.A.», se alega en su primer motivo [...] la indebida aplicación del artículo 1270, en relación con los 1265, 1269 y 1300, todos del Código Civil, con la pretensión de demostrar que el dolo que se reprocha por la Sala de Instancia a su conducta contractual en el momento del pacto, es decir, el de no haber informado correctamente a las otras partes, está invalidado o enervado por el conocimiento que las compradoras [*Industrias Abella, S.A. y Nutrimax, S.A.*] tenían de la situación jurídica del terreno en cuestión, conocimiento presumible en virtud de la constancia en el Registro de la Propiedad de una anotación preventiva ordenada por la Administración al amparo del artículo 11, apartado segundo de la Ley de Montes, relativa a un deslinde que afectaba a la situación del terreno discutido como presuntamente incluido en monte público, lo que viene a indicar —siempre según la recurrente [*Unión Alimentaria Sanders, S.A.*, la vendedora]— que las compradoras [*Industrias Abella, S.A. y Nutrimax, S.A.*] no podían alegar ignorancia, error inducido o al menos la buena fe exigible como componente

[B.3] La respuesta del Tribunal Supremo, que entiende que hubo dolo de la vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.* y no estima el motivo 1.º de su recurso de casación, es:

«[...] así los hechos y apreciación judicial, es claro que el motivo no puede prosperar por las siguientes razones: a) Porque en el concepto de dolo que da el artículo 1269 del Código Civil no sólo se comprende la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente (sentencias de 6 de junio de 1953, 7 de enero de 1961, 20 de enero de 1964) a la otra parte, poniéndola en la misma situación invalidante de su consentimiento, o, como decían las Partidas (Partida 7, 15 [*sic*, 16], una [que transcribo *supra*, [11] [A]]), «de manera que non se puede orne guardar del engaño», lo que pugna con el deber de informar exigible por la buena fe (artículos 7.º, primero, y 1.258 del Código Civil), b) Porque la apreciación de los hechos responde a esa descripción del dolo reticente, no otra que la de la ambigüedad de la vendedora [*Unión Alimentaria Sanders, S.A.*], que no obstante decir que no es dueña, luego lo contradice mostrando una escritura pública de propiedad, y después oculta una Orden Ministerial que, de haber sido notificada (es del año 1971, y el contrato, de 1973) y conocida por las compradoras [*Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.*], otro hubiera sido el convenio, c) *Porque la noción del dolo carga su acento, en cualquiera de sus formas, en la conducta «insidiosa» (artículo 1269 del Código Civil) del agente, en la maquinación o astucia, activa o pasiva, por acción o por omisión, del que induce al otro a contratar, no en el error inducido de éste, independientemente de que esta situación psicológica se dé o no en él, dadas las diferencias y consecuencias distintas entre los dos vicios del consentimiento, error y dolo, d) Porque en ese sentido la maquinación insidiosa es independiente de la actitud de la parte afectada (en el recurso se habla de «candidez»); es decir, porque no se puede ni se debe premiar la mala fe insista [*sic*; *ínsita*] en el dolo so pretexto de la confianza ajena, calificando a ésta de ingenuidad («simplicitas»), como si el Derecho debiera ser más el protector de los asuntos [astutos] que el defensor de los confiados, concepto o conductas que no pueden equipararse a los de diligencia o negligencia (y ahí sí que «vigilantibus non dormientibus iure succurrunt») como pautas que el Derecho ha de valorar otorgando su protección al hombre cuidadoso frente al negligente, y evidente resulta aquí que no puede calificarse de negligencia o simplicidad la actitud de las compradoras [*Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.*], que se aquietan y confían, como cualquier hombre razonable, ante el dato de una escritura pública de propiedad, en sí constituyente de fe pública; y e) En fin, porque, consecuentemente, no se puede tildar a la sentencia recurrida de indebida aplica-*

de una situación psicológica de víctima inocente en la contratación, que les legitimara para entablar la acción de nulidad, dado que, ante la maniobra de dolo reticente que pudiera ser la del caso, debiera haberse reaccionado con la exigible diligencia, como pudo hacer sin más que acudir al Registro, con publicidad material operante, según doctrina de esta Sala, o bien actuar diligentemente, en vista de su error evitable –pudo conocer y no lo hizo–, según doctrina que cita de la sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1978 [que extracto en la anterior [A] del cuerpo del texto], dictada en un supuesto de error en compra de edificio notoriamente ruinoso» (cdo 3.º de la *STS*, 1.ª, 26.10.1981).

ción del artículo 1270 del Código Civil, primero, porque su calificación de dolo grave o causante es correcta, y correcta también su no estimación de conducta pareja en las compradoras [*Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.*], lo uno porque la maquinación descrita les indujo a contratar y pagar el precio, y lo otro, porque así se deduce y resulta de la actitud de aquéllos [*Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.*, las compradoras], no implicativa ni de error inexcusable ni de mala fe, todo ello aparte de recaer la maquinación en una parte fundamental del patrimonio social objeto del contrato» (cursiva mía; cdo 5.º).

[81] Finalmente, voy a ocuparme de las que, aludí en el anterior [80], *STS, 1.ª, 19.07.2006* y *STS, 1.ª, 05.03.2010*.

En la *STS, 1.ª, 19.07.2006* se conoce de la venta de una finca que se vende libre de cargas, pero estaba gravada con un hipoteca desconocida por los vendedores, quienes habían adquirido la finca por donación de sus padres y en la escritura de donación, nada se indicaba al respecto. El comprador pide la nulidad de la compraventa por dolo de los vendedores, lo que no se estima porque se entiende que no actuaron dolosamente (junto con desconocer la hipoteca de la finca cuando su venta, una vez descubierta se preocuparon de cancelarla) y *el comprador no fue diligente al no haber consultado el Registro de la Propiedad*. En la sentencia se hace referencia al dolo grave, que no lo hubo ni objetiva, ni subjetivamente. En cuanto a la segunda sentencia, la *STS, 1.ª, 05.03.2010*, la vendedora enajena una finca que sabía que tenía una dolina o depresión de la que no informó a la compradora y que hacía no edificable la finca o el coste de edificar hacía inviable el construir, habiéndose tasado y valorado la finca con valor de 0 € y además, un arquitecto había dicho que construir en la finca sería «un monumento a la idiotez» (FD 2.º). El Tribunal Supremo entiende que el desconocimiento de la dolina o depresión *no se debió a la falta de diligencia en la compradora*, como argumentaba la vendedora, sino que fue el silencio de esta última sobre la dolina o depresión lo que determinó la voluntad de adquirir de la compradora a precio no discutido, y precio no miserable. De esta *STS, 1.ª, 05.03.2010* doy cuenta *supra*, [55] [A.4] y allí reproduzco el párrafo que, para lo que acabo de señalar, interesa y allí remito. De la primera y anterior *STS, 1.ª, 19.07.2006* doy inmediatamente cuenta.

[A] *La STS, 1.ª, 19.07.2006 (Pte. Excmo. Sr. D. Román García Varela)*

[A.1] En síntesis, los vendedores Ángel, Lidia, Fátima y Marisol adquieren en 1977 una finca por donación de sus padres, donación en la que no se indica que la finca está gravada y más tarde, el 07.08.1997, venden dicha finca al comprador Javier, manifestándole que está libre de cargas y gravámenes y por un precio de 9.800.000 pesetas. Sin embargo, la finca estaba gravada con una hipoteca en garantía de un crédito que los padres obtuvieron y en el proceso de ejecu-

ción que se instó, el padre consignó una cantidad en concepto de principal, otra para gastos y costas, y otra para intereses pendientes, aunque no se sabía cuál era la cuantía de dichos intereses. Lo anterior sucede antes de la donación de la finca a sus hijos y, al después venderla estos, *no sabían* que seguía gravada con la hipoteca en el Registro de la Propiedad. Cuando tras la venta de la finca los hijos se enteran de la existencia de la hipoteca, se preocupan de cancelarla (todavía se debía 50.000 pesetas por resto de intereses y costas). El comprador Javier demanda a los vendedores Ángel, Lidia, Fátima y Marisol y pide, entre otros extremos, la nulidad de la compraventa por dolo (si hubiera sabido del gravamen en el Registro de la Propiedad, no habría adquirido) y la devolución solidaria de 2.800.000 pesetas. Ángel, Lidia, Fátima y Marisol reconviene y piden el pago del resto del precio (7.000.000 pesetas). En segunda instancia *no se admite* que los vendedores hubieren actuado con dolo y se considera *que el comprador no fue diligente al no consultar el Registro de la Propiedad*, siendo condenado al pago del resto de precio. Javier recurre en casación y alega, entre otros extremos, inaplicación del (entonces vigente) artículo 359 LEC 1881 (incongruencia de la sentencia; motivo 2.º) y *trasgresión de la doctrina de las SSTs 20.01.1964, 26.10.1981 y 15.07.1987, «relativa a que no elimina la apreciación del dolo la ingenuidad o la buena fe del otro contratante, debido a que, según censura, la sentencia de apelación ha premiado a quien actuó astutamente y no a quién lo hizo amparado en la buena fe»* (motivo 4.º). El Tribunal Supremo, que entiende que los vendedores no actuaron con dolo, no casa.⁶⁴²

[A.2] En relación con la alegación del comprador Javier de que la sentencia de instancia era incongruente, el Tribunal Supremo responde:

«Desde las posiciones jurisprudenciales recién expuestas, se considera que la sentencia de apelación tiene una motivación adecuada, máxime cuando ha argumentado que *«se aprecia, como en los demandados [los vendedores Ángel, Lidia, Fátima y Marisol], no se da el dolo que se predica por el actor [el comprador Javier], y como en éste [Javier], no se da la diligencia exigible a cualquier persona medianamente cuidadosa; y así, por lo que a los demandados [los vendedores Ángel, Lidia, Fátima y Marisol] se refiere, el testimonio del procedimiento hipotecario [...], evidencia, como la finca fue hipotecada a fin de responder a un préstamo con fecha 31 de octubre de 1955, presentándose demanda contra los padres de los hoy demandados [los vendedores Ángel, Lidia, Fátima y Marisol], el 26 de octubre de 1976, consignándose con fecha 24 de Noviembre del mismo año [1976], 125.000 pesetas de principal de la deuda reclamada, 25.000 para gastos y costas, y por el pago de intereses pendientes, cuyo importe no se conocía la cantidad de 15.000 pesetas, consignación llevada a cabo por el padre de los demandados [los vendedores Ángel, Lidia, Fátima y Marisol], ignorando por ello los demandados [los vendedores Ángel, Lidia, Fátima y Marisol] que en el momento de efectuar la venta, la finca seguía gravada, no constando gravamen alguno en el acto de la donación. Posteriormente cuando conocieron dicha circunstancia, es lo cierto, que*

⁶⁴² Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

se han preocupado en todo momento de cancelar dicho gravamen, lo que así le hicieron saber al actor [Javier, comprador], acta de presencia y manifestaciones de fecha 29 de septiembre de 1997, [...], siendo la realidad actual, el hecho de que dicha hipoteca se encuentra cancelada [...]; por lo que respecta al actor [el comprador Javier], se ha dicho no obró con la diligencia que le era exigible, ya que la información sobre la existencia de la hipoteca, le era de fácil acceso, por constar la misma inscrita en el Registro de la Propiedad, por lo cual la inexistencia de dolo de los demandados [los vendedores Ángel, Lidia, Fátima y Marisol] y la inexistencia de error en el actor [del comprador Javier], conlleva con desestimación del recurso, la confirmación de la sentencia recurrida» (cursiva mía; FD 3.º).

[A.3] Y frente a la alegación del comprador Javier, de infracción de la doctrina de las SSTS 20.01.1964, 26.10.1981 y 15.07.1987, «relativa a que no elimina la apreciación del dolo la ingenuidad o la buena fe del otro contratante, debido a que según censura [Javier], la sentencia de apelación ha premiado a quién actuó astutamente y no a quién lo hizo amparado en la buena fe» (motivo 4.º), el Tribunal Supremo, que menciona a la STS, 1.ª, 21.06.1978, que extracto *supra*, [80] [A], no lo admite y argumenta⁶⁴³:

«Es preciso sentar que el dolo principal o causante, que necesariamente ha de ser grave, no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quién lo alegue (SSTS de 22 y 28 de febrero de 1961), sin que basten al efecto las meras conjeturas (STS de 25 de mayo de 1945), y, en el caso, se acepta en esta sede la argumentación de la sentencia recurrida, concerniente a que ni los vendedores [Ángel, Lidia, Fátima y Marisol] maliciosamente dejaron de advertir al comprador la existencia de la anotación de la hipoteca sin cancelar, pues toda la prueba conduce a la conclusión de que ni los mismos interesados tenían conocimiento de la existencia de la carga, una hipoteca contraída en 1957, cuyo principal se pagó, cuatro años antes de que los vendedores [Ángel, Lidia, Fátima y Marisol] adquirieran el inmueble por donación de sus padres en 1977, ni objetivamente puede entenderse que la falta de información de que restaba por pagar una cantidad de 50.000 pesetas debida en concepto del resto de intereses y costas en una compraventa de una finca por un precio de 9.800.000 pesetas, puede considerarse como grave en el sentido de que si el comprador la hubiere conocido no hubiera celebrado el contrato.

En definitiva, con seguimiento de la línea de la STS de 21 de junio de 1978 [que extracto *supra*, [80] [A]], declaramos que las circunstancias concurrentes en el contrato no permiten entender que en los vendedores [Ángel, Lidia, Fátima y

⁶⁴³ Advierto que el Tribunal Supremo examina conjuntamente, por su unidad de planteamiento, los motivos 3.º y 4.º (FD 4.º). En el motivo 3.º de su recurso de casación, el comprador Javier alega: «[...] infracción del artículo 1218 del Código Civil, en relación con el 281, apartados 1 y 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto que, según reprocha [el comprador Javier], la sentencia de la Audiencia no ha valorado que los vendedores [Ángel, Lidia, Fátima y Marisol] no advirtieron maliciosamente al comprador [Javier] la existencia de la carga hipotecaria, en atención a que si decían la verdad antes de firmar el contrato privado, el demandante [el comprador Javier] no hubiera facilitado su consentimiento para comprar [...]» (FD 4.º).

Marisol] haya existido una conducta o comportamiento con valor de elemento objetivo del «dolo causam dans» por su índole engañosa y, también, informado por el «animus decipiendi» o elemento subjetivo, consistente en el turbio propósito de inducir a la contraparte a realizar la declaración viciada, ya que no hay constancia alguna de que fuesen utilizadas palabras o maquinaciones al efecto como conducta insidiosa para provocar la declaración negocial, y, aún cuando sea admisible el dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico, no cabe reprochar a los vendedores [Ángel, Lidia, Fátima y Marisol] el empleo de artificios o sugerencias de ningún género para inducir a la contratación» (FD 4.º).

3.13 El dolo de parte y el dolo de tercero

A) *La doctrina de los autores*

[82] *Para que la víctima del dolo pueda anular el contrato, el dolo debe provenir del contratante (dolo de parte). Por consiguiente, si el dolo procede de un tercero (dolo de tercero), el contratante que lo padeció no podrá anular el contrato, pero podrá exigir del tercero la oportuna indemnización de los daños y perjuicios sufridos*⁶⁴⁴. Si bien para fundamentar la exigencia de que el dolo debe proceder del contratante *basta* el propio tenor del artículo 1269 CC («de parte de uno de los contratantes» se dice), con el propósito de confirmar la referida exigencia de que el dolo sea parte, suele añadirse por los autores y argumentativamente la interpretación *a sensu contrario* del artículo 1268 CC, según el cual «[l]a violencia o intimidación anularán la obligación, aunque se haya empleado por un tercero que no intervenga en el contrato» (cursiva mía), y las explicaciones que para la regulación del dolo del Proyecto de Código civil de 1851 ofrece García Goyena, quien excluye el dolo de tercero para la anulación del contrato⁶⁴⁵. A continuación, expongo las explicaciones de García Goyena.

⁶⁴⁴ Por ejemplo, ALBALADEJO, *ADC* (1957) p. 994; ROJO AJURIA (1994) p. 20; MORALES MORENO (1993a) pp. 392-393; FUENTESECA (2002) pp. 126-127; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007) p. 206; BOSCH CAPDEVILA, «II.-7:208» (2012) p. 500; CARRASCO PERERA (2021) 8/20, p. 387; para el dolo omisivo, QUIÑONERO CERVANTES, *RDP* (1979) pp. 352-353.

También, al poco de publicarse el Código civil, MANRESA Y NAVARRO, «Artículos 1269 y 1270» (1901) p. 625; SCAEVOLA (1904) p. 644.

⁶⁴⁵ Por ejemplo, DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 205, p. 154; MORALES MORENO (1993a) pp. 392-393; LLOBET I AGUADO (1996) pp. 160-161; CARRASCO PERERA (2021) 8/20, p. 387.

Al poco de publicarse el Código civil, MANRESA Y NAVARRO se refiere a que «falta respecto del dolo un precepto análogo al del artículo 1268» y a «la definición de este vicio del consentimiento [del dolo] contenido en el 1269» [«Artículos 1269 y 1270» (1901) pp. 624-625].

[A] *Las explicaciones de García Goyena*

[A.1] El artículo 992 PCC 1851 (que transcribo *supra*, [8] [B]) incluye la locución «*de parte de uno de los contrayentes*» y *para ella*, García Goyena explica:

«[r]ara vez deja de ser cómplice en el dolo aquel á quien aprovecha. *Mas puede suceder que el dolo venga de un tercero sin complicidad de la parte: en ese caso, el contrato subsiste, y el engañado solo tendrá acción para la indemnización contra el tercero que le engañó; leyes 18, párrafo 3, título 3, libro 4, y 2, título 14, libro 50 del Digesto [ambos textos los transcribo *supra*, [12] primera [A]]: nuestras leyes patrias, al hablar de dolo, le suponen siempre en uno de los contrayentes: el delito ageno no debe perjudicar al que contrajo de buena fé» (cursiva mía)⁶⁴⁶.*

[A.2] *Por otro lado*, el artículo 991 PCC 1851 ordena: «*La violencia ó intimidación anulan la obligacion, aunque se haya empleado por un tercero que no intervenga en el contrato*» (cursiva mía). García Goyena explica ahora, que «[c]omo el consentimiento para obligarse debe ser perfectamente libre, importa poco la persona que nos priva de la libertad»⁶⁴⁷.

[A.3] *Por último*, García Goyena se ocupa de *confrontar* la distinta solución dada para el dolo de tercero y para la violencia o intimidación de tercero, y explica:

«[I]os autores dan varias razones», siendo «[l]as mas plausibes [...] que la violencia quita la libertad al consentimiento; [y] el dolo, por el contrario, no impide que las partes hayan consentido libremente, y si se anula el contrato, es tan solo como una indemnización del perjuicio causado por el que ha dado ocasion para contraer: de esto se sigue, que, pudiendo reclamarse la indemnización contra el tercero, autor del dolo, cesa toda razon para anular un contrato, que descansa en el libre consentimiento de las partes; y como se ha indicado, falta esta libertad en todo caso de violencia; asi el contrato debe ser siempre nulo» (cursiva del original)⁶⁴⁸.

[83] *Particular atención merece la donación, acto gratuito y bilateral*. Concretamente, *el dolo que el tercero ejerció sobre el donante captando su voluntad para que donara al donatario, ¿permite al donante anular la donación?* Las respuestas *negativa* (así, De Cossío y Corral) y *afirmativa* (así, Morales Moreno) han sido defendidas, lo que explico después del siguiente excurso.

⁶⁴⁶ GARCÍA GOYENA, «Artículo 992» (1852) pp. 528-529.

⁶⁴⁷ GARCÍA GOYENA, «Artículo 991» (1852) p. 527.

⁶⁴⁸ GARCÍA GOYENA, «Artículo 992» (1852) p. 529; continúa: «El dolo puede en algun caso quedar comprendido en la sección 2.^a, título 15, libro 2 del Código penal: vé los artículos 1011, 1184 y 1186».

[A] *Excurso sobre una previa e incidental cuestión: la donación de los artículos 618 y ss. CC como acto adquisitivo de la propiedad o como contrato*

[A.1] *A propósito del Código civil y del Código civil catalán, Vaquer Aloy informa:*

«La naturaleza jurídica de la donación no ha sido ni es una creación indiscutida en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno más próximo. *Es de sobra sabido que la doctrina, especialmente en España, se debate entre dos posturas sobre la naturaleza jurídica de la donación, como contrato y como acto adquisitivo de la propiedad u otros derechos reales, decantándose la mayor parte de los autores por el carácter contractual de la figura, si bien algunos destacados juristas se han manifestado a favor de configurarla como un modo de adquirir la propiedad, como un acto de adquisición a título gratuito.* Pues bien, aparentemente el DCFR encaja con esta posición doctrinal mayoritaria no sólo en España, sino que se considera que es prácticamente unánime en los sistemas de *civil law*. *Igualmente la jurisprudencia española ha sido unánime a favor del carácter contractual, tanto el Tribunal Supremo (STS de 31.7.1999, de 31.3.2001 o de 20.5.2011) como el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (STSJC 4.10.1999). Con todo, no debe olvidarse que el Código civil español ofrece argumentos a las dos posturas, en especial por la ubicación sistemática de la regulación de la donación en el Libro III «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», mientras que el Código civil de Cataluña ha optado decididamente por la concepción como acto adquisitivo. La donación, por ello, no es *expressis verbis* un contrato en derecho catalán»⁶⁴⁹. Los artículos 531-7 a 531-22 CCCat regulan la donación y según el artículo 531-7 CCCat, «[I]a donación es el acto por el que los donantes disponen a título gratuito de un bien a favor de los donatarios, los cuales lo adquieren si lo aceptan en vida de aquellos»⁶⁵⁰.*

⁶⁴⁹ VAQUER ALOY (2012) pp. 9-11; *vid. además* pp. 6-7.

⁶⁵⁰ a) Sobre la definición del artículo 531.7 CCCat, DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA comentan: «El uso del término «acto» no es causal, sino que encaja perfectamente con esta concepción de la donación como modo de adquirir distinto de los contratos que, adicionalmente, requieren de la tradición. La donación, pues, se configura como un acto de disposición que provoca directamente la transmisión de la propiedad (o de otro derecho real o de crédito) a favor del donatario, si se cumplen los requisitos formales a que luego se hará referencia, de modo que completada la donación el donatario deviene propietario del bien donado, sin que sea necesaria la tradición. La donación, por ello, no es un contrato» (p. 71). Añaden, que «[I]a opción del legislador catalán, no obstante, no impide que las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 111-6 CCCat), puedan simplemente obligarse a donar; de hecho, [...] el CCCat contempla algún supuesto de ello [los autores se refieren a la donación de carácter benéfico del art. 531-8.2 CCCat, que transcribo en la siguiente b) de esta misma nota]» [(2018) p. 71].

Además explican: «La donación no es un contrato; donante y donatario no son partes contractuales. La donación es un acto unilateral, un acto de liberalidad, con causa gratuita, mediante el que el donante transmite al donatario el derecho de propiedad u otro derecho real sobre una cosa. ¿Por qué, entonces, el art. 531-7 se refiere a la aceptación del donatario cuando define la donación? Como veremos después, [...], la aceptación del donatario no se anuda a la validez de la donación, sino que simplemente provoca que ésta se torne irrevocable (art. 531-8) y determina el momento de la adquisición de la propiedad o el derecho real sobre el bien objeto de la donación por el donatario. Pero esta aceptación se produce una vez el acto dispositivo ya se ha completado, no altera la unilateralidad de la donación, puesto que el donatario no interviene en la formación y perfección de la donación» (p. 72).

b) Artículo 531-8 CCCat: «Irrevocabilidad/ 1. La donación es irrevocable desde el momento en que los donantes conocen la aceptación de los donatarios o, en caso de donación verbal de bienes muebles,

[A.2] *Para la regulación del Código civil* y según Arjona Guajardo-Fajardo, «la cuestión se cifra en determinar si en nuestro Ordenamiento actual la donación es un negocio de eficacia traslativa (dispositiva) u obligacional», siendo «tema en el que, después de muchos estudios, sigue sin llegarse a una solución pacífica», disputándose «el campo dos tesis principales»⁶⁵¹.

Una tesis, «que fue casi indiscutida desde el siglo XIX hasta los años cuarenta del siglo XX –pero que luego ha seguido teniendo valedores–, sostiene que la donación es negocio de eficacia meramente obligacional, necesitando por tanto de un acto complementario de *traditio* para transmitir al donatario la cosa objeto de la misma», sobre la que Arjona Guajardo-Fajardo apunta que «no se sustenta en una fundamentación sólida» y «[e]s, más bien, fruto de la premisa de que parte –el negocio de donación es título que debe ir seguido de *traditio* para operar el traspaso jurídico-real, porque esa es la operatividad normal de los contratos en Derecho español, y la donación es un contrato–, siendo así además que esa premisa –que la donación es un contrato– no se apoya en argumentos positivos de peso que la respalden: en este punto, los partidarios de esta tesis se limitan fundamentalmente a criticar los obstáculos con que tal idea se cuenta»⁶⁵².

En cuanto a «[l]a otra tesis, que a partir de los años cuarenta del siglo XX ha ido ganando terreno hasta el punto de ser hoy prevalente en la doctrina, sostiene que la donación es negocio de eficacia inmediatamente traslativa, no necesitando por tanto de entrega o *traditio* para producir el efecto transmisivo que pretende», señala Arjona Fajardo-Guajardo que «presenta un fundamento mucho más amplio y profundo, apoyado en argumentos literales, de conjunto, sistemáticos e históricos», los cuales «si bien no son todos inequívocos si se consideran de forma aislada, tomados en conjunto sí llevan claramente a la conclusión de que el entendimiento mejor fundado en este tema es el que proclama la eficacia inmediatamente traslativa de la donación regulada en nuestro Código civil –en el título II de su libro III: artículos 618 y siguientes–, pues es el que permite armonizar mejor todos los datos en juego», y «[e]sto, estamos convencidos [Arjona Guajardo-Fajardo] de que esa así»⁶⁵³.

Ahora bien, Arjona Guajardo-Fajardo aclara que, el que sea partidario de la tesis expuesta en último lugar para la donación de los artículos 618 y ss CC (efi-

desde la entrega del bien si se realiza en el momento de la expresión verbal de la donación, sin perjuicio de las causas a que se refiere el artículo 531-15.1 [precepto que regula la revocación de las donaciones]/ 2. Los donantes no pueden revocar las donaciones motivadas por colectas públicas o benéficas a partir del momento en que manifiestan públicamente su voluntad de dar».

⁶⁵¹ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *ADC* (2022) pp. 850-851.

⁶⁵² ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *ADC* (2022) pp. 851-852; en nota 23 de p. 852 apunta que «[e]l único argumento positivo en que los partidarios de esta tesis, en general (salvo De los Mozos [apellidos, mayúsculas en el original] [...])» la sustentan «se cifra en la exigencia de aceptación del donatario de que hablan los artículos 618 y 629 CC y en la remisión que el artículo 621 CC hace a las disposiciones generales del Código en tema de obligaciones y contratos, para todo aquello que no esté regulado en el título dedicado a las donaciones».

⁶⁵³ a) ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *ADC* (2022) pp. 851-854; *vid.* notas 24, 25, 26 y 27 en las que se explica, respectivamente, los argumentos literales, de conjunto, sistemáticos e históricos de apoyo a esta tesis.

b) Por su parte, CASTAÑOS CASTRO considera que la donación regulada en los artículos 618 ss CC «debe ser entendida exclusivamente como modo de adquisición del dominio» [(2021) p. 22, pero *vid.* pp. 16-23].

cacia inmediatamente traslativa), no le impide admitir la validez de la donación obligacional, pues esta otra donación «tiene [...] cabida llevándola al libro IV del Código [civil]», ya que «en el ámbito del Derecho privado patrimonial la autonomía es principio fundamental» y en el Libro IV del Código civil «no hay obstáculos que impidan configurar voluntariamente –es decir, negocialmente– una obligación de dar a título gratuito»; en suma, «en nuestro Derecho actual es posible un negocio de donación obligacional⁶⁵⁴. Lo anterior no significa para Arjona Guajardo-Fajardo, «que la eficacia de la donación en nuestro Derecho sea siempre obligacional», sino «sencillamente, que puede tener eficacia tanto traslativa como obligacional, dependiendo de cuál haya sido la voluntad de los sujetos al celebrar el negocio, esto es de cuál haya sido la eficacia sea la que los sujetos hayan querido darle»⁶⁵⁵.

a) Como dije antes del excurso, De Cossío y Corral *niega* que el dolo de tercero permita al donante anular su donación. En su opinión, es *irrelevante* el dolo ejercido por el tercero sobre el donante. Apoya su solución en que *la donación es un contrato y en virtud del artículo 621 CC* (recuerdo su tenor, «[l]as donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos se registrarán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título») *lo procedente es aplicar los artículos 1269 y 1270 CC*, en los que se encuentra la regla de la irrelevancia del dolo de tercero a efectos de la anulación contractual. Es esta, regla *distinta* de la aplicable al dolo en los actos unilaterales (por ejemplo para el testamento, art. 673 CC; para la aceptación o repudiación de la herencia, art. 997 CC). De Cossío y Corral considera que *habría de aplicarse a la donación y al dolo del tercero, la solución dada al dolo en los actos unilaterales, la de la nulidad radical y absoluta*.

[A] *El distinto tratamiento del dolo de tercero según el carácter unilateral o bilateral del acto*

Por lo que acabo de exponer, conviene que recuerde *que en el acto bilateral (contrato), el dolo de tercero es irrelevante en cuanto a la anulación del contrato* [y esto, sin perjuicio de lo que expongo para la donación y en la siguiente b), según Morales Moreno] *y que el dolo de tercero es relevante en el acto unilateral (testamento, aceptación y repudiación) en el que se diferencia entre el que ejerció*

⁶⁵⁴ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *ADC* (2022) pp. 854-855; continúa: «Conclusión, esta, en refuerzo de la cual cabe apuntar, además, que pretender lo contrario es cosa que resulta verdaderamente chocante incluso desde un punto de vista intuitivo, ya que esa es una idea plenamente conforme con la psicología humana. Sin poderse ignorar tampoco que la donación obligacional, aparte de estar admitida claramente en el Derecho Comparado y de tener antecedentes en nuestro Derecho histórico, cuenta en nuestro Ordenamiento actual con reflejo en diversos preceptos: artículos 1340, 1341 y 1363 CC, y 168.1.c) LH».

⁶⁵⁵ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *ADC* (2022) p. 856.

el dolo y el beneficiado por él (el beneficiario puede, o no, ser el mismo sujeto que ejerció el dolo)⁶⁵⁶.

[B] *La explicación de De Cossío y Corral*

Sobre el dolo de tercero, manifiesta:

⁶⁵⁶ *El apuntado distinto tratamiento es algo habitualmente destacado. Por ejemplo:*

a) Según ALBALADEJO, «[f]rente al declarante, si el negocio es unilateral, el comportamiento engañoso puede ser realizado por cualquiera, aunque no sea el destinatario (cuando se trate de declaración recepticia), pero si el negocio es bilateral, [el comportamiento engañoso] debe serlo por la otra parte./ [...] dice el artículo 673, para el caso de un típico negocio unilateral [...] el testamento [...]. Lo que, sin precisar más, significa que basta el dolo en sí, provenga de quien provenga. Por el contrario, tratándose de negocio bilateral, se dispone [...] *de parte de uno de los contratantes* [...] (artículo 1267 [sic; 1269 CC])./ Nos parece [ALBALADEJO] más segura esta opinión que la de creer que tratándose de negocios bilaterales el dolo debe provenir de la otra parte; si de unilaterales, recepticios, del destinatario; y sólo cuando se trate de negocios unilaterales no recepticios es aceptable que el dolo proceda de cualquiera» [cursiva del original; ADC (1957) pp. 993-994].

b) Según DE CASTRO Y BRAVO, la regla de la irrelevancia del dolo de tercero «no es aplicable a los negocios unilaterales, en los que no se puede distinguir entre contratantes y terceros (p. ej., respecto al testamento, artículo 673, y a la aceptación y repudiación de la herencia, art. 997; comp. S. 14 marzo 1957), sino entre interesado o beneficiado y extraño» [(1971) § 205, p. 154]. Antes había advertido: «El Código civil se ha limitado a definir el dolo que vicia el contrato (art. 1269), pero no dice qué entiende con las palabras dolo y fraude, que emplea con referencia a otros negocios jurídicos (arts. 673, 997), ni cuáles sean las características de la conducta dolosa que puede ocasionar la nulidad de las demás declaraciones y negocios jurídicos. Este silencio podría suplirse utilizando la definición dada para los contratos, con las modificaciones pertinentes, según el tipo de cada negocio. Así, en los negocios unilaterales (p. ej., testamento, aceptación de herencia) habrá que sustituir la referencia al contratante que es inducido por otro a celebrar un contrato, por la de la persona beneficiada o interesada, que emplea la maquinación para que se emita la declaración negocial en su beneficio» (§ 199, p. 150).

Vid. también MORALES MORENO (1993a) p. 395, y CARRASCO PERERA (2021) 8/22, p. 389 y nota 31 de p. 389, ambos con apoyo en De Castro y Bravo.

c) Refiriéndose *solo al testamento*, en 2020 y según PÉREZ ÁLVAREZ: «[a] diferencia de lo que sucede en sede de contratos en que es exigible *ex art.* 1269 CC que el dolo proceda de unos [sic; uno] de los contratantes, parece no ofrecer duda alguna que en materia testamentaria la sanción de nulidad alcanza a estos casos en que se disocia la persona de quien actuó dolosamente y la del favorecido en la disposición *mortis causa* por tal actuación./ Admitiendo expresamente en el ámbito de las declaraciones generales que no es indispensable que las palabras o maquinaciones insidiosas se desplieguen por parte de un posible heredero, o que en el dolo también se comprenden los supuestos en que se induce al testador a disponer a favor de terceros; por todas: Ss AP Álava 5 de julio 2012, Madrid 20 noviembre 2017 y Madrid 17 julio 2018. Como se declara en la SAP Salamanca 1 julio 2013: es «indiferente que el captador de la voluntad del testador sea la persona beneficiada por el testamento o un tercero que a ésta trata de beneficiar» [en el original, este párrafo en caja y letra más pequeña]./ No ofrece duda la invalidez, por cuanto el art. 673 CC dispone la nulidad del testamento con independencia de quien sea el sujeto que actuó dolosamente y de la persona que resulta beneficiada: «*será nulo el testamento otorgado con [...] dolo o fraude*». Y por si existiera alguna duda tal es la orientación que siguen normas análogas. Así sucede en el ámbito de los preceptos que responden a la finalidad de evitar la captación de voluntad al tratar la incapacidad relativa en sede testamentaria./ En efecto; en relación con lo que se acaba de exponer, el art. 752 CC [...] el art. 754 CC [...] el art. 755 CC./ En resumen: la nulidad que contempla el art. 673 CC tiene naturaleza objetiva [basta el dolo], diferenciada de la declaración de indignidad *ex art.* 756.5.º que, obediendo a una actuación dolosa determinante del testamento, tiene naturaleza subjetiva [afecta exclusivamente al causante del dolo]» [cursiva del original; (2020) pp. 32-33; *vid.* además pp. 35-37, para el dolo negativo (art. 674 CC), pp. 37-38, pp. 47-48, 101-102, 123-131].

Más allá de lo anterior, sobre el «dolo y [la] captación en las disposiciones testamentarias», DE COSSÍO Y CORRAL, ADC (1962) pp. 277-291; sobre «[l]a protección del testador vulnerable», VAQUER ALOY, ADC (2015) pp. 327-368.

«¿Cómo compaginar esta exigencia de la cualidad de parte en el autor del dolo cuando se trata de actos unilaterales? Según el artículo 673 del C.c., «será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude». Claro está que aquí no cabe hablar de la «otra parte», por lo que precisamente la cuestión se plantea en términos muy distintos que en el contrato: en éste [en el contrato] se trata de evitar un perjuicio a quien de buena fe llegó a la convención, imponiéndose, por lo tanto, un equilibrio de intereses entre ambos contratantes, cosa que no ocurre con el acto unilateral. De aquí que este dolo que vicia la voluntad [en el acto unilateral] provenga siempre de un tercero, el cual, por otra parte, para que el dolo se produzca, no es preciso que esté ni directa ni indirectamente interesado, o haya de obtener algún beneficio de sus maquinaciones dolosas; no cabe en este caso compensación de dolos, ni dolo incidental, siendo el efecto de la voluntad viciada, no la anulabilidad, sino la nulidad radical y absoluta del acto testamentario. *Estas normas, que deberían ser igualmente aplicables a las donaciones «inter vivos», no tienen sin embargo aplicación a ellas, ya que el Código las concibe como contratos, y por disposición expresa del artículo 621 [CC], les son aplicables las normas del título II del Libro III [sic; IV] del C.c., entre las que se encuentran los artículos 1269 y 1270 [CC]»* (cursiva mía)⁶⁵⁷.

[C] *El dolo en los actos con pluralidad de partes*

Por último, de esto también se ocupan los autores. *Por ejemplo*, Morales Moreno ilustra el problema con el siguiente ejemplo, para el que advierto puede entenderse que la prestación es indivisible: «Pedro y Andrés venden a Luis la casa que tienen en común, para hacer en el solar una nueva construcción. *A Pedro le consta que el suelo en el que se asienta no es edificable. Andrés, por el contrario, lo ignora»* (cursiva mía)⁶⁵⁸. ¿Cuál es la solución del caso? El comprador Luis ¿puede anular todo el contrato? O ¿no puede anularlo y el contrato se mantiene? En este último caso, ¿la solución es exigir la indemnización de daños? Si la prestación fuera divisible, el contrato ¿podría anularse parcialmente?⁶⁵⁹

⁶⁵⁷ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) pp. 341-342.

⁶⁵⁸ MORALES MORENO (1993a) p. 400.

⁶⁵⁹ *También* DE COSSÍO Y CORRAL plantea el problema y expone propuestas de solución ofrecidas por autores extranjeros, y cómo, para nuestro derecho, Roca entiende que *todo* el contrato puede anularse. Por su parte, De Cossío y Corral merma la relevancia del problema en cuanto a la anulación del contrato (algo secundario), al entender que puede anularse por error y no ve razón que aconseje la vigencia del contrato. Dice así:

«Mayor complejidad ofrece la solución de que en el contrato hayan participado más de dos personas, bien porque haya pluralidad de partes (contrato plurilateral), bien porque cada parte se halle constituida por varios individuos. Si de todos sólo uno o algunos son culpables del dolo, y los demás inocentes, ¿procederá la anulación con relación a todos ellos, o habrá de mantenerse la vigencia del contrato, a pesar del vicio de la voluntad, sin perjuicio de la acción de resarcimiento que pueda corresponder a la víctima del dolo? No han faltado autores que, [...] Demolombe [...], y, [...] Baudry Lacantinerie [...]. [...] Demogue. [Giorgi [...]./ Desde luego, la rescisión parcial del contrato ofrece graves dificultades en la práctica, no siendo viable en la mayor parte de los casos, ni existe tampoco norma jurídica que la autorice; por otra parte, al hablar el artículo 1269 [CC] del «otro contratante», sin distinguir, no parece que sea posible excluir este supuesto; por estas razones, entre nosotros Roca, defiende la nulidad total. *La cuestión, en el fondo, tiene a nuestro juicio* [De Cossío y Corral] *una importancia secundaria, como la tan debatida del*

Al respecto, Morales Moreno ofrece una serie de criterios a tener presente y propone unas soluciones.

En cuanto a los criterios, tiene «en cuenta: a) que el causante del dolo es parte en el contrato; b) que entre el causante del dolo y los otros contratantes que ocupan su misma posición existe una conexión de intereses, establecida por el mismo contrato; c) que aunque las prestaciones derivadas del contrato fueran divisibles, el consentimiento contractual del sujeto de que padece el dolo es anterior al nacimiento de la obligación y puede referirse al negocio en su totalidad, lo cual impide aplicar al caso el criterio de las obligaciones divisibles (parcialidad, art. 1138)»⁶⁶⁰.

Y sus criterios de solución son: «a) que no puede hablarse en este caso de un dolo de tercero (carácter de parte, conexión de intereses); b) que el negocio es anulable en su totalidad, siempre que no sea suficiente para satisfacer el interés del contratante defraudado aplicar la nulidad parcial; c) que el contratante que actuó dolosamente debe indemnizar tanto a los contratantes que ocupan su misma posición como al que ha padecido dolo»⁶⁶¹.

Con posterioridad a Morales Moreno, Carrasco Perera defiende similares ideas⁶⁶². *Y con anterioridad*, Albaladejo entendía que, «[a]plicando el espíritu del artículo 1269 [CC], se llega a la conclusión de que quien o quienes sufrieron el dolo pueden impugnar sus declaraciones, con efectos sólo frente a quien obró con él, salvo que no pueda prescindirse de tal parte, en cuyo caso se anulará el negocio totalmente» (cursiva mía)⁶⁶³.

dolo del tercero, [...], ya que prácticamente la nulidad podrá producirse, si no por dolo, al menos por error; pero en todo caso creemos [De Cossío y Corral] que es preciso abandonar esta idea de «culpabilidad», cuando se trata de resolver problemas relativos a la existencia o inexistencia de una voluntad libre, y que no hay razón alguna que aconseje mantener la vigencia de un contrato de tal manera viciado» [cursiva mía; (1955) pp. 344-345].

Más allá, *vid.* también LLOBET I AGUADO (1996) pp. 166-167.

⁶⁶⁰ MORALES MORENO (1993a) p. 400.

⁶⁶¹ MORALES MORENO (1993a) p. 400; añade la siguiente precisión: «La nulidad parcial no solo exige que sean divisibles las prestaciones (art. 1138), sino que no sea determinante para el sujeto que padece el dolo la ejecución completa del negocio cfr. art. 1479, 1491)» (pp. 400-401).

⁶⁶² CARRASCO PERERA (2021) 8/21, p. 388.

⁶⁶³ a) ALBALADEJO, ADC (1957) p. 994.

b) En cambio, QUICIOS MOLINA es partidaria de la anulabilidad total del contrato, lo que defiende y argumenta como sigue: «En el caso de que sean varias las personas que ocupan una de las partes del contrato, y no todas hayan empleado dolo, es discutible si puede anularse el contrato, pues tenemos que atender o al interés de quien ha sufrido el dolo o al interés de esas también inocentes personas que no lo han generado. Aunque la posible invocación del error subyacente restaría relevancia a la cuestión, nos parece [QUICIOS MOLINA] más acertada, en cualquier caso, defender la nulidad, pues el consentimiento se ha emitido viciado, si bien sólo cabría exigir responsabilidad por daños al causante del engaño» [(2020) 208, p. 1591]. Y en nota 337 de p. 1591 añade: «La estructura de las obligaciones con pluralidad de sujetos ofrece igualmente argumentos para ello: la solidaridad comunica las faltas de uno de los acreedores al resto (art. 1141.II CC), y la insatisfactoria restitución parcial a que conduciría una nulidad también parcial del contrato con acreedores unidos por una mancomunada divisible obliga a entender que el dolo de uno de ellos permite anular totalmente el contrato (las dificultades prácticas de la nulidad parcial tanto en los contratos plurilaterales como en las obligaciones con pluralidad de sujetos han sido resaltadas por De Cossío [apellidos, mayúsculas en el original] [...]. Si la macomunidad fuera indivisible, no podría oponer-

b) *Retornado a la donación (y al dolo de tercero)*, Morales Moreno expone que «la regla de exclusión del dolo de tercero está pensada para los contratos», lo cual «resulta de su posición sistemática en el Código civil (Libro IV, capítulo II, sección primera) y de su misma formulación («de parte de uno de los contratantes»)» y cree que dicha regla no debe «aplicarse a los negocios gratuitos, y, más concretamente a las donaciones», pues, pese a que «éstas puedan ser consideradas como negocio bilateral (cfr. art. 623 del Código civil) [en virtud del cual, «[l]a donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario»], «[e]l carácter gratuito de la causa y la conexión de esta causa con la voluntad del disponente debe influir en la ponderación del conflicto de intereses» (cursiva mía)⁶⁶⁴. Con apoyo en Morales Moreno, Carrasco Perera tampoco considera aplicable a la donación la regla de que el dolo de tercero sea irrelevante a efectos de la anulación contractual⁶⁶⁵.

[84] *¿Cómo se justifica (o argumenta) la norma de la irrelevancia anulatoria del dolo de tercero?* En la protección de la seguridad del tráfico, y en la protección de la confianza del otro contratante en la validez del contrato; también se indica que es reminiscencia del carácter sancionador del dolo del derecho romano.

Por ejemplo, De Castro y Bravo apunta el «respeto a la seguridad del tráfico»⁶⁶⁶. Morales Moreno, con mención expresa a De Castro y Bravo, co-

se en contra de la nulidad el art. 1139 CC, pues en el caso del dolo el acto individual es anterior a la celebración del contrato y no está previsto por el espíritu de la norma».

⁶⁶⁴ a) MORALES MORENO (1993a) p. 395.

b) *Más allá, trasladándome al vicio del error en la donación*, VAQUER ALOY informa: «Por cuanto al derecho español se refiere, ni siquiera los autores que defienden la naturaleza contractual de la donación en España se han ocupado de la posibilidad de impugnar por error la donación. Ello se debe, probablemente, a la difícil adaptación de las normas sobre anulabilidad por error a la donación, por su carácter traslativo, especialmente cuando se trata de la donación manual. Por otro lado, es necesario tener en cuenta la irrevocabilidad de la donación, salvo las causas legales de revocación. Con todo, existe algún pronunciamiento judicial que aplica el error vicio a la donación y decreta, por ello, su anulabilidad. Así, la SAP Álava 20.11.2008 concluye: «en el presente caso, atendidas las especiales circunstancias que en él concurren, cuando los padres prestaron su consentimiento para la donación, dicho consentimiento estaba viciado por error; toda vez que ellos creían que cuando menos la donación que consentían no les impedía continuar en el uso y disfrute de la vivienda hasta su fallecimiento o ingreso en una residencia, por todo lo cual el contrato de donación que otorgaron resulta anulable. Aun más, dicha causa de anulabilidad contractual consistente en el error del consentimiento, viene reforzada por el hecho de que fueron las propias hijas quienes los indujeron, y, por tanto, es a ellas a quienes en último término resulta imputable». La SAP Pontevedra 14.11.2001, por su parte, afrontó también una demanda de anulación de una donación por error, que no estimó al considerar «prescrita» la acción de anulabilidad y no probado el vicio del consentimiento. Por su parte, la SAP Valencia, sec. 7.^a, 3.12.2010 estima probado que el demandado «engañó» a la donante, quien no quería desprenderse de la propiedad de su piso, lo que en definitiva supone un error en el negocio o, lo que es lo mismo en este caso, ausencia de consentimiento del donante» [(2012) pp. 77-78].

⁶⁶⁵ CARRASCO PERERA (2021) 8/21, p. 389 y nota 32 de p. 389.

⁶⁶⁶ DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 205, p. 154.

necta dicha norma con la seguridad del tráfico, *la relaciona* con la protección de la confianza del otro contratante⁶⁶⁷ y *apunta* su conexión «con el carácter sancionador que inicialmente se atribuye en el Derecho romano a la *actio de dolo*» y en coherencia con «ese planteamiento, las sanciones, en principio, sólo deben ser soportadas por los sujetos que inciden en el supuesto que las prevé»⁶⁶⁸. Rojo Ajuria, por su parte, afirma que «en el [...] dolo de tercero se opta por la tutela de la confianza del otro contratante (inocente) frente a la víctima del engaño del tercero»⁶⁶⁹, además de protegerse la seguridad del tráfico (pues, si se admitiera el dolo de tercero, podría significar la anulación de miles de contratos en una sociedad basada en la información, ya que, por ejemplo, un tercero puede dar una noticia en Bolsa y las cotizaciones subir o bajar; cabe la posibilidad de que, celebrado el contrato, un contratante urdiera después un montaje con un tercero, difícil de desenmascarar por el otro contratante; en suma, se afectaría gravemente a la vinculación contractual)⁶⁷⁰.

⁶⁶⁷ MORALES MORENO (1993a) p. 393.

⁶⁶⁸ a) MORALES MORENO (1993a) p. 394; continúa: «Y si bien es cierto que hoy, bajo la influencia de la construcción voluntarista del contrato, el dolo tiende a ser concebido como un mecanismo de protección de un contratante, por un vicio de la voluntad, la irrelevancia del dolo de tercero demuestra que aún en el Derecho actual sigue en cierta medida gravitando la idea sancionadora del Derecho romano. Los efectos del dolo, incluso el de la anulabilidad del contrato, pueden comprenderse, y de hecho se comprenden mejor, como medidas de responsabilidad (en sentido amplio), consecuencia de la conducta antijurídica del contratante que ha provocado el dolo».

b) No está de acuerdo con que, en la vigente norma de la irrelevancia del dolo de tercero grave, en cierta medida, la idea sancionadora del derecho romano, ROJO AJURIA; sobre esto, la nota inmediatamente siguiente.

⁶⁶⁹ ROJO AJURIA (1994) p. 111. *Apunta* de inmediato, que «[l]a tutela de la confianza de la otra parte es una idea que ha tenido un amplio eco doctrinal» (p. 111). *Considera* que, «[a]dmitida la protección de la confianza, o la seguridad del tráfico, como causa de la irrelevancia del dolo del tercero creemos [ROJO AJURIA] que tal irrelevancia no demuestra que aún en el Derecho actual sigue en cierta medida gravitando la idea sancionadora del Derecho romano (MORALES, Cc, pág. 394)» (nota 108 de p. 111). *Y tras señalar* que «Weill y Terré [apellidos, mayúsculas en el original] dicen que la anulación [del contrato por el dolo de tercero] causaría a la otra parte un perjuicio innecesario, y añaden [los citados Weill y Terré] que la víctima es, en cierta medida, culpable de haberse dejado engañar», ROJO AJURIA *opina* en relación con la última aseveración de Weill y Terré «que, admitida la tutela de la confianza, resulta innecesario acudir al más que dudoso argumento de que en el dolo siempre hay culpa de la víctima, en mayor o menor medida» (p. 112). *Finalmente*, según ROJO AJURIA, «la admisión del dolo de tercero perjudicaría a un particular contratante «inocente», pero, además y sobre todo, supondría un gravísimo atentado al principio de la irrelevancia de los motivos, y a la vinculación contractual» (p. 114; también para ROJO AJURIA y sobre la irrelevancia de los motivos, la nota inmediatamente siguiente).

⁶⁷⁰ ROJO AJURIA argumenta ampliamente *la idea de la protección de la seguridad del tráfico*, así:

«[...] Trabucchi [apellido, mayúsculas en el original] también añade unas consideraciones de carácter práctico de sumo interés. Si se diese relevancia al dolo de tercero no sería difícil que quien ha declarado el consentimiento, o un tercero indirectamente interesado, encontrasen un extraño que se dejase atribuir la culpabilidad de un engaño. Como en el dolo lo fundamental es la relación de causalidad, y *puede caer sobre los motivos*, será difícil probar a la otra parte la inexistencia de tal dolo. El argumento [de Trabucchi] nos parece [ROJO AJURIA] que merece un desarrollo. *En realidad, creemos [ROJO AJURIA] que la admisión del dolo de tercero perjudicaría a un particular contratante «inocente», pero, además y sobre todo, supondría un gravísimo atentado al principio de la irrelevancia de los motivos, y a la vinculación contractual.*

[85] *Ahora bien*, estando clara la norma de la irrelevancia del dolo de tercero a efectos de la anulación contractual, la siguiente cuestión es, *¿cuándo realmente existe dolo de tercero? ¿Cuándo el dolo es de parte?*

En general, los autores consideran que *no hay dolo de tercero* (hay imputación al contratante), si el dolo proviene del *representante del contratante*⁶⁷¹, o *de una persona de la que este último debía responder*⁶⁷², o *si el contratante fue cómplice del tercero (participó con él) y se aprovechó del dolo habido*⁶⁷³,

Tomemos un ejemplo ya propuesto por Beudant [apellido, mayúsculas en el original]: «¿Dónde llegaríamos por esta vía? Una noticia es extendida por la Bolsa; las cotizaciones suben o bajan; después se descubre que la noticia era falsa ¿Anulamos todas las operaciones realizadas?» El argumento cobra mayor importancia en una sociedad como la actual, basada en gran parte en la información. [...]. Pues bien, el problema no parece ni siquiera comparable a las consecuencias que podría tener la admisibilidad del dolo del tercero a efectos de la anulación del contrato. *Y no sólo porque el dolo de un tercero podría significar la anulación de miles de contratos, sino porque la inseguridad en los tratos contractuales sería absoluta. Los motivos de la otra parte dejan de ser irrelevantes, sus fuentes de información, sus consejeros...* En la negociación adquieren relevancia las condiciones de determinación de la voluntad de la otra parte, *si se quiere tener una seguridad respecto a la eficacia de tal contrato*. Y todo ello sin olvidar que, como decía Trabucchi [apellido, mayúsculas en el original], siempre cabe la posibilidad de urdir un montaje con posterioridad, montaje ante el que la otra parte se encontraría con serias dificultades para desenmascararlo. En este caso nos parece [ROJO AJURIA] que las razones históricas se ven confirmadas y ampliadas, y que en una sociedad basada en el mercado y la información, la irrelevancia anulatoria del dolo de tercero es una opción de política jurídica más que razonable» [cursiva mía; (1994) pp. 113-115; el autor cita a continuación a De Castro y Bravo, y a Morales Moreno].

⁶⁷¹ *Por ejemplo*, DE COSSÍO Y CORRAL (1955) pp. 339-340; MORALES MORENO (1993a) p. 396, que advierte que «tampoco ha de serlo [no es dolo de tercero] el provocado por el sujeto que gestiona sus intereses, cuando hay ratificación (art. 1892) o aprovechamiento de las ventajas (art. 1893). En la representación indirecta, no debe ser considerado tercero el representado que causa el dolo en el negocio celebrado por el representante, aunque éste actúe en su propio nombre»; según CARRASCO PERERA, «[e]l dolo del agente, del mandatario o del mandante, del representante aparente, del administrador sin poderes cuya actuación obliga al principal, del factor notorio, etc. se considerará como dolo de parte contratante, el carácter directo o indirecto de la representación no tendrá importancia» [(2021) 8/21 p. 388]. *Vid.* FUENTESECA (2002) p. 138; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007) p. 206; M. J. MARÍN LÓPEZ (2020) 162, p. 713.

⁶⁷² *Por ejemplo*, MORALES MORENO (1993a) p. 397; GARCÍA VICENTE «Artículo 1270» (2013) p. 9131 («no tiene eficacia alguna [...] el dolo procedente de un tercero, aunque podrá imputarse al contratante beneficiado *si tal tercero se hallaba bajo su esfera de control*»; cursiva mía).

DE COSSÍO Y CORRAL diferencia supuestos, así: «Caso distinto será el de que la maquinación dolosa haya sido llevada a efecto por las personas de quien estaba obligado a responder, a tenor del artículo 1903 [CC]; pero esta responsabilidad queda excluida, por su propia naturaleza, del campo de la responsabilidad contractual, y limitada, en el de la extracontractual en que se desenvuelve, al resarcimiento de daños y perjuicios en la forma prevista por la ley; *pero nunca servir de base a una impugnación del contrato, que sólo podría ser anulado si el dolo hubiera sido personal. Claro está que, como personal, habrá que reputarlo en el supuesto de que la persona que lo produjo hubiese actuado siguiendo instrucciones del contratante, ya que entonces tales instrucciones serían precisamente el elemento característico de tal maquinación o maniobra, y ésta, plenamente imputable a quien la instigó*» [cursiva mía; (1955) p. 343].

⁶⁷³ *Por ejemplo*, DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 342; DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 205, p. 154; LUNA SERRANO (1987) p. 79; MORALES MORENO (1993a) pp. 395-396; LLOBET I AGUADO (1996) pp. 160, 164; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007) p. 206; GARCÍA VICENTE, «Artículo 1270» (2013) p. 9131; DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 33; M. J. MARÍN LÓPEZ (2020) 162, p. 713.

Vid. además, al poco de publicarse el Código civil, MANRESA Y NAVARRO, «Artículos 1269 y 1270» (1901) p. 625; SCAEVOLA (1904) p. 644.

*o si el contratante sabía (conocía) del dolo de tercero y se aprovechó de él*⁶⁷⁴. Incluso algunos consideran que no hay dolo de tercero, si el contratante hubie-

⁶⁷⁴ a) *Por ejemplo*, DE COSSÍO Y CORRAL (1955) pp. 342-343 (habla de dolo omisivo); ALBALADEJO, ADC (1957) p. 944; LUNA SERRANO (1987) p. 79 [cuyo texto transcribo en la nota inmediatamente siguiente, en d); habla de dolo omisivo]; MORALES MORENO (1993a) pp. 394, 395-396 y «Artículo 1269» (1993b) p. 470; ROJO AJURIA (1994) pp. 115-116 [cuyo texto transcribo en la nota inmediatamente siguiente, en c)]; LLOBET I AGUADO (1996) pp. 164-165; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007) p. 206; GARCÍA VICENTE, «Artículo 1270» (2013) p. 9131; DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 33 (habla de dolo omisivo); M. J. MARÍN LÓPEZ (2020) 162, p. 713.

Vid. además, al poco de publicarse el Código civil, MANRESA Y NAVARRO, «Artículos 1269 y 1270» (1901) p. 625.

b) *Sin perjuicio de las sentencias del Tribunal Supremo que analizo infra, [87] y [88] en relación con el dolo de tercero*, GARCÍA VICENTE informa de que «[u]n caso de dolo de tercero es el finalmente resuelto por la STS 12 febrero 1965 [...]: se trataba de una compraventa de vivienda bonificable (esto es, su renta no era libre). La compradora alega la anulación del contrato por dolo al desconocer esta circunstancia (no se hizo mención alguna en el contrato) y quien afirmó que se trataba de vivienda con renta libre fue un propietario anterior de la vivienda (no el vendedor); y no consta que el vendedor se aprovechara de esta afirmación ni que conociera el efecto determinante de tal afirmación en la voluntad de la compradora» (cursiva mía; «Artículo 1270» (2013) nota 1 de p. 9131).

En cuanto a los hechos de dicha STS 12.02.1965 (*Pte. Excmo. S. D. Manuel Lojo Tato*), brevemente, se vende un piso y el vendedor (Roberto) demanda a la compradora (Teresa), pidiendo su condena al cumplimiento del contrato. En primera instancia se desestima su demanda y estima la nulidad del contrato alegada por Teresa, pero, en segunda instancia se revoca la sentencia de primera instancia y se estima la demanda del vendedor Roberto. Teresa interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo, que apunta que las alegaciones de error y dolo deben probarse, pues no se presumen, y que el vendedor Roberto no actuó dolosamente, no casa. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

En concreto y en lo que interesa, según el Tribunal Supremo:

«Que, con conocida reiteración, viene declarando esta Sala que las alegaciones de error y de dolo, vicios del consentimiento, requieren para que puedan prosperar, la demostración cumplida de la existencia de dichos vicios, prueba que es de la exclusiva apreciación de los Tribunales de instancia (S. 26 de diciembre de 1944 [...] que entre otras muchas, proclama tal doctrina), y que el error y el dolo no se presumen, y que, cuando el Tribunal de instancia declara que no existe dolo, para sostener su existencia, por ser problema de hecho, es preciso demostrar la equivocación del juzgador por la vía adecuada [...] (cdo 1.º).

«Que el contrato básico del pleito es el de compraventa del piso cuestionado que no contiene en el documento privado de 24 de mayo de 1958, con las adiciones complementarias y aclaratorias de otro de igual fecha, estando ambos autenticados, [...], mereciendo destacarse que en dichos documentos no se afirma por el vendedor [Roberto] que el piso vendido fuera de renta libre y que por el contrario, consta su condición de bonificable, pues así resulta de la cláusula cuarta del adicional, circunstancia que resalta la sentencia recurrida, y, por ende, la escritura que se designa como documento auténtico n.º 1, no se destruye, sino que más bien corrobora la apreciación de la Sala sentenciadora, e igual acontece con el documento segundo, o sea, la certificación expedida por la Delegación del Ministerio de la Vivienda, donde consta la calificación definitiva de bonificación (no ocultada en el contrato básico) y en la que se expresa que «el precio de las viviendas acogidas al D.-ley de 27 de noviembre de 1953 [...] es completamente libre ya que no se encuentra regulado ni limitado por disposición legal alguna», estando acorde este documento con lo afirmado en tal aspecto por la sentencia impugnada; y, finalmente, en lo que respecta al documento n.º 3, o sea, a la llamada certificación expedida por la Oficina de Alojamiento de las Fuerzas Americanas, carece ese informe, expedido a manera de oficio, del carácter de autenticidad a efectos de su casación y su contenido no contradice en modo alguno la recta apreciación de la Sala sentenciadora en cuanto estima que la manifestación sobre libertad de renta fue hecha por el propietario anterior al vendedor, en contrato de arrendamiento celebrado el año 1957, y que no es imputable al accionante [el vendedor Roberto] ni guarda relación directa con su conducta, por todo lo que es obvio que el denunciado error de hecho no ha sido suficiente» (cdo 4.º).

*ra debido conocerlo (cognoscibilidad)*⁶⁷⁵. *En estos señalados supuestos lo que existe es dolo de parte y el contrato podrá anularse.*

Otro supuesto, merecedor de la atención de los autores, es *el contrato a favor de tercero* (relación triangular). *Si el dolo proviene del tercero (del bene-*

⁶⁷⁵ a) Admiten que el contrato puede anularse, MORALES MORENO (1993a) pp. 394 y 395-396; GARCÍA VICENTE, «Artículo 1270» (2013) p. 9131.

b) *No lo admiten* DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 343, y LLOBET I AGUADO (1996) p. 165; M. J. MARÍN LÓPEZ (2020) 162, p. 713.

c) ROJO AJURIA, que entiende que no hay dolo de tercero si el contratante lo conoció y se aprovechó, *plantea además y simplemente la duda de si debería considerarse que no hay dolo de tercero, si el contratante debía de haberlo sabido*, apuntando al respecto las soluciones alemana (que lo admite) y la italiana (que no lo admite).

Por lo anterior, recuerdo el tenor § 123 BGB: «(1) Quien ha sido inducido a emitir una declaración de voluntad mediante engaño doloso o ilícitamente por intimidación puede impugnar la declaración./ (2) Si el engaño procede de un tercero, la declaración que debía emitirse frente a otro sólo es impugnabile si este conocía el engaño *o debía conocerlo*. Si otra persona diferente de aquélla frente a la cual debía emitirse la declaración de voluntad ha adquirido un derecho como consecuencia inmediata de la declaración, se puede impugnar la declaración frente a ella si conocía *o debía conocer el engaño*» [cursiva mía; trad. ARROYO AMAYUELAS, rev. BECKMANN (2008) pp. 155-156]. *Recuerdo también el tenor del artículo 1439 CCI 1942*: «Dolo. Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato./ Quando i raggiri sono stati usati da un terzo, il contratto è annullabile *se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio*» (cursiva mía).

Por mi parte, analicé el dolo de tercero en los derechos alemán e italiano, además de referirme a los derechos de los Países Bajos, portugués y suizo, en FENOY PICÓN, ADC (2020) [62] [C] a [G] pp. 1419-1422, pero *vid.* además [62] [A] y [B] pp. 1417-1419; para la oportuna regulación del dolo de tercero en los Principios UNIDROIT y PECL, [33] [B] pp. 1380-1382; para la del derecho francés antes de su reforma en 2016, [30]-[32] pp. 1377-1379, y para la del vigente derecho francés, [58]-[63] pp. 1415-1417, 1422-1424; para el derogado derecho belga [80]-[81] p. 1453, y para la *entonces* proyectada reforma del derecho belga, [94] pp. 1466-1467.

Volviendo al pensamiento de ROJO AJURIA, este explica: «En cuanto al principio de la confianza, reconociendo que *nuestro artículo 1269 Cc* no es el [§] 123 BGB, *tiene la ventaja de resolver el problema que ha preocupado a la doctrina: el caso de quien conoce la existencia del dolo del tercero y se aprovecha de ello*. El artículo 1269 Cc y el artículo 1439.1.º Cc italiano apenas se diferencian, pero el artículo 1439 Cc italiano añade expresamente un segundo párrafo para resolver el problema. *La cuestión es discutible en nuestro Derecho y cabe optar por otras soluciones; así Luna* [apellido, mayúsculas en el original] *plantea la posibilidad de configurar en tal caso un supuesto de dolo omisivo. El principio de la confianza plantea la duda entre la solución italiana (dolo conocido) y la alemana (también cognoscible). En cualquier caso creemos* [ROJO AJURIA] *que tal conocimiento previo es presupuesto básico para que se pueda hablar de «aprovechamiento de la maniobra ajena»*. Llegar al extremo de Bonassies [apellido, mayúsculas en el original], que sobre la base de una noción amplia de complicidad dolosa, plantea incluso la posibilidad de configurar un comportamiento doloso en quien, tras haber conocido con posterioridad la existencia del dolo de tercero, pretende mantener la vinculación contractual, parece excesivo, pues rompe tanto la regla general, como el principio de la confianza» [cursiva mía; (1994) pp. 115-116, y *vid.* además notas 127 y 128 de p. 116].

d) En cuanto al citado por Rojo Ajuria en la anterior c), LUNA SERRANO, según este: «[...], el dolo de tercero puede ser relevante en algunas ocasiones. Así ocurre [...]. Otro supuesto más dudoso, pero sobre el que suele concordar la doctrina por razones de equidad, es del de que uno de los contratantes conozca el dolo de tercero y lo aproveche para contratar: cabe pensar incluso que por no poner al corriente del dolo empleado por el tercero al otro contratante, quien se aprovecha de aquella circunstancia incurre él mismo en dolo, puesto que también las conductas omisivas pueden considerarse maquinaciones insidiosas» [(1987) p. 79].

ficiario), se defiende que el contrato pueda anularse, bien por entenderse que el tercero mediante su aceptación o ratificación posterior forma parte del contrato (De Cossío y Corral)⁶⁷⁶, bien por considerarse que, aunque que el tercero no es parte en el contrato celebrado entre el estipulante y el promitente, dada su integración en la relación jurídica que se establezca, el mismo no es un tercero (Morales Moreno)⁶⁷⁷. También se ha apuntado que el promitente no podrá negarse a pagar «al beneficiario alegando que éste ha engañado al estipulante, sin perjuicio de las consecuencias que este engaño tenga en la relación entre estipulante y beneficiario», y que, «seguramente no será lo mismo si el beneficiario engaña al promitente, que contrató con el estipulante, pues el beneficiario es un tercero ajeno al contrato, pero no ajeno al crédito que de él resulta» (Carrasco Perera)⁶⁷⁸.

Frente al antes aludido tercero del contrato celebrado en su favor, *existe otro tercero, el tercero interesado en el contrato celebrado que le beneficia*. Por ejemplo, el ejecutante, el presunto heredero. Para estos otros supuestos de tercero, existen diferentes opiniones doctrinales sobre si es, o no, verdadero tercero, con la subsecuente consecuencia de que el contrato no pueda, o sí, anularse. De este otro tercero interesado y de las soluciones me ocupo *infra*, [87] [A.2] y [A.3] y allí remito.

Por último, para el contrato de fianza, Carrasco Perera apunta que «el fiador no podrá oponer al acreedor el dolo sufrido por el engaño del deudor, del que aquél [el acreedor] no es partícipe; pues tampoco podría oponer este fiador al acreedor ninguna de las excepciones que tuvieran su origen en la relación de cobertura que le vincula al deudor principal»⁶⁷⁹. Del dolo del deudor y de uno de los cofiadores solidarios, hecho sobre el otro codeudor solidario, se ocupa específicamente la *STS, 1.ª, 03.03.2021*, y remito al lugar en que la analizo, *infra*, [87] [D].

[86] *Y más allá de todo lo anterior*, se ha señalado que, si no es posible anular el contrato por haber existido dolo de tercero, podría anularse por error vicio *si se cumplen los requisitos de este último*⁶⁸⁰.

⁶⁷⁶ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) pp. 340-341. *Vid.* la crítica que al razonamiento de De Cossío y Corral hace LLOBET I AGUADO, con apoyo en Luis Díez-Picazo [(1996) p. 163; *vid.* además p. 162].

⁶⁷⁷ MORALES MORENO (1993a) p. 398; en el supuesto de que el dolo *proveniera del estipulante*, apunta MORALES MORENO que, «en principio, afectará al tercero en la medida en que las vicisitudes de la relación de cobertura (en la que ha mediado el dolo) alcanzan normalmente al derecho del tercero, por derivarse este derecho de aquélla».

⁶⁷⁸ CARRASCO PERERA (2021) 8/21, p. 388.

⁶⁷⁹ CARRASCO PERERA (2021) 8/21, p. 388.

⁶⁸⁰ *Por ejemplo*, DE COSSÍO Y CORRAL (1955) pp. 335, 345, 346; LUNA SERRANO (1987) p. 78; MORALES MORENO (1993a) pp. 394-395; VAQUER ALOY, *CCJC* (2001) p. 628; FUENTESECA (2002) p. 127;

B) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

[87] Señala que el dolo de tercero no permite anular el contrato, algo que los autores repetidamente apuntan⁶⁸¹. Aquí, para el dolo de tercero, voy a ocuparme de las *STS 08.03.1929*, *STS 20.12.1967*, *STS, 1.ª, 13.12.2000* y *STS, 1.ª, 03.03.2021*. De la *STS 12.02.1965* me ocupé *supra*, nota 674 b), y allí remito.

La *STS 08.03.1929* es de evidente lejanía temporal y habitual mención entre los autores (cita clásica)⁶⁸². En ella, el adjudicatario de las fincas rústicas, que adquiere en subasta judicial, demanda al ejecutante y a los ejecutados, al perder la posesión de las fincas, pues uno de los deudores ejecutados no era propietario, algo que desconocía. El Tribunal Supremo considera viciado el consentimiento contractual del adjudicatario por error del artículo 1266 CC. *En cuanto al dolo*, el Tribunal Supremo recuerda que este ha de partir de uno de los contratantes (art. 1269 CC), no existiendo en el dolo precepto análogo como el del artículo 1268 CC para la violencia o intimidación, por lo que el dolo procedente de tercero, que no interviene directamente por sí o por representante en el contrato, no lo anula, y, en su recurso de casación, el adjudicatario alegaba dolo del ejecutante, y este es tercero en la compraventa celebrada entre el ejecutado (vendedor, a través del juez) y el adjudicatario (comprador). En opinión de De Cossío y Corral, *el ejecutante es tercero* «directamente interesado en el contrato, no porque éste le reconozca un derecho [como sería en el contrato a favor de tercero], sino simplemente porque del mismo [del contrato] puede derivar para él algún beneficio», lo cual no comparte Morales Moreno que *no le considera tercero* dada la «cierta conexión económico-jurídica entre ejecutante y ejecutado» (sobre ambos autores, *infra*, siguiente [A.2] y [A.3]).

De la *STS 20.12.1967*, aunque más cercana en el tiempo que la anterior *STS 08.03.1929*, media todavía importante distancia temporal en relación a hoy y doy cuenta de ella *supra*, nota 231 y [78] [A.1] a). Aquí, el causante, que en vida celebró un préstamo (era el pretamista), dispuso en su testamento el legado de un bar. La heredera universal acepta la herencia, correspondiéndole

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007) p. 206; PASQUAU LIAÑO, «Artículos 1269 y 1270» (2009) p. 2345; M. J. MARÍN LÓPEZ (2020) 163, p. 713.

Al poco de publicarse el Código civil, MANRESA Y NAVARRO, «Artículos 1269 y 1270» (1901) p. 625.

⁶⁸¹ *Por ejemplo*, MORALES MORENO (1993a) p. 392; DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 32.

⁶⁸² *Por ejemplo*, DE COSSÍO Y CORRAL (1955) pp. 338-339; DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 205, p. 154; QUIÑONERO CERVANTES, *RDP* (1979) p. 353; MORALES MORENO (1993a) nota 53 de pp. 392-393; ROJO AJURIA (1994) nota 126 de p. 115, *vid.* también p. 38; LLOBET I AGUADO (1996) p. 161; DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) pp. 32-33; PASQUAU LIAÑO, «Artículos 1269 y 1270» (2009) p. 2345.

la devolución del préstamo. Sin embargo, la legataria comienza a devolver el préstamo (error espontáneo), siendo después dolosamente inducida (error provocado) por la heredera a celebrar un contrato con dicha heredera, contrato por el que la legataria asumía el pago del préstamo. En su recurso de casación, la heredera entiende que no procedía considerar que hubiera dolo por ser este de tercero, lo que el Tribunal Supremo no admite, pues el dolo procedió de la heredera, esto es, de la parte contratante.

Con notable más cercanía en el tiempo, en la *STS, 1.ª, 13.12.2000* se conoce de una opción de compra y de la posterior compraventa. Aquí, la vendedora demanda, entre otras cosas, la nulidad de la opción y de la compraventa por vicio del consentimiento, algo estimado en primera y en segunda instancia, recurriendo en casación el optante/comprador por entender que no existió dolo por su parte. El Tribunal Supremo recuerda su doctrina (general) sobre el dolo de los artículos 1269 y 1270 CC y es entonces cuando apunta, que para poder anular el contrato el dolo debe ocasionarlo el contratante, no un tercero, añadiendo que la única consecuencia del dolo de tercero en el orden civil es la de indemnizar daños; en esta sentencia se menciona a la antes referida *STS 08.03.1929*. En cuanto al caso, el Tribunal Supremo considera que no hubo dolo del optante/comprador (entre otras cosas, en la sentencia, que se recurre, se señalaba que se indujo a la vendedora a engaño sin afirmarse que el inductor fuera el comprador y sin especificarse en qué consistió el engaño, indicándose que fue el sobrino de la compradora el que recibió el dinero fijado como precio). *Ahora bien*, el Tribunal Supremo sí admite la petición subsidiaria de la vendedora de que hubo lesión *ultra dimidium* y aplica los (ahora derogados) artículos 323 y ss de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña [que transcribo *infra*, nota 1241 a)].

Finalmente, la *STS, 1.ª, 03.03.2021* es bastante reciente e interesante y de ella doy cuenta *supra*, [22] [A] y [73] [D]. Se conoce de un contrato de cofianza solidaria. Para el Tribunal Supremo, la actuación dolosa de la sociedad prestataria (deudora; ocultó su insolvencia, dolo omisivo), conocida por uno de los codeudores solidarios (de los dos que eran), es actuación dolosa imputable a las partes contratantes (no a terceros) en el ámbito de las concretas relaciones jurídicas entre el cofiador que padece el dolo, y la sociedad prestataria (deudora) y el otro cofiador. En cambio, en la relación de fianza entre el acreedor (prestamista) y el cofiador solidario que sufrió el dolo de la sociedad prestataria (deudora) y dolo conocido por el otro cofiador solidario, el acreedor (prestamista) es ajeno a tal conducta dolosa (es tercero ajeno en la causación del dolo) y no cabe imputarle dolo de parte (esto es, dolo de contratante, art. 1269 CC). Teniendo en cuenta lo anterior, para el Tribunal Supremo no es

anulable el contrato de fianza entre el acreedor (prestamista) y el cofiador que sufrió el dolo de la sociedad prestataria (deudora) y conocido por el otro cofiador, pero, el dolo omisivo de la prestataria (deudora) y conocido por el otro cofiador solidario impide estimar la acción de repetición (art. 1145 CC) y la condena al pago de prestaciones futuras a devengar, que el cofiador solidario, que conoció del dolo, exigía del cofiador solidario que padeció el dolo. Apos-tilla el Tribunal Supremo, que a efectos de su resolución, no es necesario pronunciar-se sobre el alcance de las acciones que corresponderían al cofiador solidario engañado contra el cofiador que le engañó, en caso de que fuera inti-mado judicialmente al pago por el acreedor (prestatario) y en virtud de las obligaciones derivadas del contrato de fianza. En esta STS, 1.ª, 03.03.2021 se menciona, además, a la antes referida STS 08.03.1929 y se alude al distinto trato jurídico dado al dolo de tercero y a la violencia e intimidación de tercero (art. 1268 CC).

Procedo ya a la exposición de las cuatro referidas sentencias.

[A] *La STS 08.03.1929 (Pte. Excmo. Sr. D. Diego Medina)*

[A.1] En síntesis, al adjudicatario [adquirente en subasta pública, Juan García Lobato] se le adjudican cinco fincas rústicas y al mes de tomar posesión, pierde esta, pues uno de los deudores ejecutados (Miguel, uno de los hermanos Sánchez Orellana) no era propietario de aquéllas. El adjudicatario Juan demanda al ejecutante [Juan Carrillo Díaz] y a los ejecutados (los hermanos Sánchez Ore-llana, Francisco, José y Miguel) y pide la declaración de nulidad de la subasta y venta de las cinco fincas, y la devolución de lo pagado como precio de las fincas, así como de otras cantidades (intereses legales, pago de gastos ocasionados). En primera y segunda instancia no se estima la demanda. El adjudicatario Juan recurre en casación y alega, entre otras cosas, que su consentimiento contractual adoleció de error, y que hubo dolo del ejecutante Juan. El Tribunal Supremo, que casa, considera que el adjudicatario Juan dio su consentimiento por error, pues la base, materia y motivo para celebrar la compraventa es la adquisición de la cosa que ofrece el vendedor con obligación de transferir su dominio, y uno de los eje-cutados no era propietario, algo que el adjudicatario Juan no sabía⁶⁸³. En cuanto

⁶⁸³ En concreto, *para el error*, el Tribunal Supremo dice:

«[...] según el art. 1300 del Código civil, pueden ser anulados los contratos en que concurren los requisitos esenciales para su validez, si alguno de ellos adolece de vicio que lo invalide con arreglo a la ley y ésta en los artículos 1265 y siguientes del mismo Código dispone que será nulo el consentimiento pres-tado por error, si recae sobre la substancia que fuese objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo; y conforme a dicho texto cuya amplitud permite a los Tribunales en un legítimo criterio de expansión al acomodar cada caso concreto al de rectitud en que aquel se inspira, *no puede menos que estimarse error referente a la substancia de la cosa y sufi-ciente a invalidar el contrato en que haya concurrido el error que recaiga sobre lo que es base, materia y motivo a un mismo tiempo para celebrar el contrato, como es en el de compra-venta la adquisición de la cosa ofrecida por el vendedor, con obligación de transferir el dominio de la misma al comprador, y para*

al dolo por parte del ejecutante Juan, el Tribunal Supremo lo desestima porque lo considera tercero en relación con la compraventa celebrada, a través del juez, entre el ejecutado (los hermanos Sánchez Orellana) y el adquirente (el adjudicatario Juan).⁶⁸⁴

Sobre la irrelevancia del dolo de tercero y para el caso, el Tribunal Supremo manifiesta:

«[...] que el dolo que según el art. 1269 del Código civil vicia los contratos y puede ser origen de la nulidad de los mismos conforme al art. 1260 [sic, 1269] ha de partir de alguno de los contratantes, y no existiendo respecto al dolo precepto análogo al 1268 del mismo Código que permite atribuir a un tercero no contratante la violencia o intimidación anulatoria de la obligación contenida en el contrato, es forzoso deducir de estos preceptos que el dolo procedente de un tercero que no interviene directamente, por sí ni debidamente representado, en el contrato cuya nulidad se pida por razón del engaño de que fuese víctima quien la reclama, no anula en general el consentimiento prestado mediante el alegado engaño; y como todas las maquinaciones insidiosas y falacias originarias del dolo que el actor García Lobato [el adjudicatario] supone productoras del dolo en su perjuicio, en el contrato de compra-venta de las cinco fincas que formaban parte del Cortijo del Alcachofar, las atribuye como ejecutadas y empleadas al efecto por el que era en el juicio ejecutivo ejecutante [Juan] Carrillo Duran [sic, Díaz], que no tuvo intervención como contratante en el contrato otorgado por el Juez de primera instancia a nombre de uno de los ejecutados –[...] Miguel [...]– que estaba representado por dicho funcionario judicial en concepto de vendedor de las fincas como previene el art. 1514 de la ley de Enjuiciamiento civil que se haga de oficio si el deudor apremiado no quiere o no puede verificar el otorgamiento de la correspondiente escritura, es evidente que cualesquiera que fuesen las demostraciones del supuesto dolo en cuanto se estiman por el hoy recurrente [el adjudicatario Juan] cometidas exclusivamente por quien no tuvo en el aludido contrato de venta intervención alguna, serían insuficientes para fundar en las mismas con eficacia para la resolución del pleito, las infracciones de ley y errores de hecho y de derecho, relativas a la apreciación de las pruebas que sirven de fundamento a los motivos cuarto y quinto del recurso, que deben ser desestimados» (cursiva mía; cdo 4.º).

[A.2] Como adelanté *supra* en este mismo [87], De Cossío y Corral considera al *ejecutante tercero* en relación con el contrato (compraventa) celebrado

éste el propósito de adquirirla mediante la entrega de su precio cierto; y debe considerarse notoriamente vicioso por error el consentimiento prestado en un contrato de dicha clase cuando el vendedor, que se propone enajenar la cosa, ostenta la representación legal de quien había manifestado antes ese auténtico documento, que no se cuidó de averar, que no era ya dueño de las fincas que iban a ser objeto de la venta y el comprador que consiente en recibirlas y paga su precio lo hace en la creencia, cuya falsedad no le consta, de que tiene derecho a transferirle el dominio quien aparece vendedor al que paga bajo este error el precio cierto objeto del convenio, y siendo así lo que ocurrió en el contrato cuya nulidad ha pretendido en su demanda el actor hoy recurrente García Lobato [el adjudicatario] debe ser estimado el motivo 1.º de su recurso, en la parte a dicha nulidad referente;» (cursiva mía; cdo 3.º).

⁶⁸⁴ Extracto su hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

entre ejecutado y adjudicatario, si bien es tercero *interesado* en el contrato, ya que del contrato puede derivar para él algún beneficio, citando a esta STS 08.03.1929 y, afirma que «*parece indudable que no cabe otorgarle la consideración de parte*» (cursiva mía)⁶⁸⁵.

El autor apunta, además, que *también hay tercero interesado* en «el caso de que el autor del dolo sea, por ejemplo, *el presunto heredero* de uno de los contratantes, y que, fallecido éste, se subrogue en sus derechos en el contrato»⁶⁸⁶. Para este caso, si bien considera que no puede «aquí hablarse de anulabilidad, pues resultaría absurdo que un contrato inicialmente válido y eficaz, [se] le transformase luego en un contrato nulo», entiende que «aparte de la acción de dolo que siempre se da contra el tercero para obtener el rescaramiento de los daños y perjuicios causados, *podrá el contratante que fué víctima del dolo, oponer la «exceptio doli» al heredero autor del mismo, que le reclamase el cumplimiento*» (cursiva mía)⁶⁸⁷.

[A.3] En cambio, asimismo lo adelanté *supra* en este mismo [87], Morales Moreno considera que el dolo del ejecutante *no es dolo de tercero*. Tras referirse a la STS 08.03.1929 y apuntar que «[l]a aplicación del error [que hace el Tribunal Supremo] conduce en este caso a la misma solución que resultaría de haberse apreciado el dolo» (la anulación del contrato), reflexiona que, «[d]e no haber ocurrido así [de no haberse aplicado el error], cabría cuestionarse si el ejecutante debe ser considerado tercero, o si, por el contrario, su posición puede asimilarse a la de la parte por la conexión económico-jurídica con el negocio que se realiza (a través de él cobra el crédito)»⁶⁸⁸. Recuerda que De Cossío y Corral, «utilizando criterios estrictamente formales le considera tercero, porque el contrato no le reconoce un derecho, sino que simplemente, de él deriva un beneficio, y equipara el caso al del dolo del presunto heredero»⁶⁸⁹. Por su parte, Morales Moreno cree «preferible la solución contraria», ya que «[e]n la ejecución el negocio de enajenación tiene como función (causa) satisfacer al ejecutante» y de ahí que haya «que admitir que existe cierta conexión económico-jurídica entre ejecutante y ejecutado» y que, dicho «caso no es equiparable al del potencial heredero, que en el momento de celebrar su causante el negocio es totalmente ajeno al mismo»⁶⁹⁰. «Es también argumento que apoya esta solución, aunque no

⁶⁸⁵ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 341.

⁶⁸⁶ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 341.

⁶⁸⁷ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 341.

⁶⁸⁸ MORALES MORENO (1993a) nota 53 de p. 393.

⁶⁸⁹ MORALES MORENO (1993a) nota 53 de p. 393.

⁶⁹⁰ MORALES MORENO (1993a) nota 53 de p. 393.

Advierto que para determinar si un sujeto tiene o no la condición de tercero a efectos del dolo, MORALES MORENO es contrario a la aplicación de «*criterios formales, atendiendo sólo a la estructura del negocio jurídico, a quiénes son en él parte y quiénes tercero*» (cursiva mía), pues «[m]ás allá de ese planteamiento estrictamente formal, hay que hacer una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, tomando incluso en cuenta las conexiones económicas y jurídicas que puedan establecerse entre el contratante y el causante del dolo» (p. 396). Considera, que «[e]n una aproximación general, podemos encontrar tres criterios para establecer la conexión: 1) En primer lugar, el criterio de la representación (en sentido amplio). Provoca que la actuación del «tercero» sea imputable al contratante. 2) En segundo lugar, el de la

sea decisivo (no puede generalizarse a todos los casos de dolo de tercero), el que el ejecutado se aprovecha del dolo del ejecutante, pues se libera de su deuda»⁶⁹¹.

[B] *La STS 20.12.1967 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Cantos Guerrero)*

[B.1] Brevemente, *antes de fallecer*, el 05.04.1961, Juan, como prestatario, celebra un préstamo con José (prestamista) de 150.000 pesetas, contrato que contenía la cláusula de que, en garantía del cumplimiento del contrato de préstamo, Juan (prestamista) se obligaba a no vender, ni gravar, ni enajenar en forma alguna el Bar Bini, bar de su propiedad. El 23.08.1961, Juan fallece y su heredera (M.^a Dolores, viuda suya y universal heredera) acepta la herencia. En el testamento de Juan se dispuso un legado del Bar Bini a favor de Francisca (legataria) y esta entendió (error espontáneo) que tenía que pagar el préstamo, que sin embargo era de cargo de la heredera (M.^a Dolores). Posteriormente, el 15.12.1962, *interviniendo abogados que asesoraban a la heredera M.^a Dolores*, la legataria Francisca celebra con M.^a Dolores un contrato por el que, entre otras cosas, Francisca asume el pago del préstamo e intereses (error provocado). José (prestamista) y M.^a Dolores (heredera y contratante con Francisca) demandan a Francisca y entre otras cosas, piden su condena al cumplimiento del préstamo. Francisca reconviene y señala que el contrato de 15.12.1962 se obtuvo por maquinaciones y no podía tener efecto jurídico. En primera instancia se estima la demanda y desestima la reconvenición. Ambas partes (José, M.^a Dolores; Francisca) apelan y en segunda instancia se estima la reconvenición de Francisca. José (prestamista) y M.^a Dolores (heredera) recurren en casación y alegan, entre otras cosas, infracción del artículo 1269 CC y aplicación indebida de los artículos 1266 y 1300 CC por considerar que el dolo, para que proceda, exige que provenga de uno de los contratantes y si procede de tercero no cabe la anulación del contrato, aunque atribuye al perjudicado una acción indemnizatoria contra el causante del engaño, y se menciona a la *STS 08.03.1929* (motivo 4.º; en la anterior [A] extracto dicha *STS 08.03.1929*). El Tribunal Supremo, que considera que el dolo procedió de la heredera, no casa⁶⁹².

En lo que interesa, el Tribunal Supremo dice:

«[...] que abundando en los términos de la sentencia a los que acabamos de referirnos, se dice en su Considerando sexto que «la finalidad pretendida era la de liberar a la heredera [M.^a Dolores] de las deudas del causante que en derecho le correspondían...», lo que «cae dentro de los dominios del dolo prevenido en el artículo 1269 del citado cuerpo legal»; y ello da pie para interponer el cuarto

conexión real de intereses entre los sujetos. 3) En tercer lugar, el de la conexión jurídica entre negocios y relaciones», y «[c]ada uno de estos criterios nos aproxima a la solución del problema [de si es o no tercero, a efectos del dolo] por vías distintas, a veces complementarias» (p. 396; *vid.* hasta p. 397).

En cuanto al «dolo potencial del heredero», para MORALES MORENO, este «no afecta a la validez del contrato celebrado por el causante», pero «si el contrato no hubiese sido consumado en vida del causante, el heredero no podrá exigir su cumplimiento», lo que puede justificarse «bien en la responsabilidad surgida del dolo como reparación *in natura*, bien en la *exceptio doli* (art. 7, 1.º)» (p. 398).

⁶⁹¹ MORALES MORENO (1993a) nota 53 de p. 393.

⁶⁹² Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

motivo del recurso⁶⁹³ [...], en el que se alega la infracción precisamente del precepto citado [art. 1269 CC] y que es, igualmente; *pues con ello lo que hace la sentencia, como un punto más de la relación fáctica, es concretar el origen del error al que fue llevada la legataria [Francisca] por la maquinación dolosa de la heredera [M.^a Dolores], careciendo de todo fundamento la invocación que se hace en este motivo de que el error fue inculcado por persona ajena a la contratación, ya que en la letra de la sentencia se hace constar de forma expresa, que el propósito insano, que acabo por imponerse, fue llevado a cabo por la heredera [M.^a Dolores], alegación que cae fuera de los hechos probados» (cursiva mía; cdo 3.^o).*

[B.2] *Más alla de lo anterior* y aprovechando que en el caso de la STS 20.12.1967 hubo, *aunque no se señale*, una asunción de deuda o una expromisión por parte de la legataria, voy referirme al supuesto de la asunción de deuda por el nuevo deudor, *asunción debida al dolo del anterior deudor*. Sobre este supuesto, Morales Moreno considera:

«En la asunción de deuda, el problema se plantea en los siguientes términos: Una vez consentida por el acreedor (art. 1205 del Código civil), ¿puede el nuevo deudor oponer al acreedor, como excepción, el dolo utilizado sobre él por el anterior deudor, que le ha determinado a realizar la expromisión?

Una razón para entenderlo así podríamos encontrarla en el carácter causal de nuestro ordenamiento. Sin embargo, el propio artículo 1205 del Código civil parece construir de modo abstracto el pacto entre el acreedor y el nuevo deudor, por el que éste se compromete al pago de la deuda; es decir, desvinculado de la relación existente entre el primitivo y el nuevo deudor. Nótese cómo del artículo 1205 [CC] resulta que el nuevo deudor queda obligado frente al acreedor, una vez que éste ha consentido, aun en el caso de que el deudor primitivo no tuviera conocimiento de la existencia de la expromisión (comp. art. 1158 del Código civil);

⁶⁹³ En concreto, en el motivo 4.^o del recurso de casación, José (prestamista) y M.^a Dolores (heredera) alegan: «[...] por haber incidido la sentencia recurrida en infracción del artículo 1269 del Código Civil y en aplicación indebida de los artículos 1266 y 1300 del Código civil; y se alega que la sentencia recurrida ha incidido en la infracción que se denuncia, al considerar como dolo contractual el precedente, no de la contraparte, sino de personas distintas, y al no declarar de acuerdo con los artículos citados como infringidos, por aplicación indebida, nulos el consentimiento prestado por dolo, y los contratos celebrados como consecuencia del mismo; que aun cuando se admitiese que la recurrida [...] Francisca [legataria, que luego asumió el pago del préstamo] [...] fue víctima de error, *ha de excluirse, en todo caso, la existencia de dolo*; que el artículo 1269 citado, dice que existe: «cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiese hecho»; *que se exige por tanto, que el dolo [sic] proceda de uno de los contratantes; si viene de terceros, no es causa de nulidad de contrato, aunque atribuya al perjudicado una acción indemnizatoria contra el causante del engaño; que la sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1929, corrobora que el dolo procedente de un tercero no interviniente en el contrato, no anula el consentimiento*; que la sentencia recurrida afirma que el error que imputa a la señora Saénz [Francisca, la legataria que luego asumió el pago del préstamo], inicialmente espontáneo, se torno en engañoso, por la intervención del señor Sureda y del Abogado de la heredera, señor Vidal, por lo tanto, la actuación engañosa, se atribuye a extremos al contrato y por ello, aun admitiéndose que ha existido error, ha de descartarse la existencia de dolo y al apreciarlo la sentencia recurrida, ha incidido en la infracción que se denuncia en el presente motivo [4.^o del recurso de casación]» (cursiva mía; rdo 14.^o de la STS 20.12.1967).

lo cual pone de manifiesto que la causa de este pacto no se encuentra en la relación que puede existir entre el antiguo y el nuevo deudor. Más bien es la existencia del crédito (novado) lo que constituye la causa eficiente para que quede vinculado el nuevo deudor (cfr. art. 1208). *Siendo esto así, el dolo que ejercite el antiguo deudor sobre el nuevo para determinarle a la expromisión puede ser considerado, frente al acreedor, como dolo de tercero*» (cursiva mía)⁶⁹⁴.

[C] *La STS, 1.ª, 13.12.2000 (Pte. Excmo. Sr. D. José Ramón Vázquez Sandes)*

En síntesis, el 31.05.1989 y en escritura pública, M.^a Dolores (concedente de la opción; optataria) celebra un contrato de opción de un inmueble con Valentín (optante) a cambio de 2.000.000 pesetas (opción de compra onerosa). El 12.06.1990 y también en escritura pública se celebra la compraventa entre M.^a Dolores (vendedora) y Valentín (comprador) por el precio de 4.000.000 pesetas. El valor real del inmueble era 10.000.000 pesetas. M.^a Dolores demanda a Valentín y pide la nulidad de la opción de compra y de la compraventa por vicio del consentimiento, aparte de otras peticiones subsidiarias (entre otras, pide la rescisión de la compraventa por lesión en más de la mitad de su justo precio). En primera y en segunda instancia se estima la nulidad de ambos contratos por vicio del consentimiento. Valentín recurre en casación por entender que no actuó con dolo y alega, entre otras cosas, aplicación indebida de los artículos 1269 y 1270 CC en relación con su jurisprudencia interpretativa (motivo 1.º); infracción del artículo 1253 CC en relación con el artículo 1269 CC (motivo 2.º); e infracción del artículo 1218 CC (motivo 3.º). El Tribunal Supremo considera que no existió dolo de Valentín (en la sentencia de segunda instancia se apunta que, entre otras cosas, que M.^a Dolores fue inducida a engaño, *pero* no se dice que el inductor fuera Valentín, tampoco se dice en qué consiste el engaño, y se indica que un sobrino de M.^a Dolores recibió el dinero⁶⁹⁵). El Tribunal Supremo asume la instancia y

⁶⁹⁴ MORALES MORENO (1993a) p. 399. Sobre esto, *vid.* CARRASCO PERERA (2021) 8/21, pp. 388-389.

⁶⁹⁵ En su comentario a esta *STS, 1.ª, 13.12.2000*, VAQUER ALOY destaca: «La clave de la decisión [del Tribunal Supremo] radica en la persona que ha llevado a cabo las maquinaciones insidiosas. Quien actúa dolosamente para incitar a celebrar un negocio que de otro modo no se habría realizado, o que se hubiera concluido en condiciones distintas, debe ser exclusivamente la otra parte contratante. Las maquinaciones insidiosas de un tercero son irrelevantes desde el punto de vista de la anulación del negocio por vicio de la voluntad. El artículo 1269 CC lo explicita mediante el inciso «de parte de uno de los contratantes», lo que supone un argumento decisivo para considerar el dolo como una sanción a la mala fe de uno de los contratantes, por cuanto el resultado es que se protege la confianza generada en el contratante no afectado por el vicio pero inocente o ajeno a la maquinación [...]. Pues bien, el razonamiento de las sentencias de instancia se apoya en el hecho de tener por probado que quien percibió el precio del inmueble enajenado fue un sobrino de la vendedora, a quien aquél habría engañado haciéndole creer que en vez de una opción de compra y de la escritura de venta estaba firmando su testamento y luego la subsanación del mismo. Por supuesto, el sobrino en cuestión no era el comprador del inmueble, no era parte contratante, con lo que la anulabilidad del negocio por causa de dolo carece, en efecto, de fundamento, puesto que, además, aparte de que, como señala la sentencia comentada, no se afirma en momento alguno que el inductor haya sido el demandado [Valentín], tampoco se recoge prueba alguna de que el comprador [Valentín] conociera la existencia del engaño y se hubiera aprovechado de él para concluir el contrato o de que por lo menos hubiera podido conocerlo. Pero es que todavía existe otro argumento para desvirtuar las conclusiones de las sentencias de instancia, como es que no cabe deducir la existencia de dolo de la simple

considera rescindida la compraventa por lesión en más de la mitad del justo precio, sin perjuicio de que el comprador pueda evitar la rescisión mediante el complemento del precio en la cantidad de 6.000.000 pesetas⁶⁹⁶.

En su sentencia y en lo que ahora interesa, el Tribunal Supremo, primero, hace unas consideraciones generales (abstractas) sobre el dolo y sus requisitos, entre ellas, que para que pueda anularse el contrato el dolo debe provenir del contratante y no de un tercero, pudiendo producir el dolo de tercero la consecuencia de la indemnización de daños. Después, enjuicia el caso y entiende que no hubo dolo del optante/comprador (Valetín). En concreto, según el Tribunal Supremo:

«Habiendo de formarse y emitirse conscientemente y libre el consentimiento que, como primero de los requisitos del contrato, establece el artículo 1261 del Código civil, sale al paso de los vicios que puedan afectarle, con la consecuencia de nulidad del correspondiente contrato, el art. 1265 destacando, por lo que aquí interesa según la invocación que de él se hace, el dolo como engaño que hubiera llevado a la demandante a celebrar erróneamente aquellos contratos que no estaba en su voluntad celebrar según previene el art. 1269 y delimita, para su prevista eficacia, el art. 1270.

Aún cuando esta Sala ha dispuesto reiteradamente –sentencia de 17 de mayo de 1988 y demás que esta recoge– que «el tema relativo a los vicios del consentimiento es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación de los tribunales de instancia», no cabe olvidar que esa apreciación ha de estar fundamentada y no sostenida en meras conjeturas, de forma que la calificación jurídica que se atribuya a aquellos hechos o actos, que tienen que ser fundamentales, sea comprobable en casación según puede entenderse desde la sentencia de 6 de Noviembre de 1948 y 8 de Febrero de 1955.

La maquinación que lleve a cabo la prestación de un consentimiento por ella viciado hasta producir efectos de nulidad contractual, ha de empezar por ser grave –según señala la sentencia de 29 de Marzo de 1994– y *ha de ser ocasionada sólo por el otro contratante en exigencia expresa de los arts. 1269 y 1270 y de la sentencia de 8 de Marzo de 1929* [que extracto en la anterior [A]] *porque como dice esta, «el dolo procedente de un tercero que no interviene directamente por sí ni debidamente representado en el contrato cuya nulidad se pide por razón del engaño de que fuese víctima quien la reclama no anula, en general, el consentimiento prestado mediante tal engaño» y podrá, si acaso, producir como única consecuencia en el orden civil el resarcimiento del perjuicio a cargo de quien urdió la maquinación.*

Desde esas exigencias ha de ser examinada *la sentencia aquí recurrida* y ha de anotarse que empieza a destacar la incuestionable capacidad de la deman-

afirmación de que fue engañada a firmar sendos documentos notariales al creer que su finalidad era otra [...]» [CCJC (2001) pp. 627-628]

⁶⁹⁶ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias. Sobre la rescisión por lesión, en esta sentencia, *infra*, nota 1241 b.1.1).

Como apunto en la nota inmediatamente anterior a esta, comenta la STS, 1.ª, 13.12.2000, VAQUER ALOY, CCJC (2001) pp. 621-633.

dante [M.^a Dolores] para gobernarse a sí misma –no se admite que se haya probado lo contrario y por su edad de ochenta y tres años no se conjetura limitación alguna a esa capacidad– y para llegar a apreciar el invocado consentimiento viciado se señala, sin mayor precisión, que *«fue inducida a engaño»* sin afirmarse en momento alguno que el inductor haya sido el demandado [Valentín] y no se dice nunca en qué haya podido consistir ese engaño que moviera a prestar un consentimiento no querido, no consciente, pues, para intentar determinarlo, la sentencia se detiene expresamente en que ha sido el sobrino de la demandante [M.^a Dolores] quien recibió *«el dinero fijado como precio de la supuesta enajenación»* –supuesta enajenación que no se dice a cual otra relación jurídica suplantó pese a hablarse de otro «propósito» que no se especifica cual sea– y en que la escritura pública de venta *«recoja un precio meramente confesado»*, lo que, en relación con lo anterior –la realidad del recibo de precio por aquel sobrino, deja sin valor alguno esta última apreciación y también la siguiente de no fijación o aclaración de cuál haya sido el medio de pago de dicho precio, estableciéndose así desde estos elementos unas conclusiones que, además de débiles y no significativas para el fin para el que se establecen, están muy lejos de llenar las exigencias de los preceptos en que, para rebatirlas, se sustentan esos tres motivos del recurso» (cursiva mía; FD 2.º).

«[...] El recurso [de casación de Valentín] menciona la infracción del art. 1218 del Código civil y aún cuando en la sentencia recurrida no se cuestionan abiertamente las escrituras notariales que recogen, respectivamente, los contratos de opción de compra y de compraventa ya reseñados, como quiera que al final del primer párrafo del tercer fundamento jurídico se menciona la ignorancia de la vendedora [M.^a Dolores] sobre las consecuencias jurídicas de haber firmado ante notario *«suscribiendo unos pactos que nada tenían que ver con su propósito»*, habrá de entenderse que con esto se alude a un propósito verdadero que creyó ser el que expresaba al firmar lo documentado por el notario ante el que compareció.

Ese simplista decir de la sentencia obliga a indagar cual fuese aquel posible propósito que pudiera haber tenido la demandante [M.^a Dolores] y esto, dado el silencio que se guarda después de aquella insinuación, solo podrá darlo al [sic; la] sentencia que la aquí recurrida confirmó en apelación, aún errando en la fecha que le atribuye en su parte dispositiva.

Señala la sentencia de primera instancia que las maquinaciones de determinado familiar [sobrino] de la demandante [M.^a Dolores] le llevaron a creer que al firmar los controvertidos contratos firmaba primero su testamento y después la subsanación del mismo, introduciendo así un elemento permisivo *de esa invocada superchería que –además de no invocada ni probada la connivencia ni siquiera la pasividad que ello supondría–* choca frontalmente con lo que disponen el art. 1.º de la Ley de Notariado y art. 193 del Reglamento Notarial haciendo a los notarios depositarios de la fe pública con las consecuencias que esta Sala ha dicho, ya en la sentencia de 8 de Noviembre de 1919 para reiterarlo posteriormente, de que mientras no se impugne por falsedad o no se desvirtúe su veracidad por otros medios probatorios *«el documento notarial subsiste en la esfera de la verdad y legítima para el tráfico lo en él convenido, dentro de la legalidad, bajo la*

garantía de la fe pública», tanto para los contratantes como para tercero, en cuanto que ha de protegerse a quien, de aquéllos o de éstos, desconozca la verdad intrínseca de su oponente frente a la que aparece declarada y ha de ser así aquí al no haberse producido prueba de un posible mal hacer en el otorgamiento que nos ocupa por no explicar y leer el fedatario el contenido de las escrituras en que aquellos contratos se recogen para recibir el asentimiento o el rechazo por parte de quienes le manifestaron su voluntad de forma que si la fe que se da es en el primero de los sentidos, el aquiescente en este supuesto, lo así escriturado prevalecerá» (cursiva mía; FD 3.º).

[D] *La STS, 1.ª, 03.03.2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile)*

Reitero los hechos que expongo *supra*, [22] [A.1]. En esencia, el 06.03.2013, la prestataria *Benito Sistemas de Carpinterías, S.A.* (empresa en aquel entonces controlada por César y Conrado) celebra un préstamo participativo con SRP (prestamista) de 1.500.000 €, siendo cofiadores solidarios y a primer requerimiento *Ibersa* (empresa controlada por César y Conrado) y Arcadio (que en aquel entonces tenía el 25% del capital social de *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.*). El 08.04.2013 (casi un mes después de celebrar la fianza solidaria) se presenta solicitud de declaración de concurso y el 26.06.2013 se dicta auto en que se declara en concurso de acreedores a *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* Ante el incumplimiento de *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* (prestataria) para la devolución del préstamo participativo y habiendo SRP (prestamista) requerido a los cofiadores solidarios, el 27.02.2014 el cofiador solidario *Ibersa* acuerda con SRP el pago fraccionado del 1.500.000 € en cuotas mensuales de 12.500 €, produciéndose el primer vencimiento el 05.03.2014. Tras diversos pagos, *Ibersa* (cofiador) demanda a Arcadio (el otro cofiador) y pide su condena al pago de 43.750 € (acción de repetición) y al pago de las prestaciones futuras a devengar según el acuerdo de 27.02.2014 pactado entre SRP (prestamista) e *Ibersa* (cofiador). Arcadio reconviene contra *Ibersa*, César, Conrado, *Ventanas del Occidente, S.L.*, SRP, y *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* y pide la nulidad del aval por error y dolo.

En primera instancia se desestima la demanda de *Ibersa* y estima la reconvencción de Arcadio al existir dolo, pues a la fecha de celebración del préstamo y de la cofianza solidaria, la prestataria *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* era insolvente, lo que sabían César y Conrado e *Ibersa* (esta última controlada por los dos anteriores, y cofiadora) y desconocía Arcadio (el otro cofiador), al que no se le informó, siendo el dolo suficientemente grave como para que Arcadio tuviera un *no* hubo dolo grave y se condena a Arcadio al pago de 43.750 € y al de las prestaciones futuras con interés según el acuerdo de 27.02.2014 pactado entre SRP (prestamista) e *Ibersa*. Arcadio recurre en casación y alega que padeció dolo de César y Conrado. El Tribunal Supremo casa y declara sin valor la condena de Arcadio. El Tribunal Supremo, que diferencia los vínculos entre acreedor y deudor de la obligación principal, entre deudor y fiador, y entre cofiadores, entiende que hubo dolo y que fue grave. Si bien la relación de fianza entre SRP (prestamis-

ta, acreedor) y los cofiadores no es anulable, Arcadio, que sufrió el dolo del deudor, dolo conocido por *Ibersa* (el otro cofiador), no tiene que pagar lo que este último le pide.⁶⁹⁷

En lo que ahora interesa, el Tribunal Supremo explica:

«15. Finalmente, debemos examinar el requisito consistente en que la conducta dolosa debe resultar imputable a «uno de los contratantes», pues el engaño no debe haber sido ocasionado por un tercero, ni empleado por las dos partes (sentencias 626/2013, de 29 de octubre, y 140/2017, de 1 de marzo, entre otras). El dolo de tercero es irrelevante por respeto a la seguridad del tráfico (sentencia de 8 de marzo de 1929 [que extracto en la anterior [A]]).

Ya hemos advertido antes [en el FD 3.º (2, 3, 4 y 5)] la distinción entre los vínculos obligacionales que ligan, por un lado, al deudor principal con el acreedor, el que se establece entre éste y el fiador, por otro, y el propio de la relación jurídica subyacente entre los cofiadores. La accesoriad de la fianza responde a la existencia de una dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal (por razón de la finalidad de garantía de aquella), que determina una relación negocial compleja por la interdependencia causal entre la obligación principal y la garantía fideiusoria, sin que aquellos vínculos obligacionales lleguen a confundirse, identificarse o reducirse en una única obligación.

Esa separación entre tales vínculos permite determinar los sujetos activos y pasivos de cada uno de ellos, y analizar separadamente la validez de sus declaraciones de voluntad desde el punto de vista de la posible concurrencia o no de alguno de los vicios del consentimiento de que pudieran adolecer. Desde este punto de vista, debe examinarse separadamente el requisito de la «ajenidad» de la conducta dolosa respecto las tres relaciones jurídicas conectadas en el préstamo afianzado: (i) la relación entre cada uno de los fiadores y la sociedad prestataria, (ii) la relación interna entre los cofiadores; y (iii) la relación entre cada uno de los fiadores y la sociedad prestamista⁶⁹⁸.

⁶⁹⁷ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

⁶⁹⁸ En FD 3.º de esta STS, 1.ª, 03.03.2021 y en lo que interesa, el Tribunal Supremo expone:

«2.- *Naturaleza y caracteres de la fianza. La dualidad de vínculos obligacionales* [esta cursiva del original]. El art. 1822 CC dispone [...]. Añade en su segundo párrafo [...].

Con independencia de su origen convencional, legal o judicial, la fianza es, en el sentido empleado en el citado precepto, una institución de garantía personal. Como pusimos de manifiesto en las sentencias [...], *esa función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena se cumple mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio, distinto aunque accesorio de la obligación principal, que está dotado de contenido propio, y que cuenta con su propia y específica causa de garantía, sometiendo el patrimonio del fiador a la eventual acción ejecutiva del acreedor en caso de que el deudor principal garantizado, no cumpla su obligación*. En este sentido se ha afirmado que el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia (aunque subordinada al interés del acreedor en obtener la satisfacción de la prestación debida por el obligado principal), *lo que excluye la posibilidad de entender que exista una única relación obligatoria con los dos deudores (el obligado principal y el fiador)*.

3.- De esta configuración surgen las dos notas que caracterizan principalmente la fianza: la accesoriad y la subsidiariedad. La primera responde a la existencia de una dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal (por razón de la finalidad de garantía de aquella), *de forma que si bien dichos vínculos obligacionales nacen y subsisten sin llegar a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, sí determina su participación o integración en una relación contractual o*

16. *En el caso, la maquinación, en los términos en que se ha descrito, se instrumentó a través de la actuación de uno de los contratantes (la sociedad prestataria [Benito Sistemas de Carpintería, S.A., deudora]) y era conocida por otro de los contratantes (la sociedad cofiadora [Ibersa]), de donde se deriva que las actuaciones dolosas no son imputables a «terceros», sino a «partes contratantes» en el ámbito de las concretas relaciones jurídicas existentes entre [...] Arcadio, como cofiador, y las citadas sociedades (prestataria y cofiadora).*

Por el contrario, no puede afirmarse lo mismo respecto de la concurrencia de ese requisito en las relaciones nacidas del contrato de fianza entre [...] Arcadio, como cofiador, y el acreedor de la prestación fideiusoria (la sociedad prestamista [SRP]). Esta sociedad ha sido ajena a la conducta dolosa sufrida por aquél, es por ello un tercero ajeno a su causación. En este sentido, en la relación obligacional que vincula [...] Arcadio con la prestamista [Benito Sistemas de Carpintería, S.A.] no cabe imputar el dolo a «un contratante». No existe respecto del dolo un precepto similar al art. 1268 CC que, en cuanto a la violencia o la intimidación, mantienen la anulación de la obligación aunque aquellas «se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato». El art. 1269 CC exige expresamente que el dolo proceda de «uno de los contratantes», lo que responde a razones de seguridad jurídica del tráfico y del contratante ajeno a la inducción maliciosa (sin perjuicio, como precisa la doctrina, de los supuestos de complicidad o aprovechamiento ilícito del engaño por la otra parte, o cuando conocía o debía conocer el engaño ejercido [sic, ejercido] por el tercero).

negocial compleja por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria, dada la accesoria de ésta respecto de aquella.

[...].

4.- Por otra parte, la fianza, como en el caso de la litis, puede pactarse con el carácter de solidaria, no sólo en cuanto a las obligaciones de los cofiadores entre sí, sino también respecto de la obligación del deudor principal (art. 1822 CC). *Pero incluso en el supuesto de la denominada «fianza solidaria» no existe una obligación única con pluralidad de deudores (en que se puedan entender refundidas la principal y la accesoria), sino que subsiste la concurrencia de dos vínculos obligatorios de naturaleza distinta. Así lo ha afirmado esta Sala aclarando que, aunque el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal, la fianza no queda desnaturalizada [...].*

Además, en el caso en que se haya convenido la solidaridad entre los cofiadores, *al doble vínculo obligacional anterior se añade el derivado de la relación jurídica subyacente entre los cofiadores por razón del pacto de solidaridad, que desenvuelve sus consecuencias en la relación interna entre aquellos en virtud del pago hecho por cualquiera de ellos al acreedor, en los términos previstos en la ley, en una proporción superior a la parte que le corresponda, a través de la correspondiente acción de regreso (arts. 1145, 1844 y 1845 CC).*

5.- *Esta diferenciación entre esos distintos vínculos obligacionales, el que liga al deudor principal con el acreedor, el que se establece entre este y el fiador, y el que deriva de la relación jurídica subyacente entre los cofiadores, resulta particularmente relevante a los efectos del presente enjuiciamiento, pues, [...], el efecto invalidante del dolo, como vicio del consentimiento, se produce dentro del ámbito de las relaciones obligacionales trabadas entre el contratante del que procede el dolo (en sentido activo o pasivo) y el contratante que lo padece, sin llegar a contaminar el vínculo obligacional, principal o accesorio, del que no forme parte ningún contratante al que quepa imputar la conducta dolosa, pues a diferencia de lo que sucede en los casos de otros vicios del consentimiento (art. 1268 CC), el dolo para provocar un efecto anulatorio del contrato debe proceder de «uno de los contratantes» (arts. 1269 y 1270 CC)» (cur-siva mía; FD 3.º).*

Como afirma una autorizada doctrina, para que el engaño por persona distinta del destinatario de la declaración no tenga que valorarse como el engaño de un tercero, a estos efectos, es necesario que la persona de quien procede el engaño esté en el negocio del lado del destinatario de la declaración. Cosa que no puede predicarse del deudor principal respecto del acreedor (destinatario de la declaración de voluntad del fiador), que son respectiva y antitéticamente sujeto pasivo y activo de la obligación garantizada.

17. *Consecuencias de la existencia del dolo omisivo en las relaciones entre la prestamista y la cofiadora que padeció el dolo y entre las cofiadoras* [esta cursiva del original].

La conclusión que se deriva de lo anterior es que el contrato de fianza, del que deriva un derecho de garantía a favor de la sociedad prestamista [SRP], no es anulable por razón del engaño doloso provocado por la sociedad cofiadora [Ibersa] y conocido por la prestataria [Benito Sistemas de Carpintería, S.A.]. Esta conclusión comporta que el pronunciamiento de la Audiencia de desestimar la pretensión de la demanda reconventional [de Arcadio], en la que se pedía una declaración de nulidad del contrato de fianza, debe ser confirmado.

Por el contrario, el pronunciamiento de la Audiencia al estimar la demanda de la cofiadora Ibersa y condenar [...] a) Arcadio al pago de las cantidades reclamadas por el ejercicio de la acción de regreso de los arts. 1.145 y 1844 CC en virtud del pago hecho al acreedor (o los que se hagan en el futuro con arreglo al acuerdo de refinanciación) debe ser revocado, según se desprende de lo antes razonado, en la medida en que hemos concluido que la reticencia dolosa era predicable de la sociedad prestataria [Benito Sistemas de Carpintería, S.A.] y fue conocida por la cofiadora demandante [Ibersa].

A los efectos de la presente resolución no resulta necesario que nos pronunciemos sobre el alcance de las acciones que corresponderían [...] a) Arcadio contra la cofiadora en caso de ser intimado judicialmente al pago por parte de la sociedad prestamista [SRP] en virtud de las obligaciones derivadas del contrato de fianza» (cursiva mía, salvo indicación expresa en contrario; FD 3.º).

[88] *Por ultimo, sobre el otorgamiento de poder (acto unilateral) y el mandato de celebración de una opción de compra y la posterior celebración de la opción de compra por el mandatario con el optante (actos bilaterales)* es de interés el litigio que se plantea entre tío (poderdante y mandante) y sobrino (optante) y la argumentación que el sobrino desenvuelve en su recurso de casación para negar la nulidad por dolo alegada por su tío y estimada en segunda instancia. De esto se ocupa la STS 08.02.1955. El caso presenta el interés de que el sobrino capta la voluntad del tío/le engaña para que este último apodere a otro sujeto (colaborador del sobrino) al que manda celebrar una opción de compra con, precisamente, el sobrino. La opción de compra se celebra entre el mandatario (representante del tío) y el sobrino, luego, el sobrino ejercita la opción de compra, y más tarde, demanda judicialmente a su tío el cumplimiento de la compraventa celebrada. Como he apuntado, se considera que el sobri-

no captó dolosamente la voluntad de su tío (hubo dolo) y *se estima la nulidad del poder, nulidad que arrastra la del contrato celebrado con apoyo en el poder*. Paso a exponer esta STS 08.02.1955.

[A] *La STS 08.02.1955 (Pte. Excmo. Sr. D. Saturnino López Peces)*

[A.1] En síntesis, Ramón (tío de Luis) es propietario de diversas fincas, algunas de las cuales las tenía cedidas en arrendamiento. Desde 1948, Luis (sobrino de Ramón) viene captando la voluntad de Ramón (engañándole y queriendo quedarse con su patrimonio) y consigue de Ramón (que le otorgue diversos y sucesivos poderes (entre otros, uno de 10.01.1949, poder general para administrar las fincas de Ramón). Asimismo, Luis consigue que Ramón otorgue poder el 31.10.1949 a favor de Mariano (colaborador de Luis) con el mandato de que celebre con Luis una opción de compra de determinada participación en las fincas de Ramón y dejando libertad al mandatario (Mariano) para la fijación del precio. El 15.11.1949 Mariano (mandatario y representante de Ramón) y Luis celebran la opción de compra, ejercitando Luis luego y correctamente dicha opción. Luis (sobrino) demanda a Ramón (tío) y pide el cumplimiento de la compraventa celebrada. Ramón reconviene y pide, entre otras cosas, la nulidad de todos los poderes y la consiguiente nulidad de los contratos celebrados con apoyo en tales poderes. En primera instancia se estima la demanda del sobrino Luis y desestima la reconvencción del tío Ramón, pero, en segunda instancia se desestima la demanda de Luis y se estima, en esencia, la reconvencción de Ramón, considerándose que Luis ejerció dolo sobre Ramón⁶⁹⁹. Luis interpone un amplio recurso de casa-

⁶⁹⁹ Parte de los hechos, considerados probados en la sentencia de segunda instancia, pueden conocerse a través del recurso de casación de Ramón, quien en su motivo 8.º alega que «la Sala sentenciadora [Sala 3.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid] [incurrió] en error de hecho en la apreciación de las pruebas que se derivan de documentos y actos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador. [...] Tomando pie en estos documentos, cuya autenticidad no es discutible, trata el recurrente [Luis] de demostrar el evidente error de hecho en que incurre la Sala tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid. Los Considerandos sexto, séptimo, octavo y noveno, los dedica la Sala precisamente al examen de la prueba practicada en autos en relación con los documentos que se han indicado, y así en el séptimo Considerando, y después de un «laborioso estudio inquisitivo» de la prueba, estima la Sala como hechos acreditados los siguientes:

a) Que [...] Ramón era un anciano de ochenta años de edad, indolente habitual para cosas de intereses.

b) Que [...] Luis era una persona expertísima en asuntos agrícolas, hombre de carácter autoritario y con eficaces colaboradores ([...] Ucar [esto es, Mariano, que fue apoderado y mandatario de Ramón] y [...] Moncó).

c) Que [...] Ramón es rico hacendado en Orihuela y Castuera.

d) Que [...] Ramón intentó de sus colonos un aumento de rentas.

e) Que [...] Ramón se puso en relación con su sobrino [...] Luis, en marzo de 1948, rechazando entonces una propuesta de venta de las fincas con precio aplazado.

f) Que en la correspondencia de [...] Ramón a [...] Luis se demuestra que el tío necesita dinero y que las ventajas económicas deben ser rápidas. Consecuencia de la conjunción de todos estos hechos, que la Sala considera probados, llega a la conclusión de que [...] Ramón lo único que pretendía era vender las fincas en la mayor suma de dinero posible. [...] Sigue la Sala tercera apreciando la prueba en relación con los hechos que antes se han puesto de manifiesto, y por ese medio concluye en que el grado de predominio de la voluntad del sobrino sobre el tío es tan grande que todo cuanto hace [...] Ramón lo hace exclusiva-

ción (ocho motivos) y alega, entre otras cosas, aplicación indebida de los artículos 1261, 1269, 1270, 1274, 1275, 1276 y 1277 CC y oportuna jurisprudencia, alegando, *en lo que ahora interesa*, que había de distinguirse entre los vicios del consentimiento del poder y los vicios del consentimiento de la opción de compra y que el poder otorgado por Ramón para la opción de compra reunía todos los requisitos necesarios para ser válido, pues, además de otras cosas, no había existido dolo por parte de Luis (motivo 3.º). El Tribunal Supremo entiende no desvirtuados los hechos admitidos en segunda instancia y no casa⁷⁰⁰.

De la sentencia interesa conocer *cómo* Luis argumenta que ha de distinguirse entre los vicios del consentimiento en el poder y los vicios del consentimiento en el contrato de opción de compra, considerando Luis que no ejerció dolo sobre Ramón para que este último otorgase poder, y *qué* responde (o se limita a responderle) el Tribunal Supremo. Pero antes y dada la complejidad del caso, el Tribunal Supremo advierte en su cdo 1.º que es «conveniente [...] fijar la actitud y posición de cada una de las partes litigantes en el pleito y su situación posterior ocasionada por los pronunciamientos de la sentencia resolutoria del mismo, ahora recurrida», lo cual lleva a cabo en el cdo 2.º (que transcribo en la siguiente [A.2]).

[A.2] *Sobre la posición de las partes y su situación posterior*, el Tribunal Supremo dice:

«[...] el actor [Luis] en su demanda pidió, lisa y llanamente que se condenase al demandado [su tío Ramón] a otorgar la oportuna escritura de compraventa de las cuatro fincas consabidas de Orihuela, de la propiedad de éste, para que fuese cumplida la obligación contenida en el contrato de opción de compra de las mismas, otorgada a favor del actor [Luis] en Bilbao mediante la escritura de 15 de noviembre de 1949, en la que intervino en nombre del demandado [Ramón] concediendo tal opción [...] Mariano [...], mandatario del mismo [de Ramón] con poder pertinente para ello, y al contestar a esta demanda el demandado [Ramón] se opuso a ella y formuló reconvencción, en la que, alegando haber sido viciado su consentimiento por inducción con idea de engaño (dolo in contrahendo [*sic*]) por parte del actor [Luis] y con invocación del artículo 1269 del Código Civil, solicitó se declarase la nulidad de las escrituras de mandato que había otorgado durante el período de sus relaciones económicas con su sobrino, el actor [Luis], referentes a la gestión o administración de aquellos bienes de su patrimonio y también la consiguiente nulidad de los instrumentos públicos que, haciendo uso de los aludidos poderes, hubieren otorgado en su nombre los respectivos mandatarios, haciendo extensiva esta solicitud de nulidad al poder otorgado a favor de [...] Mariano [...] [mandatario y representante de Ramón], de Bilbao, que hace relación a la finca Someruela, en término de Castuera (Badajoz),

mente por la ingerencia [*sic*] activa de su sobrino [...] Luis, que era el director y el ejecutor de todo lo relacionado con las fincas, y que como conclusión total de esta apreciación ha producido un evidente dolo grave en la voluntad de [...] Ramón, ya que por maquinaciones insidiosas y captándose su voluntad ha dado lugar al otorgamiento de los instrumentos y poderes cuya nulidad se acuerda, en virtud, según expresión textual de la Sala, de su función «de soberanía» en cuanto a la apreciación de la prueba. [...]» (motivo 8.º de la STS 08.02.1955).

⁷⁰⁰ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

no comprendida en la demanda a la que contestaba, y las subsiguientes escrituras de donación de la dicha finca en favor del actor [Luis], otorgadas haciendo uso del poder mencionado, y planteado así el litigio con estas premisas que sintéticamente quedan expuestas, advirtiéndose, como dato interesante en extremo, dada la peculiaridad de este pleito, que los hechos aducidos por uno y otro litigante fueron reconocidos por ambos *sin otra discrepancia que la pertinente al sentido y finalidad con que los tales actos y hechos fueron realizados*, se siguió el pleito por sus trámites hasta llegar a la sentencia, ahora recurrida [por Luis], en que la Sala de instancia desestimó la demanda y dio lugar a la reconvencción pronunciado la declaración de nulidad que en ésta se había solicitado por el demandado [Ramón]» (cursiva mía; cdo 2.º).

[A.3] *Sobre cómo Luis argumenta en su recurso de casación que ha de distinguirse entre los vicios del consentimiento en el poder y los vicios del consentimiento en el contrato de opción, siendo válido el poder, en relación con el cual no hubo dolo de Luis:*

«Con independencia de la calificación legal del contrato de 15 de noviembre de 1949 *la Sala tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid sostiene* en su cuarto Considerando, relacionándolo con el décimosexto, que, supuesto un contrato de opción, *habría que estimarse nulo porque* en el mismo no concurren los requisitos del artículo 1261, *porque se aprecia la existencia de dolo*, se trata de un contrato sin causa, o con causa ilícita y porque implica una simulación. Ante todo es obligado recordar los momentos fundamentales que fueron expuestos en los hechos y que dieron lugar a la escritura de 15 de noviembre de 1949 [la de la opción de compra]. Dichos momentos, o por mejor decir, el único hecho que originó tal escritura fué el poder [de 31.10.1949] autorizado ante Notario que [...] Ramón [...] otorgó a favor del [...] Ucar [Mariano, apoderado y mandatario], *de forma que como el instrumento público en que interviene [...] Ramón es el poder apreciar la existencia de vicios del consentimiento en la escritura posterior que se otorga entre [...] Ucar [Mariano] y [...] Luis [...], constituye ya una confusión porque los vicios, en el supuesto en que existan, sólo podrán apreciarse en el documento en el que se concierta el contrato de opción. Ciertamente si se admite la existencia de vicios en el apoderamiento los mismos afectarán a la escritura de opción, porque los efectos del negocio del representante están supeditados al presupuesto del poder y a que éste resulte perfectamente jurídico, pero la Sala no destaca esta diferencia y todos sus argumentos se prestan a una evidente confusión, pues parece que quien otorgó la escritura de opción, juntamente con el recurrente [Luis], fue su tío [...] Ramón, y se olvidan de distinguir claramente entre el primer instrumento público (escritura de poder) que contiene una declaración de voluntad unilateral, y el segundo contrato, que se otorga entre dos personas, de las cuales una de ellas actúa en representación. Aclarada, pues, debidamente esta primera divergencia, resulta forzoso sostener que en el poder por el cual [...] Ramón [...] concede facultades al [...] Ucar [Mariano], concurren todos los requisitos necesarios para su validez. [...] la Sala tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid aprecia la existencia de dolo con base suficiente para viciar el consentimiento, entendiéndose que existe*

una evidente maquinación por parte del recurrente [Luis], que captó la voluntad de su tío [Ramón], llevando a su ánimo la necesidad de otorgar el poder cuya nulidad apreciaba la Sala por la causa indicada. Dice el recurrente [Luis] que es conveniente tener en cuenta el concepto que el Código Civil da en el artículo 1269 del dolo como vicio del consentimiento, reproduciendo las palabras de dicho artículo y añadiendo que, por lo tanto, para poder llegar a la apreciación del dolo como vicio del consentimiento era necesario que hubiera un engaño o error provocado, la astucia, la mentira, la sugestión o la inducción directa sobre una determinada persona, una intención manifiesta de perjudicar o dañar, una gravedad indudable que exigía que el sugestionado fuese una persona a la que era fácil de engañar y que el dolo fuese capaz de anular el contrato por ser determinante de su celebración. *Estos requisitos no se cumplen en el poder otorgado por [...] Ramón [...], ya que, en primer término, no podía sostenerse que existiera ese engaño o error y que podía llamar la atención que, tratando el legislador el dolo como vicio del consentimiento con total independencia del error, fuese necesario, en cambio, que para que el dolo invalide un contrato ha de producir error; pero, añade el recurrente [Luis], que convenía tener en cuenta que el error sin dolo no entrañaba nulidad más que en determinados casos, señalados por el legislador, y, en cambio, el error provocado por dolo era siempre causa de nulidad cuando hubiese tenido influencia decisiva en la voluntad, y que tampoco cabía sostener que la voluntad dolosa fuese manifiesta y directa sobre la persona del otorgante del poder [Ramón], y esto era así porque debía tenerse en cuenta lo siguiente:*

- a) Que se trataba de un poder que implicaba una declaración de voluntad unilateral;
- b) Que el otorgamiento se hizo ante el Notario de Fuencarral, y el supuesto captador [Luis] de la voluntad del otorgante [Ramón] estaba en Granada.
- c) Toda la captación de voluntad, en el supuesto de admitirla, se llevó a cabo por medio de correspondencia.
- d) En un momento determinado el sujeto pasivo ([...] Ramón [...]) otorgó poder ante Notario, o mejor dicho, revocó los poderes anteriores, estimándose entonces que obraba con plena libertad. Todas estas realidades era forzoso tenerlas en cuenta, *pero de momento bastaba poner de manifiesto que en el caso actual no concurrían los requisitos de los artículos 1269 y 1270 del Código Civil y que como consecuencia se infringían dichos preceptos al ser aplicados por la Sala»* (cursiva mía; rdo 9.º).

[A.4] *A lo anterior, el Tribunal Supremo se limita a responder:*

«[...] y también deben ser rechazadas las alusiones, referentes a esta calificación de dolo, incluidas [sic] con otras cuestiones que sólo se refieren al contrato de opción en los *motivos tercero* y [...] del recurso [de casación], en que, [...], se denunciaban, respectivamente, la aplicación indebida de los artículos 1269 y 1270 del Código Civil [...], porque, aparte de la razón general antes expresada de ser la declaración de la existencia de dolo una afirmación de hecho con su pertinente tratamiento procesal en casación, *lo que el recurrente [Luis] hace en estos motivos [tercero y cuarto] es simplemente exponer su criterio opuesto al del juzgador, conducta procesal ilícita en casación, manifestando que, a su juicio, no*

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

se dan en este caso los requisitos que previene el artículo 1269 del Código Civil, pero sin intentar desvirtuar en su apoyo los hechos reconocidos que precisamente son la base del criterio del juzgador [...]» (cursiva mía; cdo 4.º).

3.14 El dolo recíproco

A) La doctrina de los autores

[89] Aquel dolo se *evoca* en el artículo 1270.I CC, cuando dispone que «[p]ara que el dolo produzca la nulidad de los contratos [...] no [deberá] haber sido empleado por las dos partes contratantes».

[90] ¿Cómo llega tal norma al Código civil? ¿Por influencia del Código civil argentino de 1869, en cuya regulación influyó Chardon (según informa Vélez Sarsfield; *supra*, [8] [C] y [66] [A])? ¿Llega más bien por la influencia del derecho romano, como entiende Fuenteseca? En las siguientes a) y b), respondo.

a) Consultando los textos prelegislativos del Código civil, ni el *Proyecto de Código civil de 1836* (arts. 976 a 978 que transcribo *supra*, [8] [A]) ni el de 1851 (arts. 992 y 993 que transcribo *supra*, [8] [B]) mencionan al dolo recíproco. *Ahora bien*, García Goyena, al comentar el artículo 993 PCC 1851, que *solo* se refiere al dolo incidente, y dolo para el que *solo* se dice que no produce la nulidad del contrato, remite a lo que ya dijo para el artículo 992 PCC 1851⁷⁰¹, *dedicando su comentario del artículo 993 PCC 1851 al dolo recíproco*. En concreto dice, «[c]uando hay dolo por ambas partes se compensa y no se da reclamación», reproduciendo a continuación el texto de D 4.3.36 («[s]i dos hubieren obrado con dolo malo, no ejercerán recíprocamente la acción de dolo»; lo transcribo *supra*, [12] primera [A])⁷⁰². E inmediatamente García Goyena apunta que el dolo «[n]o puede alegarlo el que lo cometió», C 2.4.30, «que califica tal alegación de *grave y criminosa*» (lo transcribo *supra*, [12] segunda [A]), «ni [puede alegar dolo] el que lo sabía al tiempo de contraer *quia volentibus dolus non infertur*» (cursivas del original)⁷⁰³. Por tanto, «[s]ubsistirá, pues, el contrato, si así lo quiere el engañado, puesto que cada cual puede renunciar á

⁷⁰¹ Dice, «[v]é lo espuesto al artículo anterior» [GARCÍA GOYENA, «Artículo 993» (1852) p. 529].

⁷⁰² GARCÍA GOYENA «Artículo 993» (1852) p. 529; cita además la «154 de *regulis juris*».

⁷⁰³ GARCÍA GOYENA «Artículo 993» (1852) p. 529; continúa: «La 34 del mismo título, y la 35, título 34, Partida 7».

su beneficio, y por parte del engañador hubo plenísimo consentimiento» (C 1.14.6 y C 2.3.29)⁷⁰⁴.

En cuanto al *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*, su artículo 1283.I *ya sí* ordena que el dolo «no [ha de] haber sido empleado por las dos partes contratantes», anotándose en el mismo «(Nuevo: [artículo] 932 [del Código civil] argentino de 1869, menos el § 3.º)» (*supra*, [8] [C]). *Esta anotación apunta la clara influencia del Código civil argentino de 1869*, cuyo artículo 932, recuerdo en lo que ahora interesa, dispone que «[p]ara que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes: / [...] / 4.º Que no haya habido dolo por ambas partes». *De nuevo y por lo anterior*, es de interés conocer *qué* explicaba Chardon para que el dolo no hubiera de provenir de ambas partes, *qué* explica Carranza en 1973 para esa exigencia del (ahora derogado) artículo 932 CCA, y *qué* explica Benavente para el (vigente) artículo 272 CCCA, en el que sigue existiendo la regla. Lo expongo a continuación.

[A] *El dolo recíproco según Chardon*

Sus explicaciones son escuetas. Para Chardon, si se prueba que de parte de uno y de otro contratante se ha buscado engañar, incluso si el provecho (la ventaja) permanece en el lado de uno, el juez rehusará comparar los resultados de esta lucha entre errores, y una ley romana [D 4.3.36, que transcribo *supra*, [12] primera [A]] previó este caso, «*Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent. L. 36. §. de dolo*»⁷⁰⁵.

⁷⁰⁴ GARCÍA GOYENA «Artículo 993» (1852) p. 529.

Sobre los dos textos citados en el cuerpo del texto:

a) C 1.14.6: «*Los mismos Augustos á Florencio, Prefecto del Pretorio.*— No queremos que lo que se estableció en favor de algunos, se considere introducido en ciertos casos para lesión de los mismos.

Dadas las Calendas de Agosto, bajo el décimo séptimo consulado de Teodosio, Augusto, y el de Festo. [439]» (p. 147).

b) C 2.3.29: «*El Emperador Justiniano, Augusto, á Juan, Prefecto del Pretorio.*— Si alguno al otorgar un instrumento hubiere declarado que no usaría de la excepción de fuero por razón de su grado militar ó de su dignidad, ó aún de las prerogativas de su sacerdocio, aunque antes se dudaba, si convendría que tuviera validez esta escritura, y si no debía el que pactó esto volverse contra su propio convenio, ó si se le debía facultar para apartarse de la escritura, y usar de su fuero; mandamos, que á nadie le sea lícito ir contra sus pactos y engañar á los que con él contrataron. Pues si hasta por el mismo edicto del pretor se han de observar en todos los casos los pactos convenidos, que ni contra las leyes, ni con dolo malo se celebraron, ¿por qué no valdrán también en esta ocasión los pactos, cuando es otra regla del antiguo derecho, que todos tienen facultad para renunciar á lo que en su favor se ha establecido? Observen, pues, esto todos nuestros jueces en los litigios, y lleguen tal observancia hasta á los jueces pedáneos, á los copromisarios, y á los árbitros elegidos, quienes deberán saber que, si la desantendieren, se entenderá que también hacen suyo el litigio.

Dada en Constantinopla las Calendas de Septiembre, después del consulado de Lampadio y de Oreste, varones esclarecidos. [531]» (p. 227).

Ambas de citas de GARCÍA DEL CORRAL (1892).

⁷⁰⁵ CHARDON (1828) p. 21.

[B] *El dolo recíproco del (ahora derogado) artículo 932 CCA según Carranza*

A propósito del artículo 932.4.º CCA, Carranza explica:

«*Que no haya habido dolo por ambas partes.*— He aquí otro requisito [...], que no parece fundarse en la concepción del dolo como vicio de la voluntad, sino en la ilicitud esencial de la maniobra de mala fe que el dolo también importa. Porque, en verdad, aunque haya promediado la bilateralidad del dolo, él habría existido como vicio para ambas partes. Pero es lo cierto que aquí la ley hace aplicación de la regla moral inordinada en el principio «*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*», que veda escuchar en justicia a quien ha obrado con dolo aunque, a su turno, lo haya padecido simultáneamente.

Esta solución del plexo normativo argentino se funda en un precepto de Marciano [D 4.3.36⁷⁰⁶], receptado por el Derecho Común, después de pasar por la glosa. De allí la tomó Chardon, citado por Vélez Sarsfield en la nota al art. 932 [CCA]. Cabe tener en cuenta que el Proyecto español de 1851 —que fue fuente del Código civil argentino— no contenía este inciso, el que recién aparece en el Código español de 1888, que lo califica de «nuevo» y menciona en su apoyo al Código civil de Vélez Sarsfield.

Cabe tener en cuenta que, pese a que el tema es objeto de disputas en la doctrina, no se trata aquí de un caso de «compensación» de dolos como lo entendieron los autores del derecho intermedio: «*dolus cum dolo compensatur*». Así como en la culpa concurrente, en materia de hechos ilícitos, no es legítimo hablar de «compensación» de culpas, sino de distribución de responsabilidad, así aquí se produce la veda legal de la «*actio doli*» por mala fe recíproca, ofensiva doblemente del orden jurídico y moral. El amparo judicial se niega no porque los dolos se anulen recíprocamente, sino porque las dos partes carecen del derecho a la justicia, porque cada uno de ellos, individualmente considerados, «no tiene la manos limpias»⁷⁰⁷.

[D] *El dolo recíproco del (vigente) artículo 272 CCCA según Benavente*

Recuerdo que para que el dolo sea esencial y cause la nulidad es preciso que «no haya habido dolo por ambas partes» (art. 272 CCCA).

Al respecto, Benavente informa que «[e]s una exigencia del principio de la buena fe» y recuerda que «[d]ice Borda: «*quien juega sucio, no tiene derecho a exigir un juego limpio. Si las partes se han engañado mutuamente, la ley se desinteresa de ellas; es bueno que sufran perjuicio de su propia inconducta*»» (cursiva del original)⁷⁰⁸. Por lo que respecta a los efectos del dolo recíproco, «ninguna de las partes puede invocar la nulidad ni reclamar la indemnización sustitutiva. Rígen aquí motivos de orden moral porque frente a la mala fe de ambas partes, por aplicación del principio según el cual nadie puede invocar la propia torpeza,

⁷⁰⁶ CARRANZA cita ese texto del Digesto en nota 54 de p. 597 [ADC (1973)].

⁷⁰⁷ CARRANZA, ADC (1973) pp. 596-597.

⁷⁰⁸ BENAVENTE «Artículo 272» (2016) p. 448.

el derecho se desentiende de las consecuencias de los actos perjudiciales que ellas se hubieren producido recíprocamente»⁷⁰⁹.

b) *Hasta ahora* he destacado la influencia del Código civil argentino de 1869 sobre el Código civil y para el dolo recíproco. Ahora bien, manejando los datos de aquel código, del Proyecto de Código civil de 1851 y del comentario de García Goyena, *Fuenteseca destaca la influencia del derecho romano*.

Según Fuenteseca, «[c]iertos autores [en nota cita a De Castro y Bravo, y Morales Moreno] mantienen que la solución a la problemática del dolo recíproco proviene del Código civil argentino»⁷¹⁰. En su opinión, «[e]sta explicación parece razonable si consideramos que cronológicamente el Código civil argentino precedió al nuestro, y que la obra de Chardon lleva la fecha de 1829, luego también se publicó antes que el Código civil argentino de 1871 [CCA 1869; el año que la autora refiere es el de su entrada en vigor]. Ello explica asimismo por qué no se encuentra mención del dolo recíproco en el Proyecto de 1851 español anterior al Código civil argentino [de 1869]»⁷¹¹. Para Fuenteseca, «[l]a expuesta [explicación sobre la regla del dolo recíproco] constituye quizá una solución superficial del tema» (cursiva mía)⁷¹². Según la misma, «[c]reo [Fuenteseca] que, efectivamente, en el Proyecto de 1851 no se alude de modo expreso al dolo que emplean ambos contratantes, pero si se analizan con cierto detenimiento los *Comentarios* [esta cursiva, del original] a dicho Proyecto de 1851 efectuados por García Goyena, resulta que en ellos ya se menciona el pasaje del Digesto repetido posteriormente por varios autores: «*Si duo dolo malo fecerit ...*» [D 4.3.36, que transcribo *supra*, [12] primera [A]]. Además García Goyena sostiene la no admisión de reclamación si el dolo concurre en ambas partes. *Por este motivo, quizá el legislador argentino se inspiró en la expuesta opinión de García Goyena. Además los requisitos que Chardon exige para que exista dolo recuerdan, efectivamente, al contenido de los artículos 931-934 del Código civil argentino que establece, por ejemplo, la necesidad de un daño. Frente a ello, nuestro Código civil no contiene referencia expresa alguna a la noción de daño, luego la inspiración de los artículos 1269 y 1270 no ha de provenir forzosamente del Código argentino*» (cursiva mía)⁷¹³. Más adelante, Fuenteseca afirma (concluye) que, «pese a que el origen del art. 1270.1.º C.c. español se pretende buscar en el Código civil argentino y en Chardon, hay que tener presente que este autor, a su vez, se apoya en el Derecho romano, en pasajes [D 4.3.36, que transcribo *supra*, [12] primera [A]], aunque insuficientes, del Digesto. En el mismo sentido De

⁷⁰⁹ BENAVENTE, «Artículo 275» (2016) p. 451.

⁷¹⁰ FUENTESECA (2002) p. 212, y nota 18 de p. 212.

⁷¹¹ FUENTESECA (2002) pp. 212-213.

⁷¹² FUENTESECA (2002) p. 213.

⁷¹³ FUENTESECA (2002) p. 213.

Castro. Asimismo, el propio García Goyena propone idéntico fundamento [el de D 4.3.36, que transcribo *supra*, [12] primera [A]]. *En consecuencia, cabría concluir que nuestro ordenamiento jurídico, como el francés y el argentino, se inspiran en el Derecho romano en este punto concreto*» (cursiva mía)⁷¹⁴.

[91] Estando claro que para *anular* el contrato, el dolo no deben haberlo empleado ambos contratantes, *si resulta que ambos lo hicieron ¿qué sucede con el contrato? ¿Es válido? ¿Es inexistente, nulo de pleno derecho? Y las recíprocas indemnizaciones de daños y perjuicios por el dolo recíproco habido, ¿se compensan?*⁷¹⁵

a) *Para la mayoría de los autores, el contrato, que no puede anularse por dolo, es contrato válido*⁷¹⁶. *Por ejemplo, entienden que es válido, De Cossío y Corral*⁷¹⁷, Bosch Capdevila (y este junto con Del Pozo Carrascosa, y

⁷¹⁴ FUENTESECA (2002) p. 216.

⁷¹⁵ En 2020, para el derecho francés anterior a su reforma de 2016, informaba: «El artículo 1116 CCF (que transcribo *supra*, nota 90) no regula *qué sucede si ambos contratantes emplearon dolo para la conclusión del contrato* (el llamado *dolo recíproco*). El contrato así celebrado ¿es válido y no puede, por dicha razón anularse? O ¿cualquiera de los contratantes podría anularlo?/ En la doctrina, Fabre-Magnan, que recuerda que en el dolo se sanciona el engaño realizado por uno de los contratantes, se ocupa del anterior supuesto e ilustra con el ejemplo de un comprador que acepta deliberadamente comprar unas estatuillas a un precio excesivamente elevado –pues se le hizo una maniobra para equivocarle– y dicho comprador hizo la compra porque pensaba encontrar a un ingenio que le compraría más caro. Según la *Cour de Cassation* (S «Civ. 1^{re}, 22 juin 2004»), «el principio según el cual nadie puede prevalerse de su propia torpeza («*nemo auditor propiam turpitudinem allegans*») no se aplica aquí y el contratante puede obtener la nulidad del contrato, si demuestra que fue víctima de maniobras dolosas, importando poco «que el interesado haya tratado, creyendo realizar un provecho sustancial no justificado»» [cursiva del original; FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [34] p. 1382; para los derechos portugués e italiano, hasta p. 1383]. Para el derecho portugués, además, *infra*, nota 1385 b).

⁷¹⁶ a) En 2002, FUENTESECA apunta, y con esto adelanto parte de su pensamiento que expongo más adelante en este mismo [91] y en b), que «[...] relacionando los arts. 1300 y 1270.1.º C.c., resulta que lo que excluye éste último precepto es la anulabilidad del negocio cuando concorra dolo en «las dos partes contratantes». Lo que quiere decir el art. 1270.1.º C.c., es que no cabe ejercitar la acción de anulabilidad en los casos de dolo recíproco. Pero no añade nada más, esto es, no indica si el negocio es o no válido, si el contrato es nulo de pleno derecho... Sobre este punto el Código guarda silencio. Aunque, al menos, sí aclara la exclusión de la acción de anulabilidad./ Pese a ello, *la doctrina mayoritaria sostiene que el contrato con dolo recíproco es válido*. [...]. Sin embargo, repito, que tal negocio con dolo recíproco sea válido no lo dice el art. 1270.1.º C.c., que únicamente indica que no será anulable, sin pronunciarse sobre si es válido o si es nulo de pleno derecho» [cursiva mía; (2002) p. 214].

b) PALAZÓN GARRIDO también afirma, que «[p]ara la mayoría [de la doctrina] el contrato con dolo recíproco es válido» [(2016a) p. 1.261], apuntando en nota a pie de página (nota 216 de p. 1261), que «[a]lgunos autores se limitan a señalar la imposibilidad de las partes de anular el contrato [en el dolo recíproco], sin defender expresamente su validez» y aquí, menciona a De Castro y Bravo, Morales Moreno y Rojo Ajuria. En cambio sigue informando PALAZÓN GARRIDO, sostienen la validez del contrato Díez-Picazo y Ponce de León/Gullón Ballesteros, Díez-Picazo y Ponce de León, Carrasco Perera, García Vicente, y Cordero Lobato/M. J. Marín López (nota 216 de p. 1261).

⁷¹⁷ Según DE COSSÍO Y CORRAL, «[...]», de la misma manera que el dolo de ambas [partes] determina la validez del negocio» [(1955) p. 331].

Vaquero Aloy)⁷¹⁸, y Carrasco Perera⁷¹⁹. Por su parte, Morales Moreno precisa que, aunque el artículo 1270.I CC se refiera a «nulidad» del contrato, «la exclusión del ejercicio de la acción por dolo no debe limitarse a la acción (o excepción) de nulidad» y «debe extenderse también a la acción indemnizatoria»⁷²⁰. En relación con la indemnización de daños y perjuicios y el dolo recíproco, Rojo Ajuria, con cita expresa de Morales Moreno, considera que las responsabilidades se compensan⁷²¹.

b) Por su parte, Fuenteseca opina de distinta manera. Según la misma, el empleo del dolo recíproco supone un *contrato nulo de pleno derecho, inexistente*⁷²². Considera que puede entenderse que, en el dolo recíproco, *no hay consentimiento* (art. 1261.1.º CC), *solución «que parece [...] la más probable»* (cursiva mía), o, dado «que cada parte se comporta contraviniendo la buena fe», dichas conductas «atentan contra el art. 7.1.º CC y «tal vez provocan que el contrato choque contra la ley y surja el contrato prohibido», esto último «siempre que se admita la idea del contrato prohibido»⁷²³. La exigencia del artículo 1270.I CC de que el dolo no proceda de ambos contratantes no impide entender *que el contrato sea nulo de pleno*

⁷¹⁸ Según BOSCH CAPDEVILA, «[e]xisten dudas respecto a la eficacia del contrato celebrado con dolo recíproco. La mayoría de la doctrina se decanta por la validez del contrato, solución que, por otra parte, es la que parece deducirse de la letra del art. 1270 CC» [«II.-7:205» (2012) p. 486].

Lo mismo dicen DEL POZO CARRASCOSA/VAQUERO ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 239.

⁷¹⁹ Según CARRASCO PERERA, «[e]n mi opinión el contrato es válido. Cada contratante puede exigir el cumplimiento de lo debido y ninguno puede retener la prestación adversa sin ofrecer la propia. La torpeza de la conducta hace ineficaz la alegación del dolo, pero no la validez del contrato» [(2021) 8/22, p. 389].

⁷²⁰ MORALES MORENO (1993a) p. 404; continúa: «Téngase en cuenta que la acción de dolo, a la que se refiere el texto de Marciano [D 4.3.36, que transcribo *supra*, [12] primera [A]; nombre, mayúsculas en el original] es una acción subsidiaria de carácter indemnizatorio, y no de nulidad./ La referencia del artículo 1270 [I CC] a la nulidad se explica porque en ese lugar el Código civil está regulando el dolo como vicio del consentimiento, y no como presupuesto de ejercicio [*sic*] de la acción indemnizatoria. [...]».

⁷²¹ ROJO AJURIA tiene presente para el dolo recíproco, si se trata de la acción de anulación del contrato o de la de indemnización de daños y perjuicios. La exclusión de la acción de anulabilidad se explica por la equidad o la buena fe (sobre esto, *infra*, nota 733). La exclusión de la acción de indemnización de daños y perjuicios, por la compensación entre culpas. Esto último lo explica así:

«Implicando el dolo vicio la existencia de un ilícito precontractual, se plantea el problema del concurso de responsabilidades, al margen de los requisitos de la acción de anulación. Se plantean dos hipótesis posibles: dos ilícitos precontractuales de idéntica gravedad, y dos ilícitos precontractuales de distinta gravedad. El primer caso, dolo recíproco, el juego de las acciones de responsabilidad será paralizado, o mejor, las responsabilidades se compensarán recíprocamente. Aunque el efecto es el mismo que en el dolo vicio (art. 1270 Cc), el fundamento es distinto. Recordemos que la exclusión del dolo vicio recíproco obedece a claras razones de equidad o buena fe. Ahora estamos hablando de compensación de culpas en una acción de responsabilidad» [(1994) pp. 140-141; en nota 197 de p. 141 cita a Morales Moreno; para el segundo caso, el de dos ilícitos precontractuales de distinta gravedad, *infra*, nota 732 b)].

⁷²² FUENTESECA (2002) pp. 158, 159-160, 161, 162, 163-164, 165, 169, 172, 173, 181, 186, 190, 200, 207, 208, 230, además de otras páginas; *vid.* por otro lado pp. 177-178 para el contrato celebrado de mala fe por dos menores; en cuanto a su crítica sobre la idea de la compensación entre dolos, *vid.* pp. 162-171, y para la idea de que es contrario a la equidad pedir la anulación del contrato cuando hay dolo recíproco, pp. 180-182.

⁷²³ FUENTESECA (2002) pp. 145- 146, pero *vid.* desde p. 141; y p. 153.

derecho o inexistente, pues, según Fuenteseca, *el artículo 1270.I CC se refiere a la acción de anulabilidad, excluyéndola*⁷²⁴ *y guarda «silencio [...] acerca de si el negocio es o no nulo de pleno derecho o si, por el contrario, es válido»*⁷²⁵ (cursiva mía). Esta solución, señala Fuenteseca, se encuentra en el derecho romano.

[A] *El derecho romano y el dolo recíproco según Fuenteseca*

La autora critica que para el dolo recíproco y el derecho romano muchos civilistas modernos se limiten a mencionar al D. 4.3.36⁷²⁶, según el cual «[c]uando hay dolo por ambas partes se compensa y no se da reclamación», por lo que no puede ejercitarse la acción de dolo. Y lo critica, porque el Digesto contiene otros fragmentos sobre el dolo de dos o más partes que permiten explicar la razón de que no pueda ejercitarse la acción de dolo según dicho D. 4.3.36, y en esos otros fragmentos se apunta a la solución de la nulidad de pleno derecho. Esto es, que si no hay efecto, es lógica la solución del D. 4.3.36. Destaca Fuenteseca que la solución de la nulidad de pleno derecho del contrato es distinta de la mantenida por la mayoría de la moderna civilística, la de la validez del contrato, lo que reside en que el punto de partida de esta última es inadecuado por partir de D. 4.3.36 y de otros fragmentos del Digesto referidos al dolo malo y no al dolo recíproco, y de ahí que concluyan que, si no se puede ejercitar acción para atacar el contrato, entonces este es válido. Con las palabras de Fuenteseca:

«El punto de partida a juicio de muchos civilistas modernos lo constituye D. 4, 3, 36, donde se impide que quienes actuaron con dolo malo ejerciten entre ellos o contra la otra parte que también empleó el dolo, la acción de dolo. Esta solución que ofrece D. 4, 3, 36 se encuentra estrechamente vinculada a otros pasajes que contribuyen a aclararla. Se trata de D. 17, 2, 3, 3 [«La sociedad, si se hubiere constituido con dolo malo, ó para defraudar, de derecho es de ningún momento, porque la buena fé es contraria al fraude y al dolo»]; lo transcribo *supra*, [12] primera [A]]; D. 18, 1, 57, 3 [«Mas si uno y otro sabían, así el comprador, como el vendedor, que se había quemado toda la casa, ó parte de ella, no se realizó nada, compensándose el dolo entre una y otra parte, y no permitiendo que subsista la venta la accion que proviene de la buena fé, por venir el dolo de una y otra parte»]; lo transcribo *supra*, [12] primera [A]] y D. 44, 4, 4, 13 [«Dice Marcelo, que contra la excepción de dolo no se da réplica. Labeon es también de la misma opinión; por que dice que es injusto que la común malicia les sirva ciertamente de premio al demandante, y de pena á aquel contra quien se litiga, pues es muy justo que el actor nada consiga por lo que se hizo con perfidia»]; lo transcribo *supra*, [12] primera [A]]. Entre ellos ofrecen una vía adecuada y coherente que permite explicar por qué en D. 4, 3, 36 no se permite a quienes actuaron con dolo reprochar, a través de la correspondiente acción de dolo, el comportamiento doloso del contrario.

⁷²⁴ FUENTESECA (2002) p. 151.

⁷²⁵ FUENTESECA (2002) p. 151.

⁷²⁶ FUENTESECA (2002) pp. 235-238.

En mi opinión [Fuenteseca], cuando concurre el dolo de dos o más partes, la solución que ofrecen los citados pasajes del Digesto, especialmente, D. 17, 2, 3, 3; D. 18, 1, 57, 3 y D. 44, 4, 4, 13 es el de la nulidad de pleno derecho: en un caso se dice «*ipso iure nullius momenti est*» y en el otro «*nihil actum fuisse*» mientras que en el tercero: «*...quod perfide gestum est, actorem nihil consequi*». Si jurídicamente no se produce efecto alguno, resulta coherente la solución de D. 4, 3, 36, que impide ejercitar la acción de dolo, dado que no existió actuación jurídica alguna. En la misma línea se pronuncia D. 2, 10, 3, 3 [«JULIANO [...] / [...] § 3.— Si se hubieren visto impedidos de presentarse á juicio, así el estipulador por dolo del prometedor, como el prometedor por dolo del estipulador, el Pretor no deberá auxiliar á ninguno de ellos, compensando el dolo de una y de otra parte»⁷²⁷] que parece referirse al empleo de dolo por cada parte para impedir a la contraria el presentarse en juicio. La solución que ofrece este pasaje refleja quizá también la idea expuesta anteriormente: parece que no se produce efecto alguno, como si no se hubiera realizado nada jurídicamente relevante. *Es decir, de los citados extractos de Digesto se desprende la idea de que cuando concurre dolo en dos o más partes interesadas en el negocio que sea, nos encontramos ante un caso de nulidad de pleno derecho. Aunque también es preciso destacar que los romanos no distinguieron, como sí lo hacen los pandectistas, entre negocio nulo y anulable. La solución válida para el Derecho romano sería quizá, repito, la de la nulidad de pleno derecho de los casos en que hay dolo por ambas partes.*

Esta idea, que he intentado justificar y razonar [Fuenteseca] apoyándome en los citados pasajes del Digesto, no concuerda [...] con la que se mantiene actualmente por la moderna doctrina civilista sobre el mismo tema, puesto que mayoritariamente afirman la validez del negocio en el caso de concurrencia de dolo en las dos partes contratantes. Creo [Fuenteseca] que quizá la clave para entender estas dos antitéticas soluciones sobre un idéntico punto, se encuentra en que los civilistas parten de los pasajes inadecuados del Digesto: únicamente toman como referencia básica y fundamental de la posición que sostienen, el contenido de D. 4, 3, 36 [que transcribo supra, [12] primera [A]] donde no se permite ejercitar la acción de dolo. Al apoyarse únicamente en este inciso, y en otros que nada tienen que ver con el dolo empleado por las dos partes y que se limitan a describir el dolo malo ..., la conclusión a que llegan es que no es posible ejercitar acción alguna para atacar el negocio, luego éste será válido.

Pero si en lugar de emplear solamente el contenido de D. 4, 3, 36 [que transcribo supra, [12] primera [A]], éste se complementa y explica a través de D. 17, 2, 3, 3; D. 18, 1, 57, 3 [estos dos textos, los transcribo supra, [12] primera [A]]; D. 44, 4, 4, 13 y D. 2, 10, 3, 3, resulta que se niega el ejercicio de la acción porque el negocio es nulo o porque nada se consigue o porque nada se actuó» (cursiva mía)⁷²⁸.

⁷²⁷ GARCÍA DEL CORRAL (1889) p. 263; mayúsculas del original.

⁷²⁸ FUENTESECA (2002) pp. 41-42; añade: «[o]tro aspecto destacable que contribuye a esclarecer y justificar la razón de esa consecuencia de la nulidad de pleno derecho que se encuentra en el Digesto, lo constituye la mención de la buena fe contenida en D. 17, 2, 3, 3, D. 18, 1, 57, 3 [transcribo ambos textos supra, [12] primera [A]]./ Es decir, el negocio es nulo de pleno derecho porque atenta contra la buena fe.

[92] Por último, *¿qué justifica la regla que se aplica al dolo recíproco?*

De Castro y Bravo dice que la regla sobre el dolo recíproco «tiene su verdadero origen en el Derecho común», citando al (ya repetido por mi parte) fragmento de Marciano de D 4.3.36 [que transcribo *supra*, [12] primera [A]], el cual «será objeto de una doble explicación»⁷²⁹. Una, que es «[l]a más general», «supone la existencia de una compensación de culpas («dolus cum dolo compensatur», Bártolo)⁷³⁰. La otra, continúa explicando De Castro y Bravo, «que se encuentra ya en la glosa, advierte que quien actúa dolosamente nada tiene que reprochar a quien también así procede ([«] dolosus doloso, nihil obijcere potest»); «[e]s la idea de que quien solicita el amparo judicial frente a la conducta de mala fe o ilícita, ha de ser, por su parte, de buena fe y no haber actuado de modo culpable; la que tiene su reflejo en otras disposiciones del Código (artículos 1305, 1306), y en el principio del Derecho inglés, de que quien pide amparo según «equity», debe ir con las «manos limpias»»⁷³¹.

De las anteriores justificaciones para la regla del dolo recíproco, De Cossío y Corral acoge la de compensación de culpas (de dolos)⁷³². La justificación de

Y esta idea es útil también en el derecho vigente, donde continúa la buena fe constituyendo un concepto clave y fundamental de la ciencia jurídica [...]» (p. 42; *vid.* hasta p. 44). *Vid.* además pp. 44-45.

⁷²⁹ DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 206, pp. 154-155.

⁷³⁰ DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 206, p. 155.

⁷³¹ DE CASTRO Y BRAVO (1971) § 206, p. 155.

Vid. además MORALES MORENO, con apoyo en De Castro y Bravo [(1993a) p. 403]; LLOBET I AGUADO, igualmente con apoyo en De Castro y Bravo (además de apoyarse en Luis Díez-Picazo) [(1996) p. 168].

⁷³² a) Según DE COSSÍO Y CORRAL, «[p]recisamente esta idea de culpabilidad que late en toda esta materia, explica la llamada compensación de dolos establecida en el artículo 1270; es decir, que frente a la acción de nulidad, podrá oponerse siempre la excepción de dolo. Pero, ¿hasta que extremo hemos de llevar tal doctrina? La jurisprudencia francesa ha extendido, indebidamente a nuestro juicio [DE COSSÍO Y CORRAL], tal compensación, no sólo a los casos de dolo recíproco, sino también a los de negligencia grave de la víctima [del dolo]: se parte de la base de que cada contratante está obligado a defenderse del dolo, y si a pesar de ello ha descuidado comprobar la veracidad de las afirmaciones falsas que se le han hecho, sería recompensar la ligereza de su conducta concederle una reparación: así, por ejemplo, en el caso en que una de las partes negó la existencia de una transacción, y la otra tuvo entre las manos los documentos en que ésta se acreditaba, y no se preocupó de leerlos. Se tiene en cuenta la falta de la víctima, y se deja impune la más grave del autor del dolo, lo cual es, como observa Tag-Eldine verdaderamente inicuo. Cuestión distinta es la de si el dolo vicia el consentimiento cuando se trata de un engaño de gran futilidad que pudo y debió fácilmente ser advertido por la contraparte, en cuyo caso no procederá la anulación, pero no por la compensación indicada, sino por carecer el dolo de la gravedad necesaria exigida por la ley» [(1955) pp. 346-347].

b) ROJO AJURIA también se ocupa del supuesto en que hay dolo por una parte y negligencia por la otra (la víctima del dolo) a efectos de la acción de indemnización de daños y perjuicios. Explica: «Más problemático es el segundo supuesto: concurso de dolo y negligencia de la víctima. En tal caso hay una corriente de opinión (importante en España, pero minoritaria en Derecho comparado), que niega la posibilidad de anulación del contrato por dolo vicio. Pero, incluso desde el punto de vista de la responsabilidad, tal como señala Guelfucci-Thibierge [apellido, mayúsculas en el original], esta solución tendría como consecuencia favorecer al autor del ilícito más grave, manteniendo un contrato que se ha celebrado como consecuencia del dolo vicio, en detrimento de la otra parte. Aceptando, a efectos puramente dialécticos, que el mantenimiento del contrato fuese la sanción por la culpa de la víctima, el autor del dolo se vería

que, quien pide amparo ha de ser de buena fe, ha de ir con las manos limpias, es defendida por Rojo Ajuria⁷³³, García Vicente⁷³⁴, y Carrasco Perera⁷³⁵. Según Morales Moreno, aquel «que pide protección por el dolo del otro contratante no será oído, si él también lo empleó, aunque no fuera determinante del consentimiento ni llegara a producir daño», pues «[a]quí se valora la conducta, no el efecto»⁷³⁶.

favorecido con tal medida. El resultado es que se sancionaría más el ilícito culposo que el doloso. Si se mantiene la posibilidad de anular el contrato por dolo vicio, solución que creemos [ROJO AJURIA] la más adecuada, el resultado será una parcial compensación en la acción indemnizatoria, pues no se trata de ilícitos equiparables. Admitida la anulación del contrato, la culpa de la víctima significaría, pues, una reducción de la indemnización debida por el autor del dolo. Aunque probablemente se trate de una hipótesis marginal por la tendencia restrictiva [...] a admitir culpa de la víctima en casos de dolo» [(1994) p. 141].

c) En 1901, MANRESA Y NAVARRO manifestaba para el dolo recíproco: «El dolo mutuo no da lugar a la nulidad del contrato; así claramente lo dice el art. 1270 del Código civil, precepto con el que nos mostramos conformes no viendo en él nada que suponga la posibilidad de resultados inmorales, y sí un claro fundamento de justicia. Por esto y por lo terminante del precepto, no será necesario para aplicarlo una igualdad imposible entre la gravedad y entre los resultados del dolo empleado por cada uno de los contratantes. Si con dañada intención, no son igualmente hábiles y afortunados, la ley no ha de acudir en auxilio del más torpe, terciando en sus inmorales luchas; la torpeza es compatible con la mala fe y nunca excusa de ella» [«Artículos 1269 y 1270» (1901) p. 625].

⁷³³ Según ROJO AJURIA, «como señaló De Castro [apellido, mayúsculas en el original] se trata de la aplicación de viejos principios de equidad y buena fe, como la fórmula del *tu quoque*, que impide a la otra parte, especialmente en la defensa, recurrir a normas jurídicas que ellas [*sic*] misma no cumplió» [(1994) pp. 116-117].

Recuerdo que ROJO AJURIA justifica de distinto modo y para el dolo recíproco, según se trate de la exclusión de la acción de anulabilidad o de la acción de indemnización de daños y perjuicios. Sobre esto *supra*, nota 721, y además para la acción de indemnización de daños y perjuicios: «[m]enos apropiado nos parece [ROJO AJURIA] basar la compensación en la idea de culpabilidad, Cossío [apellido, mayúsculas en el original] pp. 346-347. El propio autor [De Cossío y Corral] se pregunta entonces, ¿hasta qué extremo hemos de llevar tal doctrina?, criticando la compensación [del dolo] con la negligencia grave de la víctima» [nota 132 de p. 117; sobre Cossío y Corral, la nota inmediatamente anterior a esta, en a)].

⁷³⁴ Según GARCÍA VICENTE, «[l]a exclusión de la anulación del contrato en caso de que el dolo haya sido empleado por «ambas» partes contratantes manifiesta la eficacia de la buena fe en sentido objetivo en esta sede [...]: es inadmisibles que invoquen la protección de las reglas jurídicas aquellos que las desprecian (en realidad, ninguno de ellos disfrutaría de legitimación para impugnar, art. 1302 CC, que excluye a aquellos que «emplearon el dolo») o, como dijera Manresa, terciar en sus «inmorales luchas» [esta expresión se encuentra en el texto que de Manresa y Navarro transcribo *supra*, nota 732 c)]. Acoge la regla llamada *tu quoque* o de las manos limpias, que es una derivación de la regla *nemo auditur suam turpitudinem allegans*, que tiene reflejo en los artículos 798 III, 1119, 1305 y 1306 CC» [«Artículo 1270» (2013) p. 9131].

⁷³⁵ Según CARRASCO PERERA, «[...] existirá un dolo recíproco, y cada parte realiza una conducta insidiosa, contraria a la buena fe, con el fin de inducir a la otra parte a celebrar el contrato (*tu quoque*). No se trata en rigor de una irrelevancia sobrevenida del error, ni una «compensación» de los actos de engaño, sino de una aplicación singular de la regla *nemo potest propriam turpitudinem allegare*, que se formula en el art. 1306 CC. No es que el dolo recíproco conduzca a la causa torpe, sino que actuará con propósito reprochable el que alegue una patología del contrato que igualmente le sería imputable a él. Por lo demás, no hace falta que el dolo recíproco recaiga sobre la misma cosa o extremo del contrato» [(2021) 8/22, p. 389].

⁷³⁶ MORALES MORENO (1993a) p. 404; continúa: «[e]sta interpretación del artículo 1270.I [CC para el dolo recíproco] concuerda con la regla *tu quoque*, concreción del artículo 7, 1.º, del Código civil. Significa, según señala Miquel [apellido, mayúsculas en el original], la «imposibilidad de invocar las reglas jurídicas por el mismo que las desprecia»; porque ello implica «una contradicción [...] en los criterios valorativos [...] que utiliza el sujeto que actúa, para juzgar y juzgar a los demás».

B) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

[93] No he localizado sentencia en la que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre un caso de dolo recíproco. Únicamente, cuando el Tribunal Supremo enumera los requisitos que doctrina y jurisprudencia señalan para el dolo, que permite anular el contrato, suelen terminar su enumeración indicando que el dolo *no ha de ser empleado por las dos partes contratantes. Entre otros posible ejemplos*, los de las STS, 1.^a, 29.03.1994 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda) y STS, 1.^a, 26.03.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta), que extracto *supra*, [34] [A.1] y [A.2] respectivamente. Otro mero ejemplo más reciente, la STS, 1.^a, 03.03.2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile; FD 3.^o7).

3.15 **La inexigibilidad de que la víctima del dolo haya de sufrir daño, ni lesión, para anular el contrato. Dolo (causal e incidental) y lesión, figuras distintas. El *dolus in re ipsa***

A) *La doctrina de los autores*

[94] *Supra*, [39] ss, explico que el dolo *causal* no exige de su autor la intención de dañar al otro contratante y *ahora añadido, tampoco requiere de su víctima que esta haya efectivamente de sufrir daños y perjuicios* (patrimoniales o/y extrapatrimoniales)⁷³⁷. *Para el dolo causal basta reunir los requisitos de los artículos 1269 y 1270.I CC* (cfr. arts. 1300, 1265 CC). Además, el dolo *causal* no exige la no equivalencia objetiva entre prestación y contraprestación contractual; esto es, no requiere de la existencia de lesión (cfr. art. 1293 CC). Ambas no exigencias para el dolo causal, *la no efectiva causación de daños* (primer aspecto) y *la no exigencia de lesión* (segundo aspecto) son conscientes decisiones del codificador como se comprobará en los siguientes [95] y [96], respectivamente.

[95] *Sobre la no exigencia de que la víctima del dolo haya de sufrir daños y perjuicios para anular el contrato* (primer aspecto), recuerdo, de nue-

⁷³⁷ Advierto que otra cuestión es, *a qué se refieren los autores cuando aluden al daño*. Sin perjuicio de lo que iré precisando en el cuerpo del texto, LLOBET I AGUADO entiende *que la propia celebración del contrato puede ser considerada como un daño (un perjuicio)* (*supra*, [40] c); LLOBET I AGUADO insiste en la idea de que el propio contrato es un daño, en pp. 169 y 171. Desde otro ángulo, recuérdese la construcción de Morales Moreno, que expongo *supra*, [15].

Según FUENTESECA, no es requisito del dolo causal, que se produzca un daño [(2002) pp. 127-129; *vid. supra*, nota 323, último párrafo].

vo, que en el artículo 1283.I APCC 1882-1888 influyó el (ahora derogado) artículo 932 CCCA, *excepto* su numeral 3.º (transcribo aquel art. 1283.I APCC 1882-1888, *supra*, [8] [C]) y el numeral 3.º del (ahora derogado) artículo 932 CCA exigía para que el dolo permitiera la nulidad del acto «*que [el mismo] haya ocasionado un daño importante*» (cursiva mía; lo transcribo *supra*, [9] [A]). Aunque los artículos 1269 y 1270.I CC no exigen para la relevancia del dolo causal que su víctima haya de sufrir daños y perjuicios, *considero oportuno conocer qué significa la exigencia de que haya daño y este sea importante del (ahora) derogado artículo 932.3.º CCA* según Carranza, y, *del (vigente) artículo 272 CCCA* según Benavente. Por descontado y de nuevo, antes conviene conocer *qué entendía Chardon*, del que ya conocemos de sobra, a estas alturas del trabajo, su influencia en el Código civil argentino de 1869.

[A] *La explicación de Chardon*

Tras recordar la necesidad de que, del acuerdo determinado por las maniobras fraudulentas, haya de resultar un daño y que este daño haya de ser importante (*supra*, [66] [B.1]), Chardon manifiesta que «se concibe fácilmente que, del acuerdo, no resulte ningún perjuicio»⁷³⁸. Por ejemplo, si la cosa vendida lo fue por un precio justo y a una persona que le pueda convenir, cesa todo daño, toda idea de dolo desaparece; lo anterior es verdad, incluso si se pusieron en obra medios para conducir a la convención que repugnen a la delicadeza⁷³⁹. Añade Chardon, que la acción de dolo no es infamante como entre los romanos⁷⁴⁰. Sin embargo, la acción de dolo ataca al honor de aquel al que se acusa de ella; debe naturalmente dar lugar a su rechazo por las partes y dar lugar al escándalo de los tribunales⁷⁴¹. La acción de dolo no debe ser prodigada, y se debe adoptar la «regla escrita en la ley 9, §.5, ff. *de dolo. Merito causae cognitionem inseruit Praetor, neque enim passim haec actio indulgenda est. Nam ecce imprimis si modica summa sit*»⁷⁴².

Sobre la medida de la importancia del daño, esta se aprecia por la naturaleza de las circunstancias y la condición de las partes⁷⁴³.

[B] *La explicación de Carranza*

Este se muestra *crítico* con la exigencia de que el dolo causal tenga que causar un daño importante, dado que para el vicio del consentimiento del dolo no es preciso haber causado un daño, algo sí exigible para el dolo como acto ilícito. Sin embargo y dado que el Código civil argentino exige la existencia del daño

⁷³⁸ CHARDON (1838) p. 20.

⁷³⁹ CHARDON (1838) p. 20.

⁷⁴⁰ CHARDON (1838) p. 20.

⁷⁴¹ CHARDON (1838) p. 20.

⁷⁴² CHARDON (1838) p. 20.

⁷⁴³ CHARDON (1838) p. 20.

importante, Carranza lo explica y apunta que, si no hubo daño, o el mismo es insignificante, no tendrá lugar la nulidad del acto. Sobre los daños, Carranza expone que se admite el patrimonial, *para el que la norma no dispone un parámetro preestablecido*, y el extrapatrimonial; también se admite el daño posterior, y el futuro. Dice:

«Al pronto se advierte aquella inconsecuencia del legislador. Porque, para que quede configurado el vicio del consentimiento que el dolo importa no es indispensable, en rigor, la producción del perjuicio, ya que basta con que haya engaño grave y que él haya movido a la víctima a contratar. El otro requisito exigido ahora por la ley –el daño– será presupuesto esencial del otro efecto del dolo: el que resulta de su carácter de acto ilícito, aspecto que aparece aquí promiscuamente incluido entre las condiciones del dolo-viceo cuando solamente hace a la concepción del dolo acto-ilícito⁷⁴⁴.

Mas, como la ley positiva exige este requisito, es necesario concluir que, dogmáticamente, es indispensable la presencia del «daño importante», para obtener la anulación del acto⁷⁴⁵. Por ello, si no hay daño alguno o éste es insignificante no se pondrá en movimiento el aparato judicial para aplicar la máxima sanción civil: la nulidad del acto. Ello es así porque, como recuerda el aforismo romano: «de minimis non curat Praetor».

El daño que la ley exige como consecuencia de la acción u omisión dolosa puede ser patrimonial o extra-patrimonial, incluyendo el daño moral. La importancia del daño económico es cuestión de prueba reservada a la prudente apreciación de los jueces, ya que la ley carece de parámetros preelaborados al respecto. La posibilidad de accionar cuando el daño es extra-patrimonial asegura la visibilidad de la demanda de anulación por dolo, también en los casos de «negocios jurídicos familiares» (v. gr., arts. 91 y 109 de la Ley de Matrimonio Civil). Y en cuanto al caso del daño moral, su procedencia es inexcusable por tratarse el dolo de un típico delito civil (conf.: arts. 1072 y 1078 del Código civil).

De otro costado debe tenerse presente que la ley no exige que el daño se haya producido en el momento de otorgarse la declaración de voluntad. El puede ser posterior y es suficiente que exista al deducirse la demanda, aun como daño futuro»⁷⁴⁶.

[C] *La explicación de Benavente*

Son similares a las expuestas por Chardon y Carranza, en las anteriores [A] y [B]. Dice Benavente:

⁷⁴⁴ En la nota de apoyo, la 46 de p. 596, CARRANZA dice: «Conf. Cossío y Corral [...] y, entre nosotros, Spota [...]» [apellidos, mayúsculas en el original; ADC (1973)].

⁷⁴⁵ Y en nota 48 de p. 596, CARRANZA aclara: «Así lo considera, *sin fisuras, nuestra doctrina*: Llambias [...]: De Gasperi-Morello [...] y Borda [...]. *Y también la jurisprudencia*: [...], donde se sentenció que «por censurable que sea ante la moral el dolo empleado para inducir a una persona a realizar un acto, no es jurídicamente atacable *si no causó perjuicio*» [la última cursiva del original y las anteriores, más; apellidos de los autores, mayúsculas en el original; ADC (1973)].

⁷⁴⁶ CARRANZA, ADC (1973) pp. 595-596.

«Para que pueda acarrear la nulidad del acto, el CCyC [art. 272 CCCA, que transcribo *supra*, [9] [B]] exige que el daño causado por la acción dolosa sea *importante* [cursiva, negrita en el original]. Vale decir, la víctima tiene que haber experimentado un perjuicio de cierta magnitud. Este requisito ha sido controvertido por algunos autores, pero el CCyC [art. 272 CCCA] –*al igual que el Código Civil de Vélez* [el CCA, art. 932.3.º, que transcribo *supra*, [9] [A]], *que siguió la postura de Chardon* [esta cursiva, mía]– lo mantiene y guarda relación con el principio de conservación del acto jurídico, al que expresamente y en diferentes disposiciones se hace referencia. De modo que para declarar su ineficacia es preciso que se configuren razones de envergadura tal que justifique apartarse de dicho postulado que tiende a la estabilidad de los negocios y a la seguridad jurídica. En caso de que el dolo no hubiere provocado un daño significativo, la víctima siempre podrá reclamar la reparación de los daños y perjuicios sin necesidad de invalidar el acto jurídico, toda vez que la ilicitud de la conducta siempre se mantiene.

El daño que provoca la nulidad puede ser patrimonial o moral. En ambos casos, la importancia del perjuicio debe ser ponderada tomando en consideración la trascendencia o entidad del negocio afectado, con prescindencia del monto económico comprometido»⁷⁴⁷.

En cuanto a la expresión «aunque no haya lesión para los contratantes» del artículo 1300 CC, Martín Pérez explica que «lo que el art. 1300 [CC] quiere decir y dice, es que *siempre que en un contrato concurra un vicio legal* – [...], *vicio del consentimiento*–, *podrá ser anulado sin exigirse que ese vicio haya producido un perjuicio patrimonial para el contratante que lo sufrió*» (cursiva mía); «[e]n definitiva, este precepto [art. 1300 CC] libera de la carga de la prueba del daño; *basta que el consentimiento resulte viciado para que pueda anularse el contrato, sin necesidad de probar la ventaja que produzca al uno ni el perjuicio que ocasione al otro*»⁷⁴⁸.

[A] Otra posible interpretación del artículo 1300 CC

Martín Pérez da cuenta también de la interpretación que considera el término lesión del artículo 1300 CC en sentido técnico, *lo que no comparte*. Explica:

«la confusa trayectoria histórica de ambas figuras [de la rescisión y la anulabilidad] y la similitud de sus disciplinas a la hora de eliminar los efectos del contrato, ha provocado que en ocasiones «rescisión» y «anulabilidad» aparezcan identificadas. Así, se ha dicho que «los actos rescindibles son una modalidad de los actos anulables, y por ello presentan los caracteres atribuidos a estos»; y se ha querido encontrar base para considerar la rescisión como una especie de anulabilidad en el art. 1300 [CC], cuando señala que «los contratos en que concurran los requisitos que expresa el art. 1261 [CC] pueden ser anulados, aunque

⁷⁴⁷ BENAVENTE «Artículo 272» (2016) p. 448.

⁷⁴⁸ MARTÍN PÉREZ (1995) p. 206.

no haya lesión para los contratantes...», como si este artículo quisiera delimitar los dos conceptos de nulidad y rescisión, atendiendo al hecho de que hubiera o no lesión.

Esta interpretación de la expresión «aunque no haya lesión», que pretende comprender la lesión en el art. 1300 [CC] entre los motivos de anulabilidad, es discutible. *En primer lugar, porque cabe dudar que el término «lesión» esté utilizado en sentido técnico, como lesión que da lugar a la rescisión, sino más bien en su sentido general de perjuicio»* (cursiva mía)⁷⁴⁹.

[B] *El artículo 1300 CC en relación con el Proyecto de Código civil de 1851 y el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*

El Proyecto de Código civil de 1851 no contiene un artículo equivalente al artículo 1300 CC. En cambio, según el artículo 1313 APCC 1882-1888: «Los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 985⁷⁵⁰, pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley». Este artículo 1313 APCC 1882-1888 tiene la siguiente anotación: «(Nuevo, [artículos] 1310 y 1312 Laurent)⁷⁵¹».

⁷⁴⁹ MARTÍN PÉREZ (1995) pp. 205-206; *vid.* desde p. 203.

⁷⁵⁰ El artículo 1313 APCC 1882-1888, de la obra de LASSO GAITE [*vid.* la nota inmediatamente siguiente a esta, en a)] cita al artículo 985, *que es del Proyecto de Código civil de 1851*. Según este artículo 985 PCC 1851, «[p]ara la validez de los contratos son indispensables los requisitos siguientes: / 1.º Capacidad de los contrayentes. / 2.º Su consentimiento. / 3.º Objeto cierto que sirva de materia á la obligación. / 4.º Causa lícita de la obligación / 5.º La forma ó solemnidad requerida por la ley».

A dicho artículo 985 PCC 1851 equivale el artículo 1274 APCC 1882-1888, cuyo tenor es: «No hay consentimiento sino cuando concurren los requisitos siguientes: (985 Proyecto modif.) / 1.º Consentimiento de los contrayentes. / 2.º Objeto cierto que sea materia de la convención. / 3.º Causa de la obligación que se establezca» [LASSO GAITE (1970) p. 670].

⁷⁵¹ a) LASSO GAITE (1970) p. 43.

b) Los artículos del *Avant-Projet de révision du code civil* de LAURENT, citados en el cuerpo del texto, tienen este tenor: artículo 1310 AP Laurent: «Les conventions auxquelles manque une condition requise pour leur existence ne donnent pas lieu à une action en nullité»; artículo 1312 AP Laurent: «Le demandeur doit prouver qu'une condition prescrite par la loi pour la validité de l'acte n'a point été observée; il n'est pas tenu de prouver la lésion. / Le défendeur est admis à prouver que l'acte, quoique vicié, n'a causé aucun préjudice au demandeur; dans ce cas, la demande sera rejetée».

Conviene conocer las explicaciones de LAURENT para el artículo 1312 AP Laurent. LAURENT comienza apuntando, que «[e]l demandante debe probar el fundamento de su demanda; la acción de nulidad se funda en que la convención se encuentra afectada por un vicio en razón al cual la ley la declara nula; el demandante debe probar que el acto es nulo porque no reúne todas las condiciones necesarias para su validez. Cuando se lleva a cabo esta justificación, el juez debe anular el acto; *el demandante no está obligado a probar que la nulidad le ha causado una cualquiera lesión; la acción no se funda en la lesión; el acto no puede subsistir porque viola la ley*» (cursiva mía; p. 279). Lo anterior «es la teoría del Código civil. El anteproyecto [de LAURENT] deroga lo que concierne a los actos nulos por la forma, hechos por un menor o por su tutor. Transcribo [LAURENT] el artículo 1077. «En los casos en que los incapaces pueden ejercitar la nulidad, por inobservancia de las formas legales, el demandado podrá probar que el vicio de forma no le ha causado ningún perjuicio. Si hace esta prueba, la acción de nulidad será rechazada. Lo mismo es, si la demanda de nulidad de los actos se produce por una prohibición o secuestro» (p. 279). Pues bien, LAURENT destaca «[e]s una innovación; yo [LAURENT] propongo extenderlo a todos los actos nulos. Si se admite para los actos en que los incapaces están interesados, me parece difícil no aplicar el mismo prin-

cipio a todos los casos en que una convención es atacada por violar la ley» (cursiva mía; p. 279). «En la teoría del Código civil, se dice que el acto no se ataca ni anula por causa de lesión; es verdad. Siempre que se trate de intereses privados, dado que la acción tiende a la anulación de una convención. Si una condición se prescribe bajo pena de nulidad, no es en el interés de la sociedad, es en el interés de las partes contratantes./ Esto es cierto en el caso del artículo 1304 del Código [civil francés]. Dejo [LAURENT] de lado la incapacidad, reglada por el artículo 1077. El Código [civil francés] cita los vicios del consentimiento, el error, la violencia, el dolo. Estas causas de nulidad tiene un interés puramente privado; esta es la razón por la cual la nulidad no puede ser invocada más que por la parte cuyo consentimiento ha sido viciado. ¿Por qué la ley no sitúa los vicios del consentimiento en la misma línea que la ausencia de consentimiento? Los jurisconsultos romanos decían que el error detenía el consentimiento, de forma que aquel que consiente por error se supone que no consiente. Pregunto [LAURENT] *por qué el legislador francés no ha admitido este teoría muy jurídica. Se responde: porque aquel que ha contratado por error puede tener interés en mantener el contrato. Si, pues, él demanda la nulidad, es que está interesado. No es a causa de la violación de la ley que él ejercita, sino porque la convención le es perjudicial, por lo que él quiere romperla. Por consiguiente. Es necesario dar al demandado el derecho de probar que el demandante no ha sido lesionado»* (p. 279). Según LAURENT, «*el vicio del consentimiento, al igual que la incapacidad, es solo una presunción de lesión; si esta presunción se destruye, no hay razón de pronunciar la nulidad de la convención»* (cursiva mía; p. 280). «*Es verdad que la aplicación del artículo [1313.II AP Laurent] será muy rara. La parte, cuyo consentimiento ha sido viciado no ejercerá la nulidad, salvo que tenga interés, es decir, si ella ha sido lesionada; el derecho que el anteproyecto [de LAURENT] acuerda para el demandado casi nunca será ejercitada; esto no es una razón para rehusarlo, cuando sea el caso en que haya de usarse»* (cursiva mía; p. 280).

Una vez explicada la generalización de la norma del artículo 1312.II AP Laurent, LAURENT plantea una posible objeción que puede hacerse y justifica su rechazo a la objeción.

Para la objeción expone: «Se hará una objeción al artículo del anteproyecto [de Laurent] que pretendo [LAURENT] generalizar. La acción de los menores, incluso cuando se funda en la nulidad de la convención, es en realidad una acción de rescisión por causa de lesión; es el principio tradicional, al menor se le restituye porque es lesionado, y no porque sea incapaz; en este orden de ideas se comprende que la acción del menor pueda ser repelida si el demandado prueba que el menor no ha sido lesionado por la convención que él ataca. No es lo mismo para los mayores; el principio de la *restitución* [esta cursiva del original] le es ajeno; la ley le rehusa incluso la acción rescisoria por causa de lesión; tratándose de ellos [de los mayores], la ley anula el contrato porque falta una condición requerida para su validez; entonces, es verdad decir que su acción se funda en la violación de la ley; por tanto, no se puede rechazar, probando que han sido lesionados» (p. 280).

Para el rechazo de tal objeción, dice ahora LAURENT: «La respuesta a la objeción es fácil y creo [LAURENT] perentoria./ Si el legislador ha rehusado a los mayores la acción rescisoria a causa de lesión, es que la lesión entre mayores no vicia el consentimiento; la razón es que es imposible determinar el valor de las cosas de una manera absoluta; ellas tienen un valor relativo, que solo los contratantes pueden apreciar; equivocándose ellos, deben soportar las consecuencias de su error, pues tenían capacidad para contratar. *Esta teoría de la lesión no tiene nada de común con la dificultad prevista en el artículo 1312 [AP Laurent]. Únicamente se trata de saber si el juez debe anular una convención que viola la ley, cuando la irregularidad no ha causado ningún perjuicio al demandante que ejercita la nulidad. Esto es un orden de ideas completamente diferente. En principio, quien no tiene interés, no puede ejercitar. Si yo demando la nulidad de una convención por error, yo no tengo que probar más que el error; no debo probar que el error me ha causado un perjuicio. ¿Por qué? La ley presume que el error es perjudicial, y lo más frecuente es que esta presunción esté fundada. Pero, si el demandado puede probar que el error no ha causado ningún daño al que ataca el acto, ¿no se debe admitir que haga esta prueba? No consultando más que la razón y la equidad, la afirmativa es cierta. Yo [LAURENT] digo más: el sentido moral se revuelve contra el derecho estricto que permite anular una convención, incluso si el demandante no tiene en ello ningún interés. Esta anulación es problemática para la posición del demandado, y reacciona contra los terceros, con gran perjuicio de la sociedad. ¿No prueba esto que el principio, del que derivan estas consecuencias, es falso? La ley no debe oponerse al buen sentido y conciencia, sino ella pierde su autoridad moral. Yo [LAURENT] querría poner el derecho en armonía con la moral. Tal es el fin de la innovación que propongo [LAURENT, en el art. 1312.II AP Laurent]» (cursiva mía; p. 280). Además: «[...] Yo [LAURENT] deduz-*

[96] *Sobre que el dolo causal no exija equivalencia objetiva entre prestación y contraprestación* (segundo aspecto; *vid. supra*, [94]), *esto es, que no se requiere que haya lesión en sentido técnico* (dolo causal y lesión son figuras distintas), he de recordar el artículo 1293 CC, sobre el que Martín Pérez apunta que «[s] e establece [en él] de forma inequívoca el principio general prohibitivo, cerrando drásticamente la posibilidad de alegar la lesión como causa de rescisión en los contratos»⁷⁵². Según Martín Pérez, la finalidad del artículo 1293 CC fue «derogar sin dudas las leyes anteriores (como las Partidas [P 5.5.56, que transcribo *supra*, [11] [B]]), que contemplaban la lesión enorme, al ser considerada una figura inconveniente por restringir la libertad contractual con efectos perniciosos en el comercio»⁷⁵³. *Ahora bien y esto me interesa*, según Martín Pérez, «[e]l respeto que el TS mantiene hacia tal prohibición [...] *no impide que en ocasiones haya recurrido a remedios indirectos para paliar supuestos de lesión contractual, tratando de buscar la justicia del caso concreto*» y «[a]sí, ha aplicado la anulación del contrato por vicios de la voluntad aunque no se hubiesen probado [SSTS 27-4-1921 [...], 15-7-1987 [...]; que extracto *supra*, [23] [A]] y 27-3-1989 [que extracto *supra*, [42] [A]]»⁷⁵⁴. En el mismo sentido se manifiesta Orduña Moreno, quien

co de estas disposiciones particulares [arts. 1239 y 1241 CCF] una regla general. *A toda acción de nulidad el demandado debe tener el derecho de oponer esta excepción. A aquel que demanda la nulidad de un acto que no le causa ningún perjuicio, se puede responder con los jurisprudenciales romanos: Quod tibi non nocet, et alteri prodest, facile concedendum* [latín, cursiva en el original]. Yo [LAURENT] *querría que esta máxima de equidad devenga regla de derecho*» (cursiva mía, salvo que indique otra cosa; p. 281).

Para el comentario de LAURENT al artículo 1310 AP Laurent, pp. 277-278.

Todas las citas de (1884) y traducción mía.

⁷⁵² MARTÍN PÉREZ (2010) p. 1423.

⁷⁵³ MARTÍN PÉREZ (2010) p. 1423.

⁷⁵⁴ a) MARTÍN PÉREZ (2010) p. 1423; continúa: «ha recurrido [el Tribunal Supremo] a la doctrina del enriquecimiento sin causa [STS 13-12-1991 [...]] o a la falta de causa del contrato por simulación o falta de seriedad [STS 11-6-1992 [...]]».

b) *Con anterioridad, ya en 1995*, MARTÍN PÉREZ decía «[q]ue un contrato lesivo puede ser el resultado de una conducta dolosa, queda de manifiesto en la STS. 15 de julio de 1987 [que extracto *supra*, [23] [A]] [...]»; (1995) p. 247 y consideraba, que «aparte de constatar que un comportamiento doloso puede causar una lesión, ninguna otra consecuencia puede obtenerse en orden a la relevancia de la lesión, en sí misma considerada, porque una corriente jurisprudencial se ha preocupado de distinguir ambas figuras. El dolo se concreta a los supuestos en que, si bien hay un perjuicio injusto, ha sido provocado por una verdadera intención de engañar», «[y] cuando se admite la lesión, como en Cataluña, se insiste en que la acción rescisoria es procedente «sin que sea para ello preciso probar dolo, astucia ni acechanza del comprador»» [p. 246].

c) En cuanto a los hechos de la STS 27.04.1921 (*Pte. Excmo Sr. D. Eldelmiro Trillo*), citada en el cuerpo del texto por MARTÍN PÉREZ, en esencia, Casto Z.E. tuvo cuatro hijos de su primer matrimonio (Juana, Joaquín, Modesto y Casto Z.I.) y su esposa y madre de los cuatro hijos (Concepción) falleció, procediéndose a la división y adjudicación de los bienes de Concepción. Posteriormente, el 26.11.1902, Casto Z.E. contrae matrimonio con Justina y el 21.06.1916 fallece sin dejar disposición testamentaria y sin sucesión de su segundo matrimonio. El 27.06.1916, la viuda Justina y los cuatro hermanos (Juana, Joaquín, Modesto, y Casto Z.I.) otorgan escritura pública transaccional, en la que se dice que todos los bienes que en ella figuran se reputan del causante Casto Z.E., no habiendo lugar a liquidar previamente la sociedad de gananciales, que de la masa hereditaria habrán de deducirse 27.500

informa de que, para solucionar supuestos de lesión, el Tribunal Supremo ha acudido a la falta de causa contractual o a la nulidad del contrato por error o dolo⁷⁵⁵.

pesetas para Joaquín por ser esa la voluntad de su padre, que el remanente se repartirá por quintas partes entre Justina y cada uno de los cuatro hermanos (Juana, Joaquín, Modesto, y Casto Z.I.), que la quinta parte de Justina es en plena propiedad, entendiéndose pagada así su cuota legal usufructuaria y su participación de gananciales, si esta última pudiera existir, y que ninguno de los interesados traería a colación los bienes recibidos en vida de Casto Z.E.

Juana, Joaquín y Modesto demandan a Justina y piden la declaración de que Justina cumpla lo estipulado en la escritura de 27.06.1916 y se la condene a proceder a la división y adjudicación de todos los bienes que figuran en dicha escritura a nombre de Casto Z.E (consignan además que Casto Z.I. estaba de acuerdo en cumplir lo convenido en la escritura de 27.06.1916). Por su parte, Justina señala la nulidad y su no valor legal de la escritura de 27.06.1916 por defectos o vicios en su consentimiento (empleo de procedimientos por los otros otorgantes de la escritura que sorprendieron su buena fe) y por intimidación de los otros otorgantes de la escritura. Justina, además, reconviene y suplica la declaración de que es nula y sin efecto la escritura de 27.06.1916 y la condena a los demandantes a que, con intervención de Justina, se practiquen todas las operaciones necesarias de la testamentaria de Casto Z.E., formalizándose el inventario de todos sus bienes, derechos y acciones correspondientes al disuelto matrimonio, liquidándose la sociedad conyugal y procediéndose a las operaciones testamentarias a practicar conforme a la ley.

En primera instancia se desestima la demanda de Juana, Joaquín y Modesto, declarándose nula la escritura de 27.06.1916 por haber prestado Justina su consentimiento por error de hecho y sustancial e intimidación de un mal grave en sus intereses, no estando obligada a cumplirla. Se estima la reconvencción de Justina, condenándose a los demandantes (Juana, Joaquín y Modesto) a practicar todas las operaciones necesarias para la testamentaria de Casto Z.E., procediéndose a la liquidación de la sociedad conyugal y a la división y adjudicación de la herencia entre todos los interesados y Justina, de conformidad con las normas del Código civil y de la Ley de procedimiento civil. En segunda instancia se absuelve a Justina de la demanda y se estima su reconvencción. Juana, Joaquín y Modesto recurren en casación y alegan, entre otros motivos, infracción de la doctrina del Tribunal Supremo de sus SS 12.02.1898 y 28.02.1920 (en particular de esta) ya que el error ha de ser de hecho y no de derecho, siendo de derecho el error de Justina (motivo 5.º) y aplicación errónea del artículo 1262 [sic; 1266] CC, dado que, si hubiera error de hecho de Justina (hipótesis), este sería no sustancial (motivo 7.º). El Tribunal Supremo considera que existió error en Justina y no casa. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

Según el Tribunal Supremo, Justina prestó su consentimiento por error. Expone:

«[...] que si la validez de un contrato ha de reconocer por causa esencial el verdadero consentimiento de los contratantes, esta cualidad, para que no sea ineficaz, excluye que el error objeto de la estipulación no recaiga sobre la constancia del objeto ni tampoco sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlas» (cdo 2.º).

«[...] que la Sala sentenciadora, al estimar que la demandada [...] Justina [...] prestó el consentimiento con error, por desconocer que en la escritura contractual renunciaba a la liquidación de gananciales, y dispensaba a los otros contratantes de aportar a la masa hereditaria el capital colacionable, se funda en el conjunto de los elementos de prueba que es obligado aceptar, mientras no se demuestre con la evidencia inmediata que requiere la ley la equivocación del juzgador, circunstancia que en este caso deja de concurrir» (cdo 3.º).

«[...] tampoco incurre la sentencia recurrida en defecto alguno de incongruencia, [...], sin que del hecho de consignarse entre éstos [entre los contratantes] el de uno que no ha compadecido en los autos [Casto Z.I.], pueda deducirse, como pretende el recurrente, que el fallo otorga más de lo pedido; pues siendo causa determinante de la expresada nulidad el error sustancial en el consentimiento de uno de los contratantes, claro es que ha de afectar a los demás, háyanse personado o no todos en el pleito, y dígase o no en la sentencia» (cdo 4.º).

⁷⁵⁵ Según ORDUÑA MORENO, «[f]uera de estos cauces, la jurisprudencia también ha buscado otras vías indirectas para remediar supuestos de evidente lesión patrimonial en orden a un criterio de justicia del caso concreto. Así, en ocasiones, en relación a ventas o arrendamientos con un precio muy inferior al de mercado, se recurre al expediente de la nulidad por falta de causa o inexistencia misma del contrato, SSTS 29 septiembre 1988 [...] y 11 junio 1992 [...]. En otras ocasiones, para paliar la lesión contractual inferi-

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

[A] *El artículo 1293 CC en relación con el Proyecto de Código civil de 1851 y el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*

[A.1] *El Proyecto de Código civil de 1851 y el comentario de García Goyena*

a) El artículo 1164 PCC 1851 dispone: «Ninguna obligación ó convenio se rescinde por lesion, aunque sea enormísima, sino en los casos del artículo siguiente».

Y el siguiente artículo 1165 PCC 1851: «Las obligaciones pueden rescindirse:

- 1.º Por via de restitución á las personas sujetas á tutela o curaduría.
- 2.º Por el fraude cometido en perjuicio de los acreedores en la enagenacion de los bienes de su deudor.
- 3.º En los demas casos en que especialmente lo determine la ley».

b) *En cuanto al comentario de García Goyena, es conocido que este autor era totalmente contrario a la rescisión por lesión en los contratos.* García Goyena, tras hacer un recorrido temporal de la figura, justifica la inadmisión de la rescisión del contrato por lesión como sigue:

«La Comisión, en vista de tanta discordancia y contradicción entre los Códigos, y pesado el pro y contra bajo el doble aspecto de justicia y conveniencia, se decidió al fin por rechazar esta especie de rescision.

Tenía por sí la autoridad de algunos Códigos modernos, y la mas respetable (al menos para mí) del Fuero Juzgo y de los municipales que encierran la primitiva y verdadera legislacion española: generalmente los primeros Códigos de todos los puebles se acercan mas a la recta y sencilla razon.

Una sola observación, cuya certeza práctica no podrá negarse por ningún hombre versado en negocios, basta para inutilizar todos los argumentos favorables á la rescision.

¿Querreis favorecer con ella al vendedor necesitado?

Pues, bien, nunca lo conseguiréis, y frecuentemente le arrunareis.

En la escritura de venta figurará mayor precio que el realmente entregado: ¿qué prueba quedará al vendedor contra un instrumento auténtico, y cuando el escribano y testigos están interesados en sostenerlo? Será, pues, siempre ineficaz el remedio ó beneficio; y será segura la ruina del vendedor si la cosa llega á salir incierta, pues, segun vuestros Códigos, habrá de restituir el precio recibido, es decir, el figurado en la escritura.

El precio y rentas de las fincas suelen ser mas permanentes: el del dinero y sus intereses son muy variables. Si la finca rinde el 2 ó el 3 por 100 de su capital, y el dinero seis u ocho: ¿con qué socolor de justicia prohibireis ó rescindiréis la venta hecha capitalizando en razon de las rentas de la finca y de los intereses del dinero? El verdadero valor de la cosa está en su rendimiento: el comprador recibirá mas del duplo en capital de la finca, perdiendo realmente en productos: el vendedor ganara en

da se recurre a la nulidad contractual con base al error y al dolo, SSTS 15 julio 1987 [que extracto *supra*, [23] [A]] [...] y 27 marzo 1989 [que extracto *supra*, [42] [A] [...]]» [(2011) p. 721].

estos aunque pierda algo mas que el duplo en capital: ¿y será justo que despues de aprovecharse de esta ventaja ó de haber salido de un gran conflicto, si por la abundancia del dinero ú otra causa llegan á bajar los intereses, venga pidiendo la rescision?

Hablais de dolo *real*, aplicando bien ó mal a este caso la ley 36, título 1, libro 44 del Digesto [*sic*, D 45.1.36 que transcribo *supra*, [12] [B]], *ipsa res in se dolum habet*, que seguramente no lo nombra, ni podía nombrar, como que su autor es Ulpiano, muerto muchos años antes de haber nacido el emperador Diocleciano, autor de la célebre ley 2, título 44, libro 4 del Código [que transcribo *supra*, [12] [B]]; y olvidais que la razón dicta, y la Jurisprudencia Romana, la de todos los pueblos, ha sancionado la 145 de *regulis iuris*, *Nemo videtur fraudare eos qui actunt, et consentiunt*, «el que se deja engañar entendiéndolo, non se puede querellar como ome engañado; porque non le fue fecho encubiertamente, pues que lo entendia» (regla 25, título 34, Partida 7) es decir, que haceis prevalecer una presunción ó ficcion puramente voluntaria contra la certeza de los hechos y la realidad de las cosas.

¿Quién puede y debe conocer el valor y rendimientos de su cosa mejor que el vendedor? ¿Ni qué juez mas competente para apreciar lo critico ó indiferente de su posicion particular? Si vende, es porque asi le conviene, o porque no encuentra quien le dé mas: y en tal caso resulta que ha vendido por lo que entonces valia la cosa, pues que la escasez de compradores ó la afluencia de vendedores puede rebajar indefinidamente su precio.

¿Y cuál es el justo precio que escogeis para regular la lesion? Vosotros reconocéis tres justos precios para cada cosa, sumo, medio, é infimo; y segun el que se escoja, puede, ó no, resultar la lesion.

¿Y por un real mas ó menos de la mitad del justo precio, quizá por maravédis, ha de quedar incierta la propiedad de una finca que ha podido costar millones, y tal vez se halle en poder de un tercero ó hipotecada? Cuidado, que á los malos efectos de este inconveniente, ni se ocurre, ni puede ocurrirse en ningun sistema hipotecario, aun el mejor combinado.

Y no olvidéis, que las ventas y negociaciones industriales son hoy dia mas importantes que las de los bienes inmuebles: si no envolveis en la rescision las primeras, sois inconquistables: si las envolveis, introducís el caos: matais la industria y el comercio.

Ultimamente, cualquiera que esté versado en la materia, sabe la infinidad de cuestiones que la embarazaban, y convertían en un manantial perenne de pleitos difíciles de resolver: este manantial queda cegado»⁷⁵⁶.

[A.2] *El Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*

El artículo 1306 APCC 1882-1888 es el equivalente al artículo 1293 CC, cuya transcripción hago tras la transcripción de los siguientes artículos 1303 y 1304 APCC 1882-1888.

Artículo 1303 AP 1882-1888: «Los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley. (Nuevo. Coincide en parte con el 1770 mejicano)»⁷⁵⁷.

⁷⁵⁶ GARCÍA GOYENA, «Artículo 1164» (1852) pp. 620-621.

⁷⁵⁷ LASSO GAITE (1970) p. 672.

Artículo 1304 APCC 1882-1888: «Son rescindibles: (1165 y 1166 Proy. [1851])

1.º Los contratos celebrados por los tutores sin autorización del consejo de familia, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubieren sido objeto de aquéllos.

2.º Los que con iguales circunstancias se celebren en representación de los ausentes.

3.º Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba.

4.º Los contratos que se refieran a cosas litigiosas, cuando hubieren sido celebrados sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial competente.

5.º Cualesquiera otros en que especialmente lo determine la ley»⁷⁵⁸.

Y el antes mentado artículo 1306 APCC 1882-1888: «*La lesión en los contratos, fuera de los casos mencionados en los números primero y segundo del artículo 1304, no será causa de rescisión; pero dará derecho a la indemnización de daños y perjuicios, siempre que exceda de la mitad del verdadero valor de las cosas objeto del contrato, a menos que prefiera el adquirente devolverlas (1164 Proy. [1851])*» (cursiva mía)⁷⁵⁹.

[97] *Por último*, voy a ocuparme del *dolus re ipsa*, y de la diferencia entre el dolo incidental y la lesión.

a) *Para lo primero (dolus re ipsa)*, según Martín Pérez, «[d]e dolo se ha hablado, y mucho, a lo largo del *ius commune* a propósito de la lesión, acudiendo a la idea de dolo presunto para explicar la *laesio enormissima* y de un *dolus re ipsa* para la lesión enorme», si bien «[e]n realidad, esta fórmula [del dolo presunto] no fue más que un expediente para atribuir una *exceptio doli* al lesionado por una compraventa celebrada mediante *stipulatio*, porque al convertirse en *emptio-venditio stricti iuris*, quedaba privada del remedio de la lesión, aplicable tan sólo a los contratos *bonae fidei*», y «[e]n todo caso, siempre se mantuvo una neta diferencia entre este *dolus re ipsa* y el *dolus verus* o *dolus ex proposito*, que es el que constituye un vicio de la voluntad»⁷⁶⁰.

⁷⁵⁸ LASSO GAITE (1970) p. 672.

⁷⁵⁹ LASSO GAITE (1970) p. 673.

⁷⁶⁰ a) MARTÍN PÉREZ (1995) pp. 246-247.

b) Similares ideas a las expuestas, señalan otros autores. Por ejemplo:

b.1) MARTÍN CASALS, al analizar la *lesion ultra dimidium* del (ahora derogado) artículo 321 CDCC [que transcribo *infra*, nota 1241 a)], explica sobre el *dolus in re ipsa*:

«La relación de la l.u.d. [*lesion ultra dimidium*] con el dolo y la denominación de *dolus re ipsa* procede de una particular interpretación de la ley D. 45, 1, 36 [que transcribo *supra*, [12] [B]], llevada a cabo por los legistas, y que responde a su concepción sobre el dolo y la naturaleza jurídica de la l. u. d. Esta ley otorga al *estipulante* que ha sufrido un dolo incidental una *exceptio doli*, y señala finalmente: [...].

[A] *A propósito de la regla de que el dolo no se presume y debe probarse*

a) Según el artículo 977 PCC 1836, «[e]l dolo nunca se presume y es necesario probarlo» (lo transcribo *supra*, [8] [A]). Sin embargo, dicha regla no la recogen ni los artículos 992 y 993 PCC 1851 (que transcribo *supra*, [8] [B]), ni

De un análisis de las doctrinas de los legistas, seguidas también por los canonistas, se puede llegar a la conclusión de que el llamado *dolus re ipsa* no es más que un expediente para atribuir una *exceptio doli* al estipulante que promete una prestación de un valor tan superior a la contraprestación que recibirá a cambio que, de acuerdo con el justo precio o valor de cambio objetivo, resultará lesionado u. d. Al parecer, esa lectura de la Ley D. 45, 1, 36 [que transcribo *supra*, [12] [B]], la realizan los glosadores para evitar que una compraventa celebrada en estipulación, al devenir *stricti iuris*, quede privada del remedio de la l.u.d., aplicable, en un principio, tan sólo a los contratos *bonae fidei*.

En ningún caso se relaciona con lo que llamaríamos hoy un vicio del consentimiento. Esa *exceptio doli* se otorga porque se considera que, en la falta de equivalencia inferior a la mitad del justo precio, la prestación *in obligationem* no puede tener su causa en una prestación en función de contraprestación equivalente. La causa como función económica, no como justificación de la obligación –diríamos hoy– está viciada. O dicho de otro modo: la función económica de la onerosidad exige un mínimo de equivalencia que no puede ser inferior a la mitad del justo precio. Por debajo de ese mínimo, el defecto de equivalencia deberá encontrar su causa en un ánimo liberal o estará privado de causa.

[...]

El *dolus re ipsa* no es más que un intento de deslizar en la lectura de las fuentes la teoría del justo precio y el principio de observancia de una equivalencia objetiva de prestaciones deducido de una interpretación amplia de la Ley C. 4, 44, 2 [que transcribo *supra*, [12] [B]], y de la cual el *dolus re ipsa* del fragmento D. 45, 1, 36 [que transcribo *supra*, [12] [B]], sería uno de sus múltiples reflejos» [«Artículo 321» (1987) pp. 483-485; *vid.* además p. 477].

b.2) Según ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES: «Corresponde sin duda a la Glosa y a los postglosadores el mérito de haber convertido una respuesta del emperador como solución a un caso concreto (C. 4, 44, 2 [que transcribo *supra*, [12] [B]]) en una institución de alcance general y enorme difusión.

Todo comenzó cuando los glosadores de la Escuela de Bolonia descubrieron el *Corpus Iuris Civilis* e iniciaron la obra de reelaboración del Derecho romano, en la que no pasó desapercibida la *Lex Secunda*. Buscaron un nombre para el remedio al que se refería la *Lex Secunda* y se habló de la *laesio aenormis* o *laesio ultradimidium*, según los comentaristas.

Desenterrados los textos básicos de la *deceptio ultra dimidium*, los glosadores la hicieron objeto de un cuidadoso y detallado estudio, en el cual abordaron todos los aspectos que planteaba esta institución: la esencia o naturaleza del remedio, la naturaleza de la acción que de él derivaba, la necesidad lógica de ampliar su campo de aplicación, y la admisibilidad y valor de las renunciaciones al derecho de pedir la rescisión.

Haremos [ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES] un breve análisis de cada una de estas cuestiones a fin de poder calibrar la extraordinaria extensión que en esta época tuvo la rescisión *ultradimidium*.

En cuanto a la naturaleza o esencia de la rescisión por lesión, los glosadores se debatían entre los dos polos que se habían ya planteado en el Derecho justineano: la orientación subjetiva, enlazada con el régimen de la antigua *restitutio in integrum*, y el criterio objetivo de simple desproporción matemática del valor.

Ante esta situación, la solución adoptada por los glosadores fue la de crear una figura que reuniera en una sola fórmula los tres elementos posibles: el vicio del consentimiento del damnificado, la actitud inmorral del aventajado, y el criterio cuantitativo de la desproporción, construyendo así el *dolus re ipsa*.

Con la fórmula *dolus re ipsa* la lesión se equiparaba al dolo, a efectos procesales; pero como quiera que en los casos ordinarios de lesión no podía probarse la maquinación insidiosa de la parte beneficiada, que nos hubiera permitido incluir, sin más, el supuesto en los dominios del dolo, acudían a presumir éste en base a la circunstancia de la tremenda desproporción existente entre el valor de las dos prestaciones (el actor incurría en dolo al pedir algo injusto, porque se obligaba al demandado a entregar más de aquello a lo que quiso obligarse). El fundamento legal de esta construcción lo encontramos en un texto de Úlpiano [nombre, mayúsculas en el original] (D. 45, 1, 36 [que transcribo *supra*, [12] [B]]) conocido más generalmente como ley *si quis cum aliter*» [cursiva del original; (2010) pp. 41-42; *vid.* nota 35 de p. 42].

los artículos 1282 y 1283 APCC 1882-1888 (que transcribo *supra*, [8] [C]), ni los artículos 1269 y 1270 CC (que transcribo *supra*, [7] [A]).

b) *En cambio*, el vigente artículo 5.35.III CCB *sigue disponiendo* que el dolo no se presume y debe probarse⁷⁶¹, como ordenaba el derogado artículo 1116.II CCB (que transcribo *supra*, nota 90, pues era del mismo tenor que el artículo 1116 CCF). Sobre esta regla del artículo 1116.II CCB, explicaba por mi parte en 2020:

«Quien pretenda ser considerado como víctima del dolo, tendrá que probarlo (art. 1116.II CCB). Por ser *un hecho jurídico*, el dolo puede probarse por *todo medio* admitido en Derecho (así, mediante testigos, presunciones; la prueba por indicios puede fundarse en hechos anteriores y posteriores a la conclusión del contrato).

Sin embargo, el artículo 1116.II CCB indica que el dolo no se presume y debe probarse. ¿Cómo ha de entenderse esto? Dekkers y De Page advierten que la razón de que se disponga expresamente que el dolo no se presume es porque quiso *descartarse* la regla del *ancien droit*, según la cual el dolo puede resultar del mismo acto (*dolus re ipsa*), en particular, en el caso de la lesión *enorme* (en más de la mitad). De modo similar lo apunta Wéry. Y según Van Ommeslaghe, la indicación del artículo 1116.II CCB de que el dolo no se presume no significa que no pueda probarse por presunciones, sino que ha de entenderse en el sentido de que la prueba del dolo no puede inferirse de la conclusión del acto en sí mismo (*dolus ex re ipsa*) y ha de aportarse específicamente»⁷⁶².

c) En cuanto al vigente derecho francés, en su regulación del dolo, el Código civil ya no recoge la regla de que el dolo no se presume y debe probarse⁷⁶³, regla esta que sí se encontraba en el derogado artículo 1116.II CCF (que transcribo *supra*, nota 90). Sobre este último decía en 2020:

«De conformidad con el artículo 1116.II CCF, *el dolo no se presume y debe probarse*» y al respecto, «Malinvaud/Fenouillet/Mekki apuntan que ello *solo* significa que la carga de la prueba recae sobre *quien pretenda ser considerado engañado* y por tratarse de la prueba de un *hecho*, el dolo puede probarse *por todo medio*, incluido el de presunciones. *En cambio*, para la reticencia dolosa, cuando uno de los contratantes asume una obligación de informar, como en el caso del vendedor profesional, a él corresponde probar que cumplió dicha obligación, así que la reticencia dolosa se encuentra presumida («Cass. 1^{er} civ., 15 mai 2002»)»⁷⁶⁴.

b) *Trasladándose al dolo incidental en relación con la lesión*, Martín Pérez considera que «[m]ás significativas son las semejanzas de la lesión con

⁷⁶¹ De esta norma me ocupé en relación con el (equivalente) artículo 5.39 de la *Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil* (24.02.2021) [FENYOY PICÓN, ADC (2020) [95] p. 1467]

⁷⁶² FENYOY PICÓN, ADC (2020) [82] p. 1455.

⁷⁶³ FENYOY PICÓN, ADC (2020) [64] pp. 1432-1433.

⁷⁶⁴ FENYOY PICÓN, ADC (2020) [35] p. 1383; *vid.* la crítica a que, incumplida la obligación de informar, se presume el dolo, en nota 216 de pp. 1383-1384.

el área del «dolo incidental», aquel [dolo] que no se dirige directamente a la conclusión del contrato *pero proporciona una posición de ventaja que determina el contenido, y sólo tiene un efecto resarcitorio*»⁷⁶⁵. El autor explica que «[h]istóricamente, se ha constatado la existencia de un dolo no determinante del consentimiento, sino generador de lesión y de la correspondiente reparación o devolución de lo que el lesionado había pagado de más»; «[e]ra un caso agravado de lesión en el que *no se requería un perjuicio mayor a la mitad del justo precio*» (cursiva mía)⁷⁶⁶. Y situándose en el derecho vigente, Martín Pérez señala que, si bien «[e]l art. 1270 [CC] mantiene la contraposición entre dolo *causam dans* y dolo *incidens* con la oportuna diferencia de efectos», «una vez suprimida la rescisión por lesión [en el Código civil], *ya no puede decirse que el dolo incidental realice la función que cumplió históricamente de dar relevancia a la quiebra de la función económica del contrato y lograr la rebaja o suplemento del precio*» (cursiva mía)⁷⁶⁷. En su opinión, «[l]a razón de su conservación [la del dolo incidental] *está más bien en que «preocupa en la época de nuestra Codificación reducir a justos límites un efecto que se considera justo, pero peligroso: la nulidad de los contratos fundada en el dolo»*»⁷⁶⁸. Por consiguiente, «la expresión del art. 1270.2 [CC] tendrá que interpretarse en sentido literal: el dolo incidental da lugar a la indemnización del *id quod interest* propiamente dicha que puede provocar cualquier dolo, pero no tiene sentido como reparación del engaño en el precio o en la cosa»⁷⁶⁹.

B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo

[98] A propósito de la *no confusión entre dolo y lesión*, presentan interés las STS 13.05.1889, 10.03.1909, y STS, 1.ª, 15.07.1987. También la STS 02.01.1924, esta otra a propósito del artículo 344 CCO y para las ventas mercantiles.

En la STS 13.05.1889⁷⁷⁰ no se aplica el Código civil, sino el derecho anterior que admitía la rescisión del contrato por lesión. El vendedor quiere la rescisión del contrato por lesión *con fundamento* en la P 5.5.56 (que transcribo *supra*, [11] [B]); al margen de referirse a la fuerza o el miedo, en el título de la Partida se dice venta hecha con engaño en más de la mitad del derecho precio) y *con fundamento* en la ley 2.º del título 1 del libro 10 de la Novísima Recopi-

⁷⁶⁵ MARTÍN PÉREZ (1995) pp. 248-249.

⁷⁶⁶ MARTÍN PÉREZ (1995) p. 249.

⁷⁶⁷ MARTÍN PÉREZ (1995) p. 249.

⁷⁶⁸ MARTÍN PÉREZ (1995) p. 249.

⁷⁶⁹ MARTÍN PÉREZ (1995) p. 249.

⁷⁷⁰ A esta STS 13.03.1889 se refiere DE COSSÍO Y DE CORRAL (1955) p. 333.

lación (en el título y en la ley se emplea la expresión de engaño en más de la mitad del justo precio)⁷⁷¹. Ante la petición del vendedor, el comprador alega, entre otras cosas, ser requisito indispensable para tal rescisión la justificación de que existió engaño en más de la mitad del justo precio. Responde el Tribunal Supremo, que ahí, *engaño «no significa dolo, sino daño procedente de la diferencia en más de la mitad contra el precio dado y el que justamente hubiera debido darse»* (cursiva mía; cdo 1.º).

En la *STS 10.03.1909* se conoce de la venta, cesión y traspaso de los derechos hereditarios de un coheredero a otro y el vendedor pide su nulidad. Según el Tribunal Supremo, *no puede «confundirse la lesión mayor o menor que uno pueda sufrir más o menos conscientemente al contratar con el dolo ó engaño»*, además de que en el caso no existió dolo, ni lesión (cursiva mía; cdo 2.º)⁷⁷².

En la *STS 02.01.1924*, se vende parte de una partida de estaño que provenía de Londres, habiendo afirmado el vendedor al comprador que su precio era ventajoso, lo que no era cierto. El vendedor demanda al comprador y pide, entre otras cosas, que el comprador le pague el precio, a lo que se opone el comprador, por considerar que no hubo contrato (hubo disenso) y en su defecto, porque el vendedor actuó con dolo. En primera y en segunda instancia no se estima la demanda del comprador, y en su recurso de casación, el comprador alega infracción de los artículos 1269 y 1270 CC en relación con el artículo 344 CCO (motivo 3.º). Para el artículo 344 CCO, según el cual «[n]o se rescindirán las ventas mercantiles por causa de lesión; pero indemnizará daños y

⁷⁷¹ La Ley 2.ª del Título I («De los contratos y obligaciones en general») del Libro X («De los contratos y obligaciones; testamentos y herencias») de la Novísima Recopilación:

«Ley 1.ª tit. 17. del dicho ordenamiento; y D. Juan I. en Soria año 1380 pet. 3, y en Madrid año 34 pet. 64.

Rescisión de las ventas y demas contratos en que intervenga engaño en mas de la mitad del justo precio: y casos exceptuados de ella.

Si el vendedor ó comprador de la cosa dixere, que fué engañado en mas de la mitad del justo precio, así como si el vendedor dixere, que lo que valió diez vendió por ménos de cinco maravedís, o el comprador dixere, que lo que valió diez dió por ello mas de quince; mandamos, que el comprador sea tenido de suplir el precio derecho que valía la cosa al tiempo que fué comprada, ó de la dexar al vendedor, tornándole el precio que rescibió, y el vendedor debe tornar al comprador lo demas del derecho precio que le llevó, ó de tomar la cosa que vendió, y tornar el precio que recebió; y esto mismo debe ser guardado en las rentas y en los cambios, y en los otros contratos semejables; y que haya lugar esta ley en todos los contratos sobre dichos, aunque se haga por almoneda del día que fueren hechos fasta en quatro años, y no después. * Y mandamos que esta ley se guarde, salvo si la vendición de los tales bienes se hiciere contra voluntad del vendedor, y fuesen compelidos y apremiados compradores para la compra, y fueren vendidos por apreciadores y públicamente, que en tal caso, aunque haya engaño de mas de la mitad del justo precio, no haya lugar esta ley (*leyes I y 6. Tit. II lib. 5. R.*)».

Sobre la Novísima Recopilación y la rescisión por lesión, ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES (2010) p. 57.

⁷⁷² A esta *STS 13.03.1889* se refiere DE COSSÍO Y DE CORRAL (1955) pp. 332-333; también ROJO AJURIA (1994) p. 27.

perjuicios el contratante que hubiere procedido con malicia o fraude en el contrato o en su cumplimiento, sin perjuicio de la acción criminal», el Tribunal Supremo dice que se refiere a la lesión en las ventas mercantiles «o en su cumplimiento, lo cual equivale a la existencia en dichos contratos del dolo incidental, que, por surgir con posterioridad a su perfeccionamiento, no determina su rescisión, pero sí la indemnización de daños y perjuicios por el contratante que hubiera procedido con malicia o fraude» (cdo 1.º). En cuanto al caso, el Tribunal Supremo entiende que sí hubo dolo causal del vendedor.

Finalmente, la *STS, 1.ª, 15.07.1987*. Recuerdo que *supra*, [96] señalé que, aunque el Código civil no admite con carácter general la rescisión del contrato por lesión (art. 1293 CC), si el contrato es objetivamente muy lesivo, el Tribunal Supremo ha acudido, en ocasiones y a fin de proteger al lesionado, a la causa ilícita, al error, o al dolo, según informan Martín Pérez, y Orduña Moreno, y ambos citan a modo de ejemplo a esta *STS, 1.ª, 15.07.1987*, en la que la vendedora, gran amante de los animales, vende una finca situada en Madrid y la Villa Juana situada esta otra en Almería *a un precio muy bajo* y en su demanda pide la nulidad de las ventas. La vendedora alega en su recurso de casación que hubo dolo de los compradores (motivo 3.º), lo que el Tribunal Supremo estima, anulándose las compraventas, y *también alega, lo que ahora interesa, infracción de los artículos 1261, 1274, 1265 y 1276 CC, ya que enajenó a un precio muy bajo* (motivo 4.º)⁷⁷³, a lo que el Tribunal Supremo *se limita a responder*, que «es cierto que nuestro Código Civil (a diferencia de lo que ocurría en el Derecho Histórico) exige sólo que el precio sea cierto» (art. 1445 CC) «y no [que sea] necesariamente justo, proporcionado o adecuado a la transmisión efectuada» (FD 2.º).

⁷⁷³ En concreto, en el motivo 4.º del recurso de casación, la vendedora Amanda alega: «Infracción de normas del ordenamiento jurídico [...] por violación en el concepto de interpretación errónea de los artículos» 1261, 1274, 1265 y 1276 CC y «doctrina de esta Sala en sentencias de fecha» 24.03.1950, 05.05.1958 y 27.02.1954. «Se ha manifestado, la inexistencia de precio, afirmación combatida de forma ambigua [*sic*] y contradictoria por los demandados [Clemente y Marisol, los compradores]. Y si bien es cierto que tal pago de la hipoteca, pueda considerarse como pago del precio cierto, como recoge la sentencia recurrida, no lo es menos que del conjunto de las relaciones entre actora [la vendedora Amanda] y demandados [Clemente y Marisol], y de la apreciación completa de toda la prueba, *obteniendo éstos* [Clemente y Marisol] *la titularidad de un patrimonio enormemente superior en su valoración a la mencionada carga*, sea de todo punto interesante y casi imprescindible para el buen fin de la operación simulada, el pago tanto de los gastos de la transmisión, como de las cargas existentes sobre la finca, para que pueda ser disfrutada por los demandados [Marisol y Clemente]. Qué duda cabe que toda la operación de dolo y simulación, ha comportado gastos de los demandados [Clemente y Marisol] y tampoco cabe duda, de que sin el pago de la hipoteca, estaría en peligro su propia titularidad, por lo que, tal pago hipotecario, participa también de requisito necesario para la apropiación dolosa de la finca, *cuando, mediando un precio irrisorio y vil, concretado al pago de la hipoteca, el mismo supone un beneficio para los compradores* [Clemente y Marisol], *carga ínfima en relación con el valor del objeto gravado*» (cursiva mía; AH 8.º de la *STS, 1.ª, 15.07.1987*).

A continuación analizo las tres primeras sentencias citadas. De la última me ocupo *supra*, [23] [A], al tratar de la tesis amplia del dolo y allí remito.

[A] *La STS 13.05.1889 (Pte. Excmo. Sr. D. Ricardo Díaz de Rueda)*

Brevemente, el 12.10.1880 y en documento privado, Fernando vende a José unos porcentajes de una casa adquiridos por herencia, otorgándose escritura pública el 04.11.1881. Con posterioridad, el vendedor Fernando demanda a José y pide la rescisión por lesión «enormísima» de la compraventa con fundamento en la P 5.5.56 [que transcribo *supra*, [11] [B]] y ley 2.º del título 1.º del libro 10 de la Novísima Recopilación [que transcribo *supra*, nota 771]. La Audiencia declara la rescisión de la compraventa o, en otro caso, el complemento del precio por el comprador José. El comprador José recurre en casación y entre otras cosas, alega infracción de la P 5.5.56, pues no ha lugar a la rescisión si la cosa desapareció o empeoró en mucho y la casa hubo de derribarla, construyendo otra en su lugar (motivo 1.º), e infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, admitiendo la subsistencia de la segunda parte de la P 5.5.56, «consigna la doctrina de que para utilizar el remedio de la segunda, título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, cuando se cree que hubo lesión en un contrato de venta, son requisitos indispensables, entre otros, que se justifique que se hizo con engaño en más de la mitad del justo precio, y que la cosa vendida no sea muerta ni mucho menos empeorada» (motivo 2.º; rdo 10.º). El Tribunal Supremo no casa.⁷⁷⁴

En lo que interesa, dice el Tribunal Supremo:

«[...] que la sentencia no infringe las leyes y doctrinas invocadas en los motivos 1.º [del recurso de casación, infracción de la P 5.5.56]⁷⁷⁵ y 2.º [del recurso de casación; infracción de la jurisprudencia en relación con la P 5.5.56 y ley 2.ª, del título 1.º del libro X de la Novísima Recopilación]⁷⁷⁶, porque la cosa vendida, lejos de haber dejado de existir ó de haber sufrido deterioro, subsiste en el solar sobre el cual se ha levantado una edificación nueva, y porque la palabra *engaño*, usada en la ley 2.ª, título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación no significa dolo, sino daño procedente de la diferencia en más de la mitad

⁷⁷⁴ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

⁷⁷⁵ En concreto, en el motivo 1.º del recurso de casación del comprador José: «[...] En la infracción de la ley 56, título 5.º, Partida 5.ª, en el extremo en que niega, tanto al comprador como al vendedor, derecho á demandar la rescisión del contrato de compraventa, aunque haya mediado perjuicio en más de la mitad del justo precio, cuando la cosa ha desaparecido ó en mucho empeorado, toda vez que es un hecho aceptado por todos los que han intervenido en este pleito, que antes de acudir [...] Fernando [...] á los Tribunales fue derribada la casa núm. 17 de la calle del Barco y construída la que hoy existe de nueva planta en el solar que ocupó la antigua».

⁷⁷⁶ En concreto, en el motivo 2.º del recurso de casación del comprador José: «[...] En la infracción de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo establecida en diferentes decisiones, entre ellas en la de 31 de Marzo de 1868, donde admitiendo la subsistencia y eficacia de la segunda parte de la ley 56, título 5.º, Partida 5.ª, consigna la doctrina de que para utilizar el remedio de la segunda, título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación [que transcribo *supra*, nota 771], cuando se cree que hubo lesión en un contrato de venta, son requisitos indispensables, entre otros, que se justifique que se hizo con engaño en más de la mitad del justo precio, y que la cosa vendida no sea muerta ni mucho menos empeorada».

contra el precio dado y el que justamente hubiera debido darse⁷⁷⁷» (cursiva del original; cdo 1.º).

⁷⁷⁷ a) Mucho más recientemente y sobre la rescisión por lesión de los (ahora) derogados artículos 321 y ss de la Compilación de Derecho civil de Cataluña [que transcribo *infra*, nota 1241 a)], en la STSJC, 1.ª, 13.03.2017 (Pte. Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio; con voto particular de la Ilma. Sra. D.ª Núria Bassols i Muntada; Cendoj, Roj STSJ Cat 1449/2017) se apunta que, aunque tradicionalmente se refiera a la rescisión por lesión como «engany a mitges» (engaño por mitad), *dicha rescisión tiene en el derecho catalán naturaleza objetiva y es institución diferente a la de los vicios del consentimiento*. En concreto:

«La rescisión por lesión en la CDCC

El precepto que se denuncia como infringido es el art. 321 CDCC, que dice que «los contratos de compraventa, permuta y demás de carácter oneroso, relativos a bienes inmuebles, en el que el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, serán rescindibles a su instancia, aunque en el contrato concurren todos los requisitos necesarios para su validez».

Tuvimos ocasión de decir en nuestra STSJCat núm. 35/2008, de 9 octubre (FD5), con cita de otras, que la rescindibilidad de los contratos de compraventa por *laesio enormes* o en más de la mitad de su justo precio (*ultra dimidium*), que constituye una institución heredada del Derecho Romano y, más concretamente, del justiniano SSTSJCat 38/1995 de 30 dic., 11/2000 de 25 may., 13/2000 de 19 jun., 3/2005 de 31 ene. y 11/2006 de 6 de mar., vino a contradecir la inexigibilidad del precio justo en las ventas y la posibilidad de engaño en los contratantes, según el principio liberal «tanto pagan, tanto vales». Sin embargo, en el vigente Derecho civil catalán y pese a su denominación tradicional «engany a mitges» la institución ha adquirido una naturaleza objetiva –SSTSJCat 12/1990 de 20 dic., 28/1993 de 22 dic. y 28/1995 de 19 oct.–, independientemente, pues, de los vicios de consentimiento que hubieran determinado la manifestación de voluntad (art. 321.1 CDCC), a diferencia de lo que ocurre en el Derecho navarro (Ley 499 [entonces vigente]).

Por su parte en la STSJCat núm. 8/2012, de 23 enero (FD1.2), puede leerse:

«Així en la CDCC, el concepte de rescissió per lesió es refereix als contractes que s'han dut a terme de manera eficaç, vàlida i efectiva, però, com que han produït un perjudici a una de les parts i produeixen resultats injustos, la llei permet, a instàncies del perjudicat, obtenir la declaració de la seva ineficàcia, perquè la venda per menys de la meitat del preu just i l'acció de rescissió que d'ella se'n deriva no signifiqui ni fan presumir que el venedor va contractar amb la voluntat viciada per engany, error o necessitat perempitòria, atès que això seria una postura subjectivista que consideraria la lesió com un vici del consentiment amb una regulació semblant a la dels articles 1265 i següents del Codi civil (STSJC 32/1995, de 20 novembre)».

En la misma línea se pronuncia la STSJCat núm. 34/2006, de 18 septiembre (FD6), que lleva a cabo un compendio de les [sic] anteriores añadiendo que:

«A diferencia de la orientación del Código civil de 1889 que no exige la equivalencia de las prestaciones en el momento de la perfección del contrato, en los contratos onerosos sobre bienes inmuebles regulados por el derecho civil catalán se mantiene la posibilidad de corregir la anomalía que para el enajenante supone no poder percibir al menos la mitad el [sic] justo precio correspondiente a la cosa dada, mediante el ejercicio de la acción de rescisión por lesión»» (cursiva del original; FD 3.º).

b) Lo que en la anterior STJC, 1.ª, 13.03.2017 se discute es si procede o no aplicar la rescisión por lesión a una enajenación forzosa. Sucedió que la Agencia Tributaria (AEAT) había embargado un inmueble (la mitad indivisa) por deudas tributarias y, quedando desiertas dos subastas, procede a realizar el inmueble embargado por adjudicación a un tercero:

«El 28 febrer 2013, en el procediment de constrenyiment de l'AEAT, es va adjudicar la finca a Esin Tres, S.L. La valoració de la finca i el tipus de subasta en primera licitació va ser de 6.162.942 euros; en segona licitació, de 4.622.206,50 euros, les dues subhastes van quedar desertes i es va seguir el procediment d'adjudicació directa, sense preu mínim. L'adjudicació a Esin Tres, S.L. ho va a ser per 1.501.125 euros, import de la seva oferta. L'alienació consta inscrita en el Registre de la Propietat el 16 d'abril de 2013» (cursiva del original; FD 2.º5).

El Tribunal Supremo entiende que no se aplica la rescisión por lesión a las subastas voluntarias (o contractuales) y a las forzosas:

«El ámbito de eficacia de la rescisión por lesión es ajeno al de los vicios del consentimiento, relacionándose más propiamente con los defectos relativos a la causa onerosa que, de conformidad con lo dis-

[B] *La STS 10.03.1909 (Pte. Excmo. Sr. D. Ramón Barroeta)*

En síntesis, se constituye una sociedad mercantil regular colectiva entre tres personas, siendo su objeto la compra y venta de papeles de toda clase y la compra, venta y producción de artículos anexos para el tiempo comprendido entre 01.01.1901 y 31.12.1905. El 28.04.1903, uno de los socios (Roberto) otorga testamento y entre otras cosas, instituye herederos únicos y universales a Manuel y Luciano, cada uno en distinto porcentaje. El 12.05.1903, dicho socio fallece y el 11.02.1904, Luciano vende, cede y traspasa a Manuel «la participación que en pleno dominio y nuda propiedad le correspondía y pudiera corresponderá [sic] en el 76 por 100 de la herencia de Pina [el causante] en el haber de la Sociedad R. Pina y Compañía, quedando Balbás [Manuel, el comprador] subrogado total y absolutamente en todos los derechos y obligaciones del cedente respecto á la precitada Sociedad» (rdo 2.º). El vendedor Luciano demanda al comprador Manuel y en otras personas pide la nulidad de la escritura de venta de 11.02.1904.

puesto en el art. 1274 CC, es, para cada parte contratante, la prestación o promesa de la cosa o del servicio asumida por la otra parte.

Pues bien, es innegable que el contrato de compraventa por el que uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente (art. 1445 CC) puede realizarse también mediante subasta. Ello ocurrirá cuando por voluntad del enajenante se establezca que el contrato quede celebrado y perfeccionado con el mejor postor en una licitación realizada con todos aquellos que estén interesados en contratar. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la *Jurisdicción Voluntaria* (arts. 108 y ss.) regula las subastas voluntarias, «realizadas fuera de un procedimiento de apremio» (art. 108.1 LJV).

Por otro lado, las subastas las [sic] de inmuebles entre ellas también pueden enmarcarse en un procedimiento de apremio o ejecución forzosa (art. 665 y ss. LEC).

Tanto en el caso de subastas voluntarias o contractuales como en el de las forzosas, se presume que el precio obtenido es el mejor de todos los posibles, atendida la situación en que se encuentra la finca a subastar, lo que justifica que en ambos supuestos no proceda la rescisión por lesión *ultra dimidium*.

La tesis de prescindir de la acción de rescisión por lesión en las enajenaciones realizadas mediante subasta pública, sin distinguir entre voluntarias o forzosas, es la que se impuso, pese a la opinión de ciertos comentaristas (Cáncer) [apellido, mayúsculas en el original], en la Compilación de 1960 –con la reforma en la numeración del articulado operada por la Ley 13/1984–, que expresamente las excluye en el art. 321.2 CDCC «No procederá esta acción rescisoria en las compraventas o enajenaciones hechas mediante pública subasta....».

Como afirma la STSJCat núm. 17/2002, de 17 de junio (FD 4):

«... és llavors quan l'art [sic] 321.2 de la *Compilació catalana* exclou de l'acció [sic] rescissòria per causa de lesió les compravendes o alienacions fetes mitjançant subhasta pública; i ho fa per la obvvia raó, com exposa la millor doctrina catalana, perquè el preu no el determinen lliurament les parts, sinó que ve determinant en funció d'una [sic] taxació objectiva prèvia i en una licitació pública posterior; i és per aquest motiu essencial, que la *Compilació catalana* presumeix «iuris et de iure», a fi de preservar la seguretat jurídica de l'adjudicació feta en subhasta pública, que en la venda en subhasta pública el preu obtingut és el més alt que es podia obtenir per la cosa venuda i que era el seu veritable valor en venda sense possible lesió per a ningú».

Y aunque no han faltado autores que opinan que dicha presunción solo debería ser *iuris tantum*, la común opinión doctrinal excluye la rescisión por lesión *ultra dimidium* en los supuestos de subasta judicial por entender que, en función de las circunstancias y formalidades que rodean la enajenación, el precio de remate debe considerarse el único valor en venta posible, y en el caso de las ventas forzosas, algunos autores entiende [sic] que concurren también razones de seguridad jurídica, relacionadas con la deseable estabilidad de los remates y del recobro de créditos» (cursiva del original; FD 4.º2; vid. también FD 4.º3 *in fine*).

Confirmando la sentencia de primera instancia, la de segunda instancia declara improcedente la nulidad de la escritura. Luciano interpone recurso de casación y entre otras cosas, alega dolo del comprador Manuel. El Tribunal Supremo entiende que no existió dolo, ni lesión, y no casa.⁷⁷⁸

Según el Tribunal Supremo:

«[...] que esto sentado, dentro de los motivos útiles del recurso, no aparece otra cuestión que deba resolverse más que la de la validez ó nulidad de la citada escritura de 11 de Febrero de 1904, *ora* por figurar como testigo de la misma [...] Pedro Martín Pastor, *ora por supuesto dolo, ora* por incapacidad de Balbás [Manuel], sin que sea dable confundir con ella la de la supuesta simulación, no siendo de estimar los motivos primero, cuarto y sexto, que á dicha pretensión se refieren; primero, porque dado el alcance y términos de la mencionada escritura, cualquiera que fuese su verdadera finalidad en la cesión entre Balbás [el comprador Manuel] y Cuadrado [el vendedor Luciano] de sus respectivos derechos como herederos de [...] Roberto [...], no aparece con interés alguno [...] Pedro Martín Pastor, interés que es obligado apreciarlo con relación á dicho documento; segundo porque Balbás [el comprador Manuel] no contrató como albacea, sino como coheredero, y *tercero, porque además de no poderse confundir la lesión mayor ó menor que uno pueda sufrir más o menos conscientemente al contratar[,] con el dolo ó engaño, y no existir justificación alguna de éste en los autos, tampoco se evidencia aquélla, puesto que el recurrente [el vendedor Luciano] la basa en cálculo que resulta arbitrario, por no constar de actos que merezcan el concepto de auténticos ni de documentos que lo evidencian»* (cursiva mía; cdo 2.º).

[C] STS 02.01.1924 (Pte. Excmo. Sr. D. Félix Ruz)

Brevemente, a primeros de febrero de 1919, Luis comenta a Víctor que había contratado una partida de estaño de Londres a precio que decía ventajoso y para emplearla en su fábrica de conservas y, si Víctor la recibía, Luis le compraba 500 kilos. Tras recibir constatación satisfactoria de Londres de los 1.000 kilos de estaño, Luis da cuenta de ello a Víctor el 7 de febrero y el 8 de febrero, Víctor le contesta que acepta la compraventa de los 500 kilos. Sin embargo, según expone Víctor, si bien el día 8 acepta «la oferta, por estimar de buena fe cierto cuanto le decía un amigo [Luis] de cuya sinceridad no podía dudar, tuvo noticias de que, tanto lo referente a permisos de exportación, como a los precios, era inexacto, pues había camino a España importantes partidas de estaño, y estas noticias, que procedían de fuente autorizada, le decidieron a anular el pedido [...] y al siguiente día, 9, fué a la finca» de Luis, «no encontrándole, dejándole un papel escrito, en el que manifestó que dejaba sin efecto la carta del día 8» y, encontrándose a Luis por el camino, le dijo lo mismo, mostrándose de acuerdo Luis, pero Luis retuvo la carta del día 8. El día 1 de abril, Víctor recibe el talón del ferrocarril de la mercancía y se da cuenta de todo el plan de Luis, y ante la imposibilidad de entenderse con Luis, «y para evitar el peligro que corría la mercancía si no se retiraba, hubo de promover el expediente de depósito del estaño». Luis demanda a Víctor

⁷⁷⁸ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

y pide dejar sin efecto el depósito que de la mercancía hizo Víctor a su nombre y que, en cumplimiento de la compraventa, ha de aceptar los 500 kilos de estaño y pagar a Luis 6.000 pesetas, con intereses legales y gastos de depósito. Por su parte, Víctor pide su absolucón de la demanda, pues no hubo contrato (hubo disenso) y, en caso de que fuera cierto lo afirmado por Luis, hubo dolo de Luis (palabras y maquinaciones insidiosas que le indujeron a la celebraci3n del contrato, y sin ellas, no lo hubiera celebrado). En primera y en segunda instancia se desestima la demanda de Luis. Luis recurre en casaci3n y alega infracci3n de los artícu los 1269 y 1270 CC en relaci3n con el artícu lo 344 CCO, pues, en la hipótesis de que hubiera habido dolo, que no lo hubo, Víctor entendía el engaño (lo sabía; el engaño no fue encubierto) y por ser comerciante conocía los precios de la mercancía que eran públicos y no puede alegar lesi3n económica (motivo 3.º)⁷⁷⁹. El Tribunal Supremo, que reconoce que hubo dolo causal de Luis, no casa.

En lo que interesa, el Tribunal Supremo dice:

«[...] que el artícu lo 344 del C3digo de Comercio que, como infringido por inaplicaci3n, se cita en el recurso, hace relaci3n a la concurrencia de lesi3n en los contratos de ventas mercantiles o en su cumplimiento, lo cual equivale a la existencia en dichos contratos del dolo incidental, que, por surgir con posterioridad a su perfeccionamiento, no determina su rescisi3n, pero sí la indemnizaci3n de daños y perjuicios por el contratante que hubiera procedido con malicia o fraude, caso legal éste distinto por completo del planteado, discutido, probado y declara-

⁷⁷⁹ Concretamente, Luis explica en el motivo 3.º de su recurso de casaci3n: «[...] Porque infringe la Audiencia de Albacete los artícu los 1269 y 1270 del C3digo civil y el 344 del de Comercio, pues aun admitiendo en hipótesis que sin declaraci3n sobre ello pueda apreciarse el dolo, la infracci3n es evidente, toda vez que si en la compraventa mercantil el 344 estima imposible dejar sin efecto el contrato por lesi3n, y sólo deja abierta la acci3n para indemnizar daños y perjuicios cuando hay malicia o fraude, cosa que aquí no ocurre, basta con citar el precepto opuesto al dolo concordándolo con la ley 25, título 34 de la partida séptima, en cuanto al extremo relativo a la clase y condici3n de las mercancías, puesto que dicha ley de Partida dice que quien se deja engañar entendiéndolo no puede querrellarse como engañado, porque el engaño no le fue hecho encubiertamente, pues que lo entendía, lo cual demuestra la ausencia de la característica del dolo que se aprecia, siendo bien de aplicar esto al caso actual por tratarse de un comerciante que conoce y sabe los precios perfectamente, por estar al frente de un establecimiento de ferretería, en el que entró de aprendiz, y no puede querrellarse por lesi3n económica; a más que, admitiendo a estos efectos cuanto se expresa sobre conversaciones, etc, ello no sería dolo causante, pues todo gira alrededor del precio que era público, y si la sentencia de 8 de Abril de 1903 dice que la publicidad en el Registro de la Propiedad se opone a la ocultaci3n maliciosa y a la alegaci3n de dolo, de la misma manera la profusi3n de boletines y anuncios de estaño traídos por el propio Guillam3n se oponen al desconocimiento de las circunstancias del mercado y a la alegaci3n eficaz del dolo, resultando patente la infracci3n de los artícu los 1269 y 1270, ya que se opone a toda maquinaci3n la ausencia misma del recurrente entendiéndose por carta con Guillam3n, y las facilidades de éste para enterarse en Murcia de las condiciones del mercado se oponen a la insidia y al encubrimiento, sin que pueda dar lugar al dolo civil el fracaso de Guillam3n en su propósito de comprar a doce lo que, como otras veces, podía vender a treinta; y si, como dice la Sala, el precio aceptado fue el de coste, si éste no era el de doce pesetas, sólo este extremo podrá discutir, sin que en ello quepan insidias ni maquinaciones, pues el mercado está para contrastar, demostrando aún más la infracci3n el hecho de considerar justificativo el dolo el boletín de la Casa Escámez de 22 de Enero de 1919, o sea muchos días antes de celebrarse el contrato, y que era conocido por Guillam3n, y, en su consecuencia, si se conocía en 22 de Enero el precio del estaño, no cabe interpretar como insidiosa maquinaci3n lo acaecido el 8 de Febrero» (rdo 5.º de la STS 02.01.1924).

do por el Tribunal *a quo* en su sentencia recurrida, en la que reconoce con gran acierto por la apreciación conjunta de las pruebas, la existencia del dolo causante o grave que, por viciar el consentimiento, origina la nulidad del contrato o convención jurídica discutida, lo cual evidencia que con el caso actual no guarda relación alguna el aludido precepto del citado Código mercantil, siendo, por consiguiente, desestimable el tercer motivo del recurso» (cdo 1.º).

3.16 La prueba del dolo. El incumplimiento de deberes de información en relación con la prueba del dolo, y del error del artículo 1266 CC

A) La doctrina de los autores

[99] *Sobre a quien corresponde la carga de la prueba del dolo*, el Código civil nada dispone específicamente y el que alega haberlo padecido, habrá de probarlo (vigente art. 217.2 LEC)⁷⁸⁰. Para acreditarlo, la víctima del dolo puede emplear todo medio de prueba admitido por ley. En el juicio, podrá utilizar el interrogatorio de partes, documentos privados y públicos, dictamen de peritos, reconocimiento judicial, interrogatorio de testigos, y *además* podrá hacer uso de las presunciones (vigentes art. 299 LEC, arts. 301 ss. LEC). Entre los autores, es común afirmar que el dolo no se presume y debe probarse⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ Al respecto, la nota inmediatamente siguiente.

⁷⁸¹ *Por ejemplo*, para la prueba del dolo, y en general, con alusiones a la jurisprudencia, según:

a) MANRESA Y NAVARRO, «hay una regla común á toda clase de dolo [se refiere al del art. 1102 CC, y al de los artículos 1269 y 1270 CC], ó sea la de que éste no se presume, debiendo, por tanto, probarse; estando declarado así por muchas sentencias, y entre otras, por la de 30 de Noviembre de 1896, en la cual se dice en absoluto que «el error y el dolo no se presumen»» [«Artículos 1269 y 1270» (1901) p. 623].

b) DE COSSÍO Y CORRAL, «[...] teniendo en común uno y otro [el dolo del art. 1269 CC, y el del art. 1102 CC] el de no presumirse por el derecho, debiendo ser probados ambos por quien alega su existencia (sentencia de» 15.03.1934) (p. 326); «[q]ue el dolo no se presume nunca, y es cuestión de hecho de apreciación exclusiva de la Sala, se repite con machacona insistencia en las» SSTS 30.11.1896, 21.12.1906, 08.11.1919, 25.05.1921, 24.03.1930, 25.11.1932, 31.03.1942, «entre otras muchas que pudiéramos citar» (p. 352); ambas citas de (1955).

c) ALBALADEJO, «[e]l dolo ha de ser probado por quien lo alegue» [ADC (1957) p. 997].

d) MORALES MORENO, «[e]l dolo exige ser probado por quien lo invoca. Es rechazable cuando no se ha probado su existencia (por ejemplo,» SSTS 31.10.1924, 25.10.1928, 21.05.1982, 27.01.1988, 30.06.1988, 07.07.1989 [(1993a) p. 405].

e) LLOBET I AGUADO, «[e]l Tribunal Supremo tiene declarado que el dolo no se presume nunca, y es cuestión de hecho de apreciación exclusiva del Tribunal sentenciador (Sentencias» 21.05.1961, 31.03.1942, «entre otras») [(1996) p. 187].

f) FUENTESECA, «[a]sí como la buena fe se presume, el dolo ha de ser probado. Ello sucede con el dolo unilateral, esto es, el que concurre únicamente en una de las partes contratantes. Pero asimismo cabe mantener idéntica solución para el dolo recíproco»; «[a]simismo diversas posiciones doctrinales se han vertido en torno a la necesidad de prueba del dolo. También la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha manifestado acerca de este aspecto» [(2002) p. 135].

g) DE VERDA Y BEAMONTE, el dolo «[s]e trata, en definitiva, de un error esencial o determinante de la prestación del consentimiento, cualificado por la circunstancia de haber sido inducido por una conducta

[A] Dos advertencias conviene que haga, antes de comenzar el desarrollo del presente apartado.

[A.1] Para la *primera*, acudo a Pasquau Liaño, que *para los vicios del consentimiento* señala, que «[e]l consentimiento se presume libremente formado, de tal modo que quien invoca la existencia de un vicio debe probarlo; *la prueba del vicio debe ser plena, pues los vicios tienen un carácter excepcional muy acusado, dado que la falta de rigor y cautela en su apreciación mermaría considerablemente la seguridad del tráfico y la estabilidad de los contratos.* Tales afirmaciones son muy recurrentes en la jurisprudencia» (cursiva mía)⁷⁸².

[A.2] La *segunda* consiste, simple y genéricamente, *en recordar* que, debido al extenso periodo temporal que de la jurisprudencia abarco, hay conocidos cambios normativos procesales.

Al respecto, es relativamente frecuente que, en su recurso de casación, el recurrente considere que los hechos fueron distintos de los considerados probados en las sentencias de instancia, o considere que procede distinta valoración. Por ello, en los recursos de casación y en las sentencias del Tribunal Supremo es frecuente encontrar consideraciones sobre medios de prueba y también sobre presunciones. *Originariamente*, los artículos 1214 a 1253 CC regulaban la prueba de las obligaciones (documentos públicos y privados, confesión, inspección personal del juez, prueba de peritos, de testigos, presunciones) y la DD única 2.1.º de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 *derogó* los artículos 1214 y 1215 (disposiciones generales), 1226 (documentos privados), 1231 a 1239 (confesión), 1240 y 1241 (inspección personal del juez), 1242 y 1243 (peritos), 1244 a 1248 (testigos) y 1249 a 1253 (presunciones)⁷⁸³ CC, *dejando vigentes* los artículos 1216 a 1224 (documentos públicos) y 1225 y 1227 a 1230 (documentos privados). Además, en muchos de los recursos de casación y en las sentencias del

dolosa de la parte contraria, extremos éstos, que han de ser probados cumplidamente, pues, como afirma reiterada jurisprudencia «[e]l dolo no se presume, sino que debe ser acreditado por quien lo alega, no pudiendo admitirse por meras conjeturas o deducciones» (STS 12 junio 2003)» [RdP (2006) p. 26; en nota 2 de p. 26, «[e]n el mismo sentido se pronuncia la STS» 11.06.2003.

h) LYCZKOWSKA, «existen muchos casos jurisprudenciales en los que se alega dolo, sin aportar prueba alguna del mismo. Y es jurisprudencia reiterada que el dolo no se presume, siendo imprescindible su demostración por la parte afectada que lo alega» [ADC (2009) p. 445].

i) DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, «el dolo debe ser probado. La STS 3.3.2021 declaró que «el dolo principal o causante (*causam dans*) no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alegue, pues ni se presume, ni bastan al efecto meras conjeturas» [(2021) p. 239].

⁷⁸² PASQUAU LIAÑO, «Artículo 1265» (2009) p. 2325; *vid.* hasta p. 2326.

⁷⁸³ En el XX de la EM de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se apunta: «[e]n lo que afecta al Código Civil, ha de destacarse que, si bien se suprimen las normas relativas a los medios de prueba, se mantienen aquellos preceptos relativos a los documentos que pueden tener relevancia, y no pequeña, en el tráfico jurídico. Algunos de esos preceptos que permanecen mencionan expresamente la prueba, pero, además de no ser contradictorios, sino armónicos, con los de esta Ley, *ha de entenderse que tratan de la certeza y eficacia extrajudiciales. La raigambre de dichas normas ha aconsejado no derogarlas, sin perjuicio de la posibilidad de que, en el futuro, sean perfeccionadas*» (cursiva mía; *vid.* además el XI de la EM).

Para la prueba de presunción judicial, *infra*, nota 785.

Tribunal Supremo analizadas, se cita el artículo 1692 LEC de 1881, y en otras más tardías, lógicamente, el artículo 469 para el recurso extraordinario por infracción procesal y el artículo 477 para el recurso de casación, ambos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (*vid.* el XIV de la EM LEC). *Ahora bien, como podrá comprobarse a continuación, la doctrina sobre la prueba del dolo es la misma, en el tiempo, en su esencia, y con carácter general.*

Por último y sobre la prueba del dolo, si bien analizo el dolo en los contratos, el propio Tribunal Supremo cita en apoyo para la prueba del dolo, sentencias que versan sobre testamento (art. 673 CC).

[100] Acerca de *qué debe probarse*, el contratante que sufrió el dolo acreditará los requisitos que *supra*, [33] y sintéticamente expuse (además, *supra*, [34] [A]).

Aseverado lo anterior, entre los autores se señala la dificultad de acreditar el *animus decipiendi* del que actuó con dolo. *También se apunta para los casos de error provocado (de error inducido) por dolo* que, puesto que en el Código civil se regula el vicio del consentimiento del error (art. 1266 CC), es más cómodo y fácil encauzar la *anulación* contractual por el vicio del error, que por el del dolo. En el error del artículo 1266 CC, no ha de probarse que hubiera *animus decipiendi* alguno. Indican la mayor facilidad probatoria del error del artículo 1266 CC frente a la del dolo, por ejemplo, Rojo Ajuria, De Verda y Beamonte, y Carrasco Perera. Por su parte, De Cossío y Corral, que recuerdo escribe en 1955, se ocupa de la prueba de que existió error, y para los casos que puedan encajar en los artículos 1266 y 1269 y 1270 CC explica que la prueba de que existió el error del artículo 1266 CC se hace mediante presunciones, y la de que existió error por dolo, dado que las maquinaciones o artificios fraudulentos son hechos materiales, siendo exterior la conducta del que lo hizo (prueba directa), ello basta para acreditar el vicio de la voluntad (el dolo es base sólida para presumir que hubo el error) y, si el autor de la maquinación quisiera demostrar que el dolo no fue la causa determinante de la celebración del contrato, podrá probar que el otro contratante sabía cómo eran realmente los hechos o, que dicho otro contratante habría, en todo caso, contratado. Por último, he de apuntar que es frecuente, por parte del que pide la anulación del contrato, que judicialmente ejercite la acción por error del artículo 1266 CC y la de dolo de los artículos 1269 y 1270 CC.

Hecha esta síntesis global, cada uno de los antes citados autores defienden lo expuesto como sigue.

[A] *La reflexión de De Cossío y Corral:*

[A.1] *Sobre que es más fácil y más útil acudir al dolo, que al error del artículo 1266 CC, dice:*

«[O]bservan Roca y Puig, [que] *existe cierta diferencia entre el error y el dolo a efectos de la prueba*. Cuando se trata de dolo causante o, propiamente dicho, que no afecta a los motivos, esto es, que provoca un error que ya produciría la nulidad del contrato, según la teoría del error (error esencial fortuito), la parte perjudicada tiene la posibilidad de hacer abstracción del dolo y acudir simplemente a la impugnación por error, ya que se dan exteriormente los supuestos de error invalidatorio. La ley no puede obligar a que se exprese la causa del error, esto es, a especificar si fué provocado o fortuito. *Ahora bien, esto carece en general de utilidad práctica. Lo práctico será utilizar la acción de dolo y no la de error*, lo cual muestra claramente la diferencia entre ambas figuras. *El error en sí es algo íntimo, psicológico, pues es una creencia o estado de ánimo secreto que no tiene exteriorización. En cambio el dolo supone una maniobra, artificio o maquinación, es decir, algo materialmente exterior, y, por lo mismo, fácil de probar*. Así, cuando por engaño hay un error esencial o un error obstativo, *si bien surge indudablemente una acción de impugnación por error, es mucho más útil emplear la acción de impugnación por dolo, por ser más fácil de probar*. Añádase a esto que, [...] el acudir a la acción de dolo da lugar al resarcimiento de daños y perjuicios, que no sería posible si se ejercitase solamente la [acción] de error» (cursiva mía)⁷⁸⁴.

[A.2] *Sobre que el contratante, víctima del dolo, padeció un error, una vez probadas las maquinaciones o artificios*, dice ahora:

«Como observa Perrin, la labor del Juez que dicta una resolución, puede descomponerse en tres fases, comprende tres etapas sucesivas: debe, ante todo, constatar la existencia de los hechos alegados que han de servir de base a su decisión; en segundo lugar, debe encuadrar estos hechos en una de las categorías establecidas por la ley, darles una calificación legal; finalmente, ha de aplicar a estos hechos las consecuencias jurídicas prevenidas por la norma que ha estimado aplicable. De estas tres fases, la primera supone una mera cuestión de hecho, que surge de la valoración de las pruebas practicadas, y que es de la incumbencia exclusiva del juzgador de instancia. Así, cuando decimos que el dolo debe probarse y que su apreciación corresponde al Tribunal a quo, lo único que queremos decir es que no basta la mera alegación del dolo, sino que hacer falta aportar su prueba, y que esa prueba debe ser valorada exclusivamente por el Juez: tal es el alcance de la cuestión de hecho a que se limita el primer momento de la intervención judicial. Los dos momentos ulteriores, plantean cuestiones meramente de derecho, de la competencia del Tribunal de casación. En efecto, el determinar si unos hechos que el juzgador de instancia considera probados, encuadran o no en la definición que el C. c. nos ofrece del dolo, es un problema exclusivamente jurídico y no una mera cuestión de hecho.

Ahora bien, el problema jurídico, naturalmente, habrá de resolverse mediante la aplicación debida de los preceptos legales, la cuestión de hecho, por la apreciación de las pruebas aportadas. En cuanto a este segundo punto, se hace

⁷⁸⁴ DE COSSÍO Y DEL CORRAL (1955) pp. 321-322. Las mismas ideas las defiende LLOBET I AGUADO (1996) p. 149.

precisa una aclaración: *normalmente se estima, según hemos visto, que el dolo vicia el consentimiento en cuanto produce un engaño, y, como consecuencia del mismo, un error en quien padece sus consecuencias; pero, ¿será necesario demostrar aquí, no sólo la existencia de maquinaciones o artificios, traducidos en hechos externos, sino además la existencia de un hecho psicológico, cual es el error?* Si la prueba del error ha de producirse necesariamente mediante presunciones⁷⁸⁵, el dolo, por sí solo, es una base sólida para establecer una presunción

⁷⁸⁵ Sobre la *presunción judicial*, recuerdo:

a) *A propósito del (derogado) artículo 1253 CC.* DE COSSÍO Y CORRAL escribe el fragmento que de él reproduzco en el cuerpo del texto vigente dicho artículo 1253 CC, según el cual: «Para que las presunciones no establecidas en la ley sean apreciables como medios de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

En 1993, SERRA DOMÍNGUEZ explica que tres son los elementos de la presunción judicial, reflejados en el artículo 1253 CC; esto es, «el hecho demostrado»; la afirmación presumida: «el hecho que se trate de deducir», y «el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (p. 426).

Sobre «[l]a afirmación base [cursiva mía] [esta] debe resultar acreditada por cualquier medio de prueba, siendo posible también, pese a algunas resoluciones jurisprudenciales (STS 19-V-61, 17-II-66, y 9-I-85), acreditarla a través de otras presunciones» (p. 426). Además, «[e]l carácter no reglado de la afirmación base determina que esta pueda ser integrada por un solo hecho o por varios coincidentes, en cuyo caso «la deficiencia o escasa fuerza probatoria que cada hecho aisladamente considerado pudiera tener se robustece y complementa con los demás» (STS 2-IV-56)» (p. 426).

Para la afirmación presumida, SERRA DOMÍNGUEZ apunta que es la «única relevante para el juicio de hecho de la sentencia, debe ser alegada por las partes y puede ser acreditada tanto a través de los medios de prueba como mediante la actividad presuntiva. Las presunciones se forman mentalmente por el juzgador, sin que sea necesario procedimiento alguno», siendo «indispensable [...] que la afirmación presumida sea totalmente distinta de la afirmación base y situada a un nivel superior, no existiendo presunciones, sino simples conjeturas o sospechas, cuando el juzgador declare presumido un hecho sin más» (pp. 426-427).

Por último, para «[e]l enlace entre ambas afirmaciones» (cursiva mía), este «constituye la nota distintiva de la presunción judicial» y «es elegida por el juzgador caso por caso» (p. 427). Explica SERRA DOMÍNGUEZ, que «[l]a jurisprudencia del TS ha interpretado el art. 1253 CC en el sentido de que «las reglas del criterio humano no son otras que las de la lógica o recta razón, y en este sentido dicho enlace no ha de consistir en otra cosa sino en la conexión o congruencia entre ambos hechos de suerte que el conocimiento de unos nos lleve como consecuencia obligada de aquella lógica o recta razón al conocimiento de otro» (STS 30-VI-88, que reitera la doctrina contenida en las de 14-IV-58, 28-VI-61 y 9-I-85, entre otras). Dicha doctrina jurisprudencial es plenamente correcta, y nos muestra que las reglas del criterio humano son equivalentes a las reglas de la sana crítica empleadas en otros preceptos procesales, y que en definitiva ambas constituyen la expresión legal de las máximas de experiencia aplicadas a la actividad probatoria. En la realidad extraprocesal los hechos no se presentan aislados, sino relacionados entre sí, bien en sucesión de causa a efecto, bien mediante un orden lógico y regular. Cualquier persona, y por consiguiente también el juzgador, al contemplar la sucesión ordenada de tales hechos, se forma unos *standards* de conducta en méritos del cual acaecido un hecho determinado estiman «normalmente» acaecidos también todos aquellos hechos que acostumbra a acompañar al primero. La STS 4-VII-80 centra las reglas del criterio humano «en la elemental lógica de lo razonablemente común». En definitiva, el principio ya estudiado de normalidad [...], actuado en función de criterios de causalidad y oportunidad, es el que justifica la correcta formación del enlace. Con la particularidad de que al depender dichos principios de juicios de valor del juzgador, tienen un carácter subjetivo y dependen en cada caso concreto de su mejor o peor preparación. / Estas consideraciones justifican que la eficacia de las presunciones judiciales sea independiente de su reconocimiento legal y de su valor jurisprudencial. Aunque las leyes prohibieran o limitaran las presunciones judiciales, estas, al formar parte de las propias actitudes mentales del juzgador como integrado en una sociedad determinada, seguirían determinando el juicio de hecho de la sentencia. Incluso, tanto una eventual limitación legal, como la actual desconfianza jurisprudencial, únicamente se

de error, cuya prueba quedará extraordinariamente facilitada cuando se hayan producido maquinaciones o artificios fraudulentos, siendo, en este sentido de la prueba del error, indiferentes que las mismas hayan sido perpretadas por una de las partes o por un tercero a la relación contractual.

Pero del hecho de que el error, como vicio sustantivo del consentimiento, haya de ser probado mediante presunciones necesariamente, no se infiere la misma consecuencia en cuanto al dolo, el cual, al traducirse en una conducta exterior, en determinados hechos materiales, es susceptible de prueba directa: demostrada la existencia de las maquinaciones o artificios, no es necesario establecer presunción alguna, sino que tales actuaciones son suficientes para acreditar la existencia de un vicio de la voluntad. Al autor de tales maquinaciones corresponde demostrar, si es que así le interesa, frente al hecho del dolo, que

traducirían en la práctica en un enmascaramiento de las presunciones judiciales, declarando probados externamente en la sentencia mediante el recurso a la «apreciación conjunta de la prueba» hechos cuya convicción se ha formado a través de presunciones./ Para evitarlo es menester abandonar la doctrina jurisprudencial sobre el valor supletorio o subsidiario de las presunciones, así como la máxima de que «el Juez no está obligado a utilizar la prueba de presunciones» (STS 24-III-56, 12-XII-60, y 4-II-61, entre otras), y tener presente que el art. 1253 no es un precepto meramente admonitorio, que aconseje al juzgador sobre las características del enlace, sino un precepto que al fijar la estructura de la presunción, le obliga a declarar probado un hecho siempre que esté relacionado con otro hecho probado en forma precisa y directa según las reglas del criterio humano» (p. 427).

Más allá de lo anterior, el juicio de la presunción judicial puede revisarse en casación. Según SERRA DOMÍNGUEZ, «[r]evelador de la importancia práctica de las presunciones en el juicio de hecho de la sentencia resulta que mientras la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que las reglas de la sana crítica mediante las que deben valorarse los diversos medios de prueba no tienen acceso a la casación, haya admitido en cambio la revisión en casación de las reglas del criterio humano recogidas en el art. 1253./ Una reiterada jurisprudencia admite una doble vía de impugnación de las presunciones en casación: bien denunciando error en la apreciación de la prueba justificado documentalmente al amparo del motivo 4.º del art. 1692 LEC, o en su caso error de derecho amparado en el motivo 5.º del propio artículo de haberse infringido una norma legal de prueba [...], bien denunciando la infracción de las reglas del criterio humano al amparo del motivo 5.º del art. 1692 con cita del art. 1253 CC (STS 3-V-83, 18-III-88 y 16-IX-88). En este segundo supuesto el recurso de casación puede ser estimado: a) Cuando la presunción fundada por el tribunal de instancia se funde en un razonamiento absurdo, ilógico o inverosímil, en cuyo caso el TS casará la sentencia para declarar improbadamente la afirmación presumida (STS 13-III-58, 1-II-61, 3-X-79, 24-V-80, y 23-II-87). b) Aun cuando sea excepcionalmente, procede la formación en casación de presunciones no apreciadas por el tribunal de instancia, siempre que se trate de materia discutida en el proceso y exista el enlace preciso y directo exigido por la ley» (cursiva mía; p. 428).

Todas las citas de SERRA DOMÍNGUEZ de (1993).

b) *A propósito del artículo 386 LEC. Hoy, el artículo 386 LEC dispone para las presunciones judiciales: «1. A partir de un hecho admitido o probado, el Tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.*

La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el Tribunal ha establecido la presunción.

2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior [385 LEC].».

Y según el citado artículo 385 LEC: «Presunciones legales/ [...] 2. Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción./ [...]».

*éste no fue causa determinante del contrato, acreditando, por ejemplo, el hecho positivo de que la contraparte, a pesar de sus maquinaciones, tenía un conocimiento de la realidad de los hechos, o bien, que hubiera en todo caso contratado, aunque hubiese tenido tal conocimiento»*⁷⁸⁶.

[B] *La reflexión de Rojo Ajuria*

«En un ordenamiento jurídico que configura el dolo y el error como dos vicios diferentes pueden plantearse, como dice Trabucchi [apellido, mayúsculas en el original], tres hipótesis: en un primer caso sólo es relevante el error, porque se ha formado espontáneamente, o ha sido provocado por un tercero; en un segundo caso sólo será relevante el dolo, porque los motivos que han inducido a contratar no serían suficientes para una anulación por error; y, en tercer lugar, los dos vicios pueden concurrir.

En tal caso, creemos [Rojo Ajuria] que, como establece Trabucchi [apellido, mayúsculas en el original] hay que descartar un problema de concurrencia de normas, o una graduación de las distintas causas de anulabilidad, *admitiendo el principio general de un posible concurso acumulativo de varias causas de anulabilidad* [esta cursiva mía]. Así lo estableció claramente la sentencia de 3 de julio de 1954: «éste (error) y el dolo son dos vicios distintos, definidos, respectivamente, en los artículos 1266 y 1269 Cc, y que si invalidan el consentimiento por ellos prestado no tienen entre sí relación de dependencia, por lo que separadamente se pueden dar»⁷⁸⁷. Se trataba [en dicha sentencia] de un convenio de deslinde y se había solicitado la anulación por dolo y por error. El juez de primera instancia no estimó justificado, para destruir la presunción general de buena fe, que el demandado produjese el error dolosamente. Atendiendo a que en la súplica se pedía tanto la nulidad por error, como por dolo, el Tribunal Supremo establece que no es incongruente, ni concede así menos de lo pedido, la sentencia que, no habiéndose probado el dolo, pero sí la realidad de un error que priva de validez al consentimiento prestado, anula el contrato⁷⁸⁸. En sentido contrario, si en la de-

⁷⁸⁶ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) pp. 352-354; y en p. 346: «[...] la prueba del dolo, elemento traducido en actos exteriores, será siempre más fácil que la del error, hecho meramente interno de difícil demostración. Pero si el dolo existe y se demuestra grave, de él surgirá naturalmente la prueba de ese error. Únicamente cuando ese error no sea sustancial, sino que se refiera, por ejemplo, a los motivos subjetivos, tendrá interés la distinción [entre dolo y error]».

⁷⁸⁷ Sobre esta STS 03.07.1954 (Pte. Excmo. Sr. D. Mariano Miguel y Rodríguez), la nota inmediatamente siguiente.

⁷⁸⁸ a) Concretamente, en lo que ahora interesa de la citada STS 03.07.1954 (Pte. Excmo. Sr. D. Mariano Miguel y Rodríguez), según el Tribunal Supremo:

«Que afirma la sentencia recurrida, con apreciación de las pruebas, la realidad del error de hecho acusado por la demandante [María] en la actualización de los antiguos lindes de las fincas mencionadas, por ser el «Rech del Mit» una construcción reciente que nada tiene que ver con la antigua «Riera de Pedret» con la que se le identifica en la escritura de deslinde de 29 de enero de 1947, y *estimándolo así, repunta la Sala de instancia a esta escritura creadora de una situación incompatible –en el sentido de no querida– con la verdadera intención de los contratantes [María y Narciso] que fijaron los antiguos límites como elementos básicos en la construcción del negocio, pero no estima justificado, para destruir la presunción general de buena fe, que don Narciso S. [demandado] produjese el error dolosamente»* (cursiva mía; cdo 3.º).

manda se hubiese pedido la anulación por dolo y el juez la concede por error, o si se pide la nulidad por error y se concede por dolo, la sentencia habría de calificarse de incongruente. [...]

[...]

Desde el punto de vista práctico se ha mantenido que es más fácil probar el dolo que el error, ya que en el dolo hay algo materialmente externo, y, por lo mismo, más fácil de probar [Rojo Ajuria cita en nota a pie de página a De Cossío y Corral y cfr. con lo que de este último expongo en la anterior [A]⁷⁸⁹]. El error, en cuanto psicológico, no puede exteriorizarse. Pero si prescindimos de esta visión exclusivamente psicológica, y atendemos a la jurisprudencia, creemos [Rojo Ajuria] que la realidad es bien distinta. El panorama jurisprudencial [...] muestra que

«Que en esta doble apreciación por el Tribunal «a quo» de la existencia de un error de hecho que vició «de nulidad el consentimiento prestado por la contratante doña María G.», y de la falta de concurrencia demostrada del dolo y de las maquinaciones insidiosas atribuidas por aquella [María] al demandado don Narciso S., funda este recurrente [Narciso] el sexto de los motivos de su recurso [de casación], entendiéndolo comprendido en el número segundo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con infracción del artículo 359 del Código [sic], aduciendo que pedido por los actores [María] que se declarase la nulidad de los contratos sobre la base de apreciar la existencia de dolo grave en la maquinación urdida por don Narciso S. para inducir a error y a contratar a doña María G., al negar la sentencia tal supuesto no podía congruentemente declarar nulos los contratos, mas el motivo es desestimable por la también doble razón de que además de que con separación tan marcada que los dota de posibilidad de ser estimados o desestimados separadamente, *aparecen pedidos en la súplica de la demanda los pronunciamientos sobre existencia del dolo y sus efectos y declaración de nulidad por error en lo convenido, éste y el dolo son dos vicios distintos, definidos, respectivamente, en los artículos 1266 y 1269 del Código Civil, y que si invalidan el consentimiento por ellos prestado no tienen entre sí relación de dependencia, por lo que separadamente se pueden dar, de modo que si se acusa un error como determinado por dolo de uno de los contratantes y no se demuestra esta imputación, pero sí la realidad de aquel vicio que priva de validez al consentimiento prestado, no será incongruente la sentencia que declare una nulidad fundada en la existencia del error y que al hacerlo así concede al demandante menos de lo por él pedido*» (cursiva del original; cdo 4.º).

Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

b) En 2009, PASQUAU LIAÑO apunta para la jurisprudencia, «aunque es cierto que en no pocas ocasiones [el Tribunal Supremo] no se cuida de precisar si el vicio invalidante es uno u otro cuando potencialmente concurren varios: así, la STS 3 julio 1954 [...] [para la misma, la anterior a) de esta misma nota] niega que sea incongruente la sentencia que anula el contrato por error cuando se pidió la nulidad por dolo grave, y las SSTs 20 abril 1965 [...], 6 junio 1953 [...] [para esta última, la siguiente c) de esta misma nota] y 20 enero 1964 [...] restan importancia al problema de si existió o no dolo, pues bastaba con la existencia de error padecido por el demandante» [cursivas, negrita en el original; «Artículo 1265» (2009) p. 2325]. Extracto los hechos de todas las sentencias citadas por PASQUAU LIAÑO *infra*, en el Anexo de sentencias.

Más allá y sobre si la jurisprudencia anula el contrato por error o por dolo, *vid.* también las consideraciones de CARRASCO PERERA que reproduzco en el cuerpo del texto en [D], de este mismo [100].

c) De las sentencias citadas por PASQUAU LIAÑO en la anterior b), por ejemplo, en la STS 06.06.1953 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan Serrada Hernández), en la que se conoce de la compra de un edificio, habiéndose estimado en segunda instancia que el comprador sufrió error del artículo 1266 CC, el Tribunal Supremo, que no casa, manifiesta: «[...] sin que por último pueda ser obstáculo para la declaración de nulidad la posibilidad del ejercicio de otras acciones por parte del comprador, como la que en su favor reconoce el artículo 1486 del Código Civil, que es aplicación, del principio de nulidad por error, pues ningún precepto de nuestro Código excluye la concurrencia de la acción de impugnación por error con las que derivan de otros artículos, cuya elección corresponde aquel a quien asisten» (cdo 3.º).

⁷⁸⁹ Según ROJO AJURIA, «Cossío, pág. 322, citando Roca y Puig [apellidos, mayúsculas en el original]» [(1994) nota 65 de p. 204].

la gran mayoría de las alegaciones de dolo son rechazadas por falta de prueba. La determinación de la esencialidad del error se hace en relación con el contenido del contrato, y de acuerdo a mecanismos objetivos y criterios del tráfico. *En definitiva, resulta más fácil probar un error acerca de la edificabilidad de un terreno* (basta poco más que el precio pagado), *el mal funcionamiento de una máquina, que los manantiales no existen o no son potables, ... que la prueba de la intención dolosa* [cursiva mía]. Recuérdese la [antes mencionada] sentencia de 3 de julio de 1954: no estaba justificado destruir la presunción general de buena fe ⁷⁹⁰.

[...] ⁷⁹¹.

⁷⁹⁰ Vid. el cdo 3.º de la STS 03.07.1954 (Pte. Excmo. Sr. D. Mariano Miguel y Rodríguez) que transcribo *supra*, en la segunda nota anterior a esta, en a).

⁷⁹¹ a) En los puntos suspensivos, ROJO AJURIA se refiere a la STS 20.04.1965 (Pte. Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca) y hace la siguiente consideración: «La sentencia de 20 de abril de 1965 nos muestra en [sic; el] caso (de solar no edificable) en el que la Audiencia duda ante la calificación de dolo dada en primera instancia, por «la dificultad de llegar a la afirmación rotunda de tal dolo, por lo que tiene de subjetivo la acción humana». El Tribunal Supremo quita importancia a las vacilaciones de la Audiencia sobre la base de que el contrato sería en todo caso anulable, porque el suplico de la demanda había mencionado también el error esencial. Nótese que lo subjetivo, o psicológico, ha pasado a ser la intencionalidad (dolosa). Ante tal dificultad, la jurisprudencia parece tender, cuando el error es jurídicamente relevante y causa de anulación en sí mismo, a considerar, como decía Stolfi [apellido, mayúsculas en el original], que no es necesario indagar acerca de la causa de tal error» [(1994) p. 205]. Extracto los hechos de esta STS 20.04.1965 *infra*, en el Anexo de sentencias, sin perjuicio de lo que a continuación indico.

b) En esta STS 20.04.1965 (Pte. Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca) y en lo que interesa, según el Tribunal Supremo:

«Que el recurrente [el vendedor Rufino], en el motivo cuarto de su recurso [de casación], sostiene que la Sala interpretó erróneamente el art. 1265 –antes alegó que lo había aplicado indebidamente–, y los 1269 y 1270 del C. Civ., pues según él, no ha concurrido dolo por su parte, ni su existencia se deduce de las afirmaciones que contiene la sentencia de apelación, que se limita a decir del vendedor [Rufino] «que no procedió con la lealtad debida, y enajenó, como edificable, una porción de terreno donde *podía constarle* no existía de momento autorización para ello... falta de autorización que posteriormente ya ha plasmado en prohibiciones expresas» (cdo 8.º).

«Que aunque es verdad que la Sala de apelación, en el razonamiento cuarto de su sentencia se expresa en esos términos dubitativos que indica el recurrente [el vendedor Rufino], y no en los rotundos y categóricos que convenían a un fallo que declara la nulidad de un contrato por concurrir dolo en una de las partes contratantes, sin embargo no es menos cierto: Primero. Que dicha Sala, *accepta y da por reproducidos*, en lo *esencial*, los Considerandos de la sentencia objeto del recurso; y Segundo. Que esta sentencia del Juzgado, proclama categóricamente, la existencia de unos hechos relevantes, de los que deduce la presunción racional, de que al vendedor [Rufino] le constaba que... había agotado el volumen de edificación total permitido, cuando vendió la parcela sobrante, dando la impresión de que «no sólo conocía... con una certeza casi real que en el terreno que vendió a la actora [la compradora Ignacia], no se podía edificar... sino que incluso obra con mala fe al realizar la venta en cuestión, opinión esta que se refuerza al incluir un pabellón construido sin ninguna autorización» (cdo 9.º).

«Que en último término, la sentencia de apelación, no emplea el argumento de la concurrencia de dolo en el vendedor [Rufino], como motivación única para construir la tesis de la nulidad de la compraventa litigiosa, sino que lo utiliza a mayor abundamiento, y por eso comienza por afirmar en el cuarto Considerando, que la existencia del error padecido por la compradora [Ignacia], «bastaría para estimar la procedencia de la resolución, por nulidad del consentimiento –arts. 1265 y 1266 del C. Civ.–», y después agrega «que además se ha alegado también como fundamento de la acción y se aceptó en la sentencia. 111... [sic] la existencia en el vendedor [Rufino], del dolo causante y grave», que termina por admitir ha incurrido en el caso de autos, aun reconociendo «la dificultad de llegar a la afirmación rotunda de tal dolo, por lo que tiene de subjetivo la acción humana»» (cdo 10.º).

«Que, por lo tanto, aunque la sentencia de primera instancia no hubiese proclamado categóricamente la existencia del dolo en el vendedor [Rufino], y hubiese que atenerse a los términos dubitativos de la

[...], se va a producir un fenómeno que va a favorecer la apreciación del error en detrimento del dolo. *La prueba del error es más fácil mediante la demostración de actos destinados a engañar*, y, como dice Ghestin [apellido, mayúsculas en el original], *es más normal equivocarse cuando a uno le equivocan, que caer espontáneamente en el error. La existencia de mala fe en la otra parte facilita así la admisión de la existencia de error; pero, requiriendo el dolo intención de engañar y no bastando una simple negligencia, se evita entrar en tales matizaciones acerca de la conducta del que ha provocado el error.* Nótese que para la indemnización por daños es también suficiente la culpa. *En definitiva, casos que podrían ser de dolo, demostrada la intencionalidad del autor, se mantienen en el ámbito del error* [cursiva mía].

La coexistencia del dolo y el error como dos vicios del consentimiento independientes es posible, pero creemos [Rojo Ajuria] que cuanto más ampliamente se admite la relevancia jurídica del error, tanto desde la construcción dogmática como desde el punto de vista práctico, *el dolo tiende a ocupar un papel secundario, subordinado al del error.* Ahora bien, la constatación de un fenómeno de subordinación real de una figura a la otra, no nos obliga a abandonar el incuestionable punto de partida: *dolo y error son dos vicios distintos e independientes.* Para superar una tentación de ese tipo basta releer los artículos 1266, 1269 y 1270 Cc [la cursiva de este último párrafo del original]⁷⁹².

[C] *La reflexión de De Verda y Beamonte*

[C.1] *Para el dolo omisivo*, dice:

«Llama la atención el hecho de que el número de sentencias que [sic; de] anulación de un contrato por reticencia dolosa es, más bien escaso, siendo habitual que los Tribunales anulen el contrato por error, en vez de por dolo, considerando la inducción maliciosa del error como un claro indicio de su carácter excusable»⁷⁹³.

«De la exposición jurisprudencial realizada⁷⁹⁴ se colige claramente *que existe una clara resistencia por parte de los tribunales a anular los contratos por dolo, cuando puedan hacerlo por error*, considerándose la mala fe del destinatario [de la declaración] como un factor determinante de la excusabilidad de aquél (y, por ende, de la estimación de la pretensión impugnatoria).

Dos son –creo [De Verda y Beamonte]– las razones de dicha orientación jurisprudencial. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que los efectos del error y del dolo en el ámbito del juicio de validez negocial son los mismos, a saber, la anu-

sentencia de apelación, o aunque hubiere que admitir que no se había probado la existencia de ese dolo causante y grave –lo cual sólo a efectos dialécticos se admitiría–, aun en tales supuestos, no podría prosperar la solicitada casación de la sentencia recurrida, porque siempre quedaría en pie la existencia del error esencial en el consentimiento prestado por la compradora [Ignacia], sobre las cualidades de la cosa comprada, que, por sí sólo comporte la nulidad de la compraventa, ya que, como se decía con poca propiedad en el suplico de la demanda, siempre «procedería la resolución de la compraventa ... por error sobre las condiciones esenciales de la cosa» (cdo 11.º).

⁷⁹² ROJO AJURIA (1994) pp. 203-206; *vid. además* pp. 28-29.

⁷⁹³ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 55.

⁷⁹⁴ Antes, DE VERDA Y BEAMONTE extracta y comenta las *STS 06.06.1953*, *STS 20.01.1964*, *STS 14.02.1994*, y *SAP Tenerife 24.02.1995*; *RdP* (2006) pp. 57-58.

lación del contrato: por lo tanto, desde esta perspectiva, calificar, o no, el comportamiento negocial del destinatario [de la declaración] como doloso carece de trascendencia práctica. En segundo lugar, *hay que considerar que en las hipótesis de error inducido, siempre es más fácil la prueba procesal del error; que la del dolo, el cual, por exigencia de su propia tipificación legal como vicio del consentimiento, plantea dificultades de prueba, que, en cambio, no tienen lugar en sede de error. Me refiero, en particular a la necesidad de acreditar el debatido animus decipiendi, elemento subjetivo, cuya prueba se presenta siempre problemática* [esta cursiva mía].

Resulta, por el contrario, que dicho requisito no se exige respecto del error, cuya excusabilidad, [...], puede deducirse de la circunstancia de haber sido inducido por un comportamiento negocial del destinatario [de la declaración] contrario a la buena fe (sin necesidad de demostrar que aquél obró *animus decipiendi*). Por añadidura, la mala fe (*lato sensu*) del cocontratante puede ser apreciada como un indicio favorable a la existencia de un error determinante de la prestación del consentimiento. Así pues, la mala fe *in contrahendo* de la parte contraria, constituye un triple índice, de la existencia del error, de su carácter esencial y de su carácter excusable. Ante ello, no es de extrañar la decadencia del dolo, como causa autónoma de invalidez contractual en beneficio del error»⁷⁹⁵.

[C.2] *Y para el dolo activo*, según De Verda y Beamonte:

«[L]a misma tendencia a reconducir los supuestos de error inducido al ámbito del error (en detrimento del dolo) se observa en otros fallos, en los que la inducción deriva de un comportamiento antijurídico, no omisivo, *sino positivo*» (cursiva mía)⁷⁹⁶.

«Las sentencias expuestas⁷⁹⁷ contemplan supuestos de error provocado por un comportamiento negocial del destinatario [de la declaración] contrario a la buena fe *in contrahendo*, por las falsedades o inexactitudes en las que incurre al suministrarse datos sobre circunstancias relevantes en orden a la celebración del contrato. *En realidad, en la mayoría de los casos, se trata de supuestos de error inducido, muy próximo al dolo. A pesar de lo cual, la anulación del contrato se produce por error; y no por dolo, valorándose la antijuridicidad de la conducta del destinatario* [de la declaración] *en sede de excusabilidad. Puede, así, afirmarse que, en la práctica de los Tribunales, el error provocado negligentemente, no es tanto el que tiene origen en un* [sic; una] *conducta antijurídica realizada sin animus decipiendi, como, sobre todo, el error provocado por una actuación del destinatario* [de la declaración], *cuyo animus decipiendi es difícil probar o resulta innecesario desde la óptica del efecto pretendido, a saber, la anulación del contrato*» (cursiva mía)⁷⁹⁸.

⁷⁹⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) pp. 58-60; *vid.* además *Aranzadi Civil* (1998) pp. 225-228.

⁷⁹⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) nota 157 de p. 55.

⁷⁹⁷ Antes, DE VERDA Y BEAMONTE extracta y comenta las *STS 07.01.1964*, *STS 04.01.1982*, *STS 18.02.1994*, *STS 28.09.1996*, y *SAP Valladolid 05.05.1997*; *RdP* (2006) pp. 55-56.

⁷⁹⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) nota 157 de pp. 56-57.

[C.3] *Y más allá de lo anterior*, De Verda y Beamonte también apunta como causa de la escasez de sentencias estimatorias del dolo, el que el concreto caso encaje en el delito de estafa, no conociéndolo la jurisdicción civil. Dice ahora:

«Aunque la escasez de fallos jurisprudenciales en los que se aprecia la existencia de dolo invalidante, en parte, es explicable por la circunstancia de que, en no pocas ocasiones, los comportamientos negociales contrarios a la buena fe (en los que, claro está, concurren los presupuestos de los artículos 1269 y 1270 CC) serán constitutivos de un delito de estafa, lo que explica la fuga hacia el ámbito penal de un buen número de supuestos de dolo, *que por ende quedan sustraídos al conocimiento de la jurisdicción civil*» (cursiva mía)⁷⁹⁹.

[D] *La reflexión de Carrasco Perera*

«En una amplia proporción, los casos en los que se ventila una impugnación de contrato por error, el actor ha hecho valer conjuntamente el dolo y el error, o el error provocado por dolo. En teoría la distinción entre ambas figuras no es difícil. En la praxis, no tanto, porque los tribunales más de una vez tienden a condenar por dolo cuando hay una omisión voluntaria del deber de informar, aunque no se pruebe el *animus decipiendi*. Si la sentencia es estimatoria, la mayoría de las veces los tribunales anulan el contrato por error, y no por dolo. *Ello se debe, fundamentalmente, a que en la hipótesis de error inducido por la conducta dolosa del otro contratante, la prueba del error es más fácil que la prueba del dolo, porque en éste la víctima tiene que acreditar el ánimo de engañar (animus decipiendi) y porque la mala fe del otro contratante es utilizada por los tribunales como un indicio de error y de su carácter excusable. Hay ocasiones en que no se puede apreciar si el contrato se ha anulado por una causa o por otra, o por ambas conjuntamente, ni por qué se admite que hay un error esencial derivado de las manifestaciones falsas del vendedor, y sin embargo se desestima la pretensión por dolo*» (cursiva mía)⁸⁰⁰.

B) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

[101] En reiteradas ocasiones y desde hace tiempo (jurisprudencia consolidada), el Tribunal Supremo afirma *que el dolo no se presume, que no puede admitirse por meras conjeturas o deducciones, que el que lo alegue debe cumplidamente acreditarlo. Por otro lado, el Tribunal Supremo admite para la prueba del dolo el empleo de la presunción judicial. Y en otro plano, es frecuente que el recurrente en casación alegue que hubo en la sentencia de instancia error (de hecho, de derecho) en relación con la prueba. Apuntado lo anterior, a modo de ejemplo, voy a ocuparme de las STS, 1.ª, 29.03.1994,*

⁷⁹⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) nota 164 de pp. 58-59; el autor hace la afirmación en su análisis del dolo omisivo (de la reticencia dolosa), pero tal y como se expresa, entiendo que también lo considera aplicable al dolo activo.

Sobre dolo y estafa, *supra*, [32] y en particular nota 293 b).

⁸⁰⁰ CARRASCO PERERA (2021) 8/7 p. 379. *Vid.* las consideraciones de PASQUAU LIAÑO, *supra*, nota 788 b).

STS, 1.ª, 23.06.1994, STS, 1.ª, 23.05.1996, STS, 1.ª, 23.07.1998 y STS, 1.ª, 12.06.2003, sin perjuicio de aquellas sentencias que voy exponiendo en las oportunas notas a pie de página. *En ninguna de las antes cinco citadas sentencias se admite que hubiera existido dolo.*

En la *STS, 1.ª, 29.03.1994*, se conoce de la compra de un furgón semirremolque, demandando el vendedor al comprador, pidiendo su condena al pago del precio, lo que se estima en primera y en segunda instancia. El comprador recurre en casación y alega, entre otras cosas, dolo del vendedor. El Tribunal Supremo no lo estima, pues, para apreciar que existió dolo, no bastan las meras conjeturas o deducciones. En la *STS, 1.ª, 23.06.1994*, también se afirma que para probar el dolo no bastan las conjeturas o deducciones insidiosas, habiendo de probarlo suficientemente el que lo alegue, no presumiéndose el dolo. Se recuerda asimismo, que la existencia de los vicios del consentimiento es cuestión de hecho apreciable por los Tribunales de instancia, solo impugnabile por errónea apreciación o valoración de la prueba. Aquí, los prestatarios (una familia), que obtuvieron siete préstamos abonados en una cuenta especial para atender al pago de ciertas cambiales (destino convenido del préstamo) y préstamos que garantizaron con hipotecas, demandan a la Caja que se los concedió y piden, entre otras cosas, la nulidad de las hipotecas, lo que no se estima ni en primera, ni en segunda instancia, no casando el Tribunal Supremo, que afirma lo antes dicho para la prueba del dolo. En la *STS, 1.ª, 23.05.1996*, los compradores celebran compraventa/trapaso de negocio de restaurante, además de un arrendamiento de vivienda, y en su recurso de casación, alegan (lo hace uno de los adquirentes) la existencia de dolo, lo que el Tribunal Supremo no estima y señala que el dolo no se presume y debe demostrarse de modo cumplido y que, en la instancia, haciéndose uso de las facultades que le correspondían en el terreno valorativo, se descartó que hubiera habido dolo. En la *STS, 1.ª, 23.07.1998* se conoce de tres contratos de arrendamiento con opción de compra y ni en primera, ni en segunda instancia, ni el Tribunal Supremo, consideran que hubiera dolo de uno de los arrendatarios/optantes como alegaba la optataria, madre de los dos optantes con los que celebró los contratos. Para el Tribunal Supremo, el dolo requiere cumplida demostración, pues no se presume, si bien puede acreditarse mediante prueba de presunciones. Por último, en la *STS, 1.ª, 12.06.2003*, el comprador adquiere un local de negocio y el negocio de venta *Prensa y revistas Piezzito*. La vendedora obtenía sus ingresos de las ventas presenciales en el local y de las ventas a domicilio de los clientes. Según el comprador, los ingresos del negocio resultaron inferiores a lo previsto, habiéndole ocultado la vendedora que sus ingresos los obtenía fundamentalmente de las ventas que hacía a domicilio. Para el Tribunal Supremo, el

objeto del contrato solo fueron las ventas presenciales, y sobre la prueba del dolo afirma, una vez más, que el dolo requiere cumplida prueba por quien lo alega y que no bastan las meras conjeturas o deducciones de dolo. También recuerda el Tribunal Supremo su asentada doctrina de que la apreciación de que existieron los hechos que determinan los vicios del consentimiento es cuestión de hecho que corresponde a los Tribunales de instancia.

A continuación, expongo las referidas sentencias, salvo la *STS*, 1.^a, 23.05.1996 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo Figuerola) de la que doy cuenta *supra*, [43] [C], cuando trato del dolo y el ánimo de perjudicar y remito allí. En cuanto a la *STS*, 1.^a, 29.03.1994, aunque doy cuenta de ella *supra*, [34] [A.1], al ocuparme de la enumeración de los requisitos del dolo por parte del Tribunal Supremo, de nuevo la trato, pero ahora centrándome en la prueba del dolo.

[A] *La STS*, 1.^a, 29.03.1994 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda)

Reitero los hechos. Brevemente, Enrique (comprador) compra a Emilio (vendedor) un furgón frigorífico semirremolque (usado). Según Enrique, el vendedor Emilio le declaró que el furgón contaba con toda la documentación y tenía los requisitos necesarios para su inmediato uso, pero este no contaba con la imprescindible tarjeta de transporte. El vendedor Emilio demanda al comprador Enrique y pide su condena y la de su esposa al pago de 3.896.435 pesetas e intereses legales. Al contestar a la demanda, el comprador Enrique pide su desestimación «por nulidad del contrato en que se funda por vicio del consentimiento». En primera y segunda instancia se estima la demanda del vendedor Emilio. Según la Audiencia, no podía pensarse que dicha tarjeta de transporte se incluyera en el contrato, además de que no se probó que la tarjeta de transporte fuera administrativamente necesaria para que el furgón circularse al ser un semirremolque. El comprador Enrique recurre en casación y alega aplicación indebida del artículo 1261.1.º CC (motivo 3.º), aclarando el Tribunal Supremo que la alegada aplicación indebida lo hace el comprador Enrique «sin citar ninguno de los preceptos de este cuerpo legal [Código civil] que regulan tal vicio del consentimiento, [y] se aduce la existencia de dolo por parte del vendedor [Emilio] y, en caso de que no se admita su existencia, se aprecie la existencia de error recayente sobre el objeto del contrato que invalida el consentimiento, citando los arts. 1265 y 1266 de dicho Código» (FD 1.º). El Tribunal Supremo no casa⁸⁰¹.

Con carácter general, el Tribunal Supremo señala para la prueba:

«[...] y en este sentido se pronuncia unánime la Jurisprudencia de esta Sala cuya sentencia de 22 de enero de 1988 afirma que *«partiendo de que el dolo no se presume y debe ser acreditado por quien lo alega, no pudiendo admitirse por meras conjeturas o deducciones [...]»* (cursiva mía; FD 1.º; este texto lo transcribo *supra*, [34] [A.1]).

⁸⁰¹ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

Y para el caso de que conoce, el Tribunal Supremo considera:
[...]

La parte demandada ahora recurrente [el comprador Enrique] hace consistir la actuación dolosa del vendedor [Emilio], determinante, en su caso, del error también denunciado, en la manifestación que le hizo éste [Emilio] de que el furgón frigorífico objeto del contrato disponía de toda documentación y requisitos necesarios para su inmediata utilización, entre los que resulta ser imprescindible, según el recurso, la tarjeta de transporte propia de dicho artículo. Sentado por la Sentencia recurrida que no puede pensarse que la tarjeta de transporte se incluyera en el objeto del contrato y que no está probado que los semirremolques, como lo es el furgón litigioso, necesiten por sí mismos administrativamente dicha tarjeta para circular, por no bastarle la de la cabeza tractora, ni que la parte recurrente [el comprador Enrique], lo hubiera tenido parado por falta de la tarjeta, no puede prosperar el motivo *al no constar probada esa conducta insidiosa que se imputa al vendedor [Emilio] y que hubiera sido determinante de la declaración de voluntad del contrato por el comprador recurrente [Enrique]; falta la prueba de los hechos en que se basa ese denunciado vicio del consentimiento, si bien el Tribunal de casación puede valorar jurídicamente los hechos que constituyen el aspecto externo del dolo, es necesario que los mismos consten debidamente acreditados, lo que, como dice, no ocurriese en el caso de Autos no siendo suficiente para la apreciación del dolo las meras conjeturas o deducciones*; razones que son aplicables al error en el consentimiento que se denuncia pues como dice la Sentencia combatida, *no se ha probado un conocimiento equivocado por parte del apelante (aquí recurrente en casación) [el comprador Enrique] acerca de lo que integraba dicho objeto del contrato. Procede, como se ha adelantado, la desestimación del motivo»* (cursiva mía; FD 1.º).

[B] *La STS, 1.ª, 23.06.1994 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil)*

En resumen, una familia (la madre, sus hijos y sus cónyuges) obtienen de la *Caja de Ahorros de Plasencia* (luego *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura*) siete préstamos, pactándose que su destino sería el pago de determinadas cambiales y préstamos, que se garantizaron con hipoteca. La familia demanda a la *Caja* y pide que rinda y liquide cuentas, dado que no hubo entrega efectiva del dinero a los deudores hipotecarios, así como la nulidad de las hipotecas con indemnización de daños. En primera y en segunda instancia se desestima la demanda. La familia recurre en casación y entre otros motivos, alega inaplicación del artículo 1265 CC (motivo 5.º; AH 5.º; en el FD 4.º se indica infracción del art. 1265 CC en relación con el art. 1269 CC). El Tribunal Supremo señala que hubo disponibilidad del dinero y que ni se alegó ni se probó el dolo, el cual no se presume, debiéndolo acreditar el que lo alega y no sirviendo conjeturas o deducciones insidiosas, y no casa⁸⁰².

En concreto, el Tribunal Supremo afirma:

«En el motivo quinto con pertinaz y censurable tautología se viene a insistir en la no entrega del importe de los préstamos a los intereses de los recurrentes

⁸⁰² Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

[la familia], como deudores hipotecarios, para lo que se argumenta haber concurrido infracción del artículo 1265, en relación al 1269 del Código Civil, al reputar que se da nulidad en los consentimientos prestados en las correspondientes escrituras que autorizan los controvertidos préstamos, pues la Caja materialmente hizo firmar a [...] Alexander las autorizaciones de disponibilidad fechadas el 8 de noviembre de 1982.

El argumento carece de toda corroboración. Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala de Casación Civil, la existencia de consentimiento es cuestión de hecho, apreciable por los Tribunales de instancia, y sólo impugnabile por errónea apreciación o valoración de la prueba, y la constatación llevada a cabo por la Sala de Apelación ha de ser respetada en tanto no sea destruida, acreditando debida y cumplidamente error de hecho o de derecho en la apreciación y valoración de la prueba, (sentencias de 29-4-1989, 25-4-1989, 10-12-1990 y 28-6-1993).

Los recurrentes en la instancia [la familia] no alegaron la presente cuestión y menos la probaron, no obstante las querellas criminales que promovieron con resultado adverso a sus intereses. *El dolo no se presume y debe ser suficientemente acreditado por quien lo alega, sin que quepan conjeturas o deducciones insidiosas* (sentencias de 22-1-1988 y 11-5-1993). La ausencia de pruebas al efecto determina la claudicación del motivo» (cursiva mía; FD 4.º).

[C] *La STS, 1.ª, 23.07.1998 (Pte. Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes)*

En síntesis, el 05.11.1990 se celebran tres contratos de arrendamiento de inmuebles con opción de compra (uno de once apartamentos, otro de una casa-vivienda con 4.000 m² aproximadamente de terreno y otro de un piso-vivienda) entre M.^a Dolores (madre) y Luis Carlos y M.^a del Pilar (hijos) por una cantidad de 22.000.000 millones de pesetas, de la que se descontaría lo que Luis Carlos y M.^a del Pilar hubieran pagado a M.^a Dolores en concepto de rentas. Los optantes Luis Carlos y M.^a del Pilar, que ejercitan la opción de compra en la propia demanda, demandan a la optataria M.^a Dolores y piden que esta cumpla los contratos celebrados y que se otorgue escritura pública. La optataria M.^a Dolores reconviene y pide la nulidad «absoluta» de todos los contratos de arrendamiento con opción de compra por dolo causante de su hijo Luis Carlos. Ni en primera, ni en segunda instancia se entiende que hubiera dolo de Luis Carlos. M.^a Dolores recurre en casación y alega, entre otros motivos, infracción por inaplicación de los artículos 1265, 1269 y 1270 CC y jurisprudencia concordante. El Tribunal Supremo entiende que M.^a Dolores no ha probado el dolo de Luis Carlos y señala, entre otras cosas, que el dolo puede acreditarse mediante prueba de presunciones⁸⁰³.

Frente a la alegada por M.^a Dolores, infracción por inaplicación de los artículos 1269 y 1270 CC, el Tribunal Supremo dice:

«Tiene que decaer [el motivo], pues, al desestimarse los motivos anteriores, hace supuesto de la cuestión, dado que los hechos declarados probados (hecho histórico) no coinciden con el contemplado por dichos preceptos (hecho norma-

⁸⁰³ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

tivo), *no acreditándose que con palabras o maquinaciones insidiosas se hubiera inducido a la recurrente [M.^a Dolores] a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho, lo que requería una demostración cumplida* (SS de 14 de junio de 1963; 28 de febrero de 1969; 21 de mayo de 1982; o 23 de mayo de 1996), *pues el dolo no se presume, aunque, ciertamente, pueda acreditarse por prueba de presunciones*⁸⁰⁴, *cosa que aquí no se ha conseguido*, ni aún teniendo en cuenta

⁸⁰⁴ A propósito de la prueba mediante presunción judicial, *por ejemplo*, las ya lejanas STS 10.05.1910 y STS 05.02.1914:

a) *La STS 10.05.1910 (Pte. Excmo. Sr. D. Eduardo Ruiz García Hita)*. En ella, *se admite que el dolo puede acreditarse mediante prueba de presunción*. Brevemente, al poco de finalizar la tutela por alcanzar el 31.08.1901 la mayoría de edad, la tutelada (o pupila; M.^a Josefa) va a la Notaría a firmar una escritura pública para autorizar a su tío (José Antonio) a que la representase en sus asuntos y negocios, pues se iba al extranjero y, estando en la Notaría, su tío José Antonio le propone que firme *además* otra escritura pública en la que aprobase su gestión como tutor, a lo que M.^a Josefa accede («declaró finiquitadas y saldadas todas las cuentas y actos por él [por su tío] practicadas en interés suyo hasta el día en que alcanzó la mayor edad», cdo 1.º) e incluso introduce en dicha escritura de 18.07.1902 una frase de agradecimiento a su tío José Antonio por su celo y probidad. Posteriormente, el tío demanda a la sobrina y pide el pago de determinadas cantidades en cumplimiento de unos legados que le había dejado el abuelo de la tutelada M.^a Josefa y unos beneficios del *Diario de Barcelona*. M.^a Josefa reconviene y pide, entre otras cosas, que la escritura pública de aprobación de la gestión de su tío como tutor suyo se declare nula por dolo del tío (este le propuso en la Notaría la firma de dicha escritura, cuando iba a firmar otra escritura; no había sido informada de la trascendencia de ese acto de aprobación; se encontraba en situación de dependencia de su tío; etc.). En segunda instancia se estima que hubo dolo del tío, con lo que está conforme el Tribunal Supremo, que señala que el dolo *sí puede probarse por prueba indiciaria o presunciones de hecho*. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

En el motivo 5.º de su recurso de casación, el tío (José Antonio) alega: «[...] infracción del art. 1269 del Código civil y de las leyes 16 de *dolo malo*, libro IV, tít. 3.º; párrafo 2.º de *doli mali et motus exceptio*, libro XLVII, tít. 4.º, y 145 de *diversis regulis juris antiqui*, libro I, título 17, todas del Digesto; en cuanto de tales disposiciones se deduce que el *dolo* supone siempre actos ó maquinaciones insidiosas que induzcan á celebrar un contrato que sin la insidia no se hubiera otorgado, lo cual excluye la prueba de presunciones para apreciar la existencia del *dolo*, y la sentencia recurrida, reconociendo la falta de pruebas directas, apoya en meras presunciones la apreciación y declaración de que el recurrente [José Antonio] empleó *dolo* para obtener de [...] María Josefa [...] el otorgamiento de la escritura de 18 de Julio de 1902, por la que, con perfecto conocimiento de sus términos y de su causa civil, que era la gestión de tutor [José Antonio], aprobó esta misma gestión con frases categóricas y de agradecimiento, y con ello infringe la sentencia los preceptos legales citados é incurre en error de derecho en la apreciación de la prueba, dando valor á la de presunciones, que no podía tener en cuenta por inadecuada» (cursiva del original; rdo 17.º).

El Tribunal Supremo, que como ya he apuntado, admite que el dolo se pruebe mediante presunciones, explica:

«[...]», por lo que respecta á la primera cuestión, que al declarar la Sala sentenciadora la nulidad de dicha escritura por haberla otorgado [...] María Josefa [...] [pupila], mediante engaño ó valiéndose el recurrente [su tío José Antonio] de maquinaciones insidiosas constitutivas de dolo, no han incurrido en los errores de derecho que se alegan en los motivos quinto y octavo del recurso, pues *aunque tal apreciación descansa en prueba indiciaria ó de presunciones, ni es exacto que tal artículo 1269 del Código civil y leyes del Digesto que con aquel se citan en el motivo quinto, se desprenda la necesidad de la prueba directa para poderse afirmar la existencia del dolo*, ni por no expresarse en la sentencia recurrida la gravedad del mismo, se hubiere infringido el art. 1270 del propio Código, como se sostiene en el [motivo] octavo, por que [sic] el dolo, en contraposición al incidental, es siempre grave cuando da causa al acto ó contrato, como ocurrió en el caso actual» (cursiva mía; cdo 2.º).

«[...] tampoco puede prevalecer el recurso [de casación de José Antonio, el tío] por los motivos sexto y séptimo, por que [sic] es doctrina repetidamente sancionada por la jurisprudencia que la *apreciación de la prueba de presunciones corresponde á las facultades discretionales de los Tribunales de instancia, á menos que no exista enlace dialéctico alguno entre el hecho demostrado y el inducido, circunstancia que*

no se da en el presente caso, porque el recurrente [José Antonio], para sustraerse á la obligación de rendir la cuenta de la tutela, una vez terminada ésta [...], indujo á [...] María Josefa [la pupila], según se declara en la sentencia recurrida, á firmar la escritura, sin advertirle previamente de la trascendencia del acto que iba á realizar y en el momento de encontrarse ésta en la Notaria, á la que acudió acompañada de su tío [José Antonio] con otro objeto, con el de otorgar una escritura de poder en favor del mismo por tener que marcharse al extranjero para atender al restablecimiento de su salud; todo lo cual, unido á que el tutor [José Antonio] jamás le había hecho indicación alguna sobre su gestión, á que, no obstante haber llegado á la mayoría de edad, estaba entonces bajo la dependencia absoluta del mismo y á otros hechos de menor trascendencia que se especifican en la sentencia mencionada, impide, con arreglo á la doctrina expuesta, que pueda prosperar el recurso por dichos motivos» (cursiva mía; cdo 3.º).

Por otro lado, es de interés conocer cómo argumentaba, en su reconvencción, la sobrina M.ª Josefa, que estaba en situación de dependencia de su tío José Antonio. Entre otras cosas, apunta: «[...] que al ocurrir el fallecimiento de su padre contaba la demandada [M.ª Josefa] diez años de edad, encontrándose recibiendo educación en el Colegio del Sagrado Corazón, al salir del cual, en 1893, vivió en compañía de su tío y tutor [...] José Antonio [...], hasta después de haber alcanzado su mayor edad, ó sea hasta el mes de Mayo del año 1904; que desde el fallecimiento de [...] Antonio María [...] vino el actor [José Antonio] desempeñando la administración de los bienes de sus sobrinos menores, no sólo de los inmuebles, derechos reales y valores, sino del *Diario de Barcelona* y negocios al mismo anejos, presentándose el tutor [José Antonio], por su carácter y circunstancias á la demanda [sic; demandada], revestido de un ambiente de autoridad que le imprimió á la menor [M.ª Josefa] una sumisión respetuosa, un hábito de total obediencia y un alejamiento de sus propios intereses, hasta el punto de tener la demandada [M.ª Josefa] el mismo conocimiento de éstos que pudiera tener un conocido, como lo demostraba el que supo el desfalco ocurrido en la Administración del *Diario de Barcelona* en el año 1894, contando, por tanto, diez y ocho años, por una conversación que escuchó de su tío [José Antonio], en la que hizo referencia incidental al suceso; y el que, muerto [...] Juan [...], Director del *Diario de Barcelona*, el actor [José Antonio], sin consultar á la demandada [M.ª Josefa], entonces mayor de edad, se nombró asimismo Director del periódico, limitándose á participar á aquella en el gasto importantísimo que originó la adquisición de una rotativa para imprimirlo, sin consultarla previamente, no obstante su mayor edad; que en el mes de Julio de 1902, y con motivo de haber la demandada [M.ª Josefa] de emprender un viaje al extranjero, le indicó su tío [...] José Antonio [...] la conveniencia de que le otorgara unos poderes, en lo que no tuvo inconveniente; y señalando el día 18 de dicho mes para la firma, acudió á casa del Notario [...] con sólo dicho objeto, indicándola entonces su tío [José Antonio] que podía aprovechar la ocasión para firmar un documento de terminación de la tutela, y aunque tal proposición la sorprendió, no se atrevió á negarse á ello, y firmó dicha escritura aprobando la gestión de su tutor [José Antonio] durante su tutela y curatela, declarando finiquitadas y saldadas todas las cuentas y actos practicados en interés suyo hasta el día en que alcanzó la mayor edad» (cursiva mía, salvo la de *Diario de Barcelona* del original; rdo 9.º).

b) *La STS 05.02.1914 (Pte. Excmo Sr. D. Luciano Obaya Pedregal)*. Antes de exponerla, advierto que en su análisis jurisprudencial del periodo 1890 hasta 1939, ROJO AJURIA se refiere a la *STS 10.05.1910* [(1994) pp. 33-34; sentencia que extracto en esta nota, en a)] e indica, algo más adelante, que «[I]as sentencias de 5 de febrero de 1914, 16 de junio de 1915 y 27 de junio de 1916 establecen que el dolo requiere una evidente y cumplida demostración, sin posibilidad de presumirlos o conjeturarlos» (pp. 34-35).

En la citada, por ROJO AJURIA, *STS 05.02.1914*, en síntesis, la demandante María Monserrat (o María), con autorización de su marido, abogado, celebra diversos contratos de compraventa a plazos de terrenos y otros contratos de construcción, ambos tipos de contratos con la compañía que construía *La Ciudad Lineal (Compañía Madrileña de Urbanización)*. María demanda a la compañía y solicita, entre otras cosas, la declaración de nulidad de todos los contratos celebrados por considerar que sufrió dolo (engaño). La compañía reconviene, dado que María incumplió su obligación de pago (retraso en el pago de algunos plazos, otros plazos no pagados) y pide, entre otras cosas, ser declarada propietaria de la finca Monserrat (que aglutinaba los diversos terrenos que María había comprado) y su restitución. Al no estimarse su pretensión, María (compradora) recurre en casación y alega, entre otros extremos, que «la Sala incurre en error de derecho con infracción de los artículos [...], á las que es preciso añadir que de todas aquellas pruebas nace además la de presunciones, por las que se demuestra la existencia del dolo causante, y al no entenderlo así la Sala, infringe la doctrina de la sentencia de 10 de Mayo de 1910 [que extracto en esta nota, en a)], que establece que del art. 1269 del Código civil no se desprende la necesidad de que el dolo se pruebe de una manera directa, pues basta que la apreciación del mismo descansa en prueba judicial o

que abarca no solo la insidia o maquinación directa, sino también la reticencia del que calla o no advierte a la otra parte, aprovechándose de ello, sin que lo elimine la ingenuidad o buena fe de la otra» (cursiva mía; FD 4.º).

[D] *La STS, 1.ª, 12.06.2003 (Pte. Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán)*

[D.1] En resumen, el comprador Ángel Jesús, que había comprado el local de negocio y el negocio *Prensa y revistas Piezzito*, demanda a la vendedora Diana por considerar que le había engañado, pues la productividad del negocio adquirido era muy inferior a la esperada. El negocio se nutría de clientes con entrega presencial en el local de negocio y de clientes con entrega en sus domicilios. Según Ángel Jesús, Diana le ocultó la existencia de los clientes a domicilio, haciéndole creer que todas las ventas se hacían en el local. Frente a la demanda de Ángel Jesús para desvincularse del contrato, la vendedora Diana reconviene y pide que Ángel Jesús cumpla (pago del resto del precio pendiente). En primera instancia se declara la nulidad de la compraventa del local de negocio y del negocio de prensa y revistas, y se desestima la reconvenición de Diana. En segunda

de presunciones» (motivo 2.º; rdo 15.º). El Tribunal Supremo, que no casa, señala, entre otras cosas, que los contratos deben cumplirse, *que la existencia de dolo debe demostrarse cumplidamente, que no basta acogerse a ideas simples o conceptos demasiados generales.*

En concreto, según el Tribunal Supremo:

«[...] que no obstante hallarse la jurisprudencia de este Supremo Tribunal apoyada en un estudio profundo de nuestra legislación, así tradicional como vigente, es lo cierto que por atribuir, como con demasiada frecuencia se atribuye al art. 1255 de nuestro Código civil, un sentido más recto acomodaticio, aun se quiere olvidar que todo contrato generador de obligaciones recíprocas es de ineludible cumplimiento para quienes contrataron y sus herederos, con tal que en el momento de haberse solemnizado, aparece informado en aquellos esenciales atributos, sin los cuales, dentro de la esfera del derecho positivo, no pueden subsistir las convenciones: [sic:].

[...] que para no permanecer fiel á lo que entre la Sociedad y la recurrente [María] se convino vale poco decir que cuando se celebraron los contratos discutidos, se hizo traición á la ley, á la moral y al orden público, porque á ese efecto es siempre inexcusable que, con razonamientos jurídicos y concluyentes, se evidencie que el Tribunal sentenciador, interpretando las cláusulas impugnadas de nulidad, olvidó la equidad, que es compañera inseparable de la justicia, al extremo de caer en error sustancial al inferir las consecuencias que en su decisión establece, *del mismo modo que, sin una demostración cumplida, es de suyo peligroso calificar de dolosos hechos capaces de turbar la inteligencia y la voluntad de quienes á lo pactado prestaron su consentimiento:* [sic:].

[...] que es legalmente imposible sostener que con el desenvolvimiento del derecho al verificarse los contratos se hubiese perturbado el orden público ó fin social del Estado, *ni tampoco que á la vista de los hechos positivos aducidos en la discusión como actos determinantes del engaño, se penetre nadie de esas maquinaciones insidiosas en que el Letrado y marido de la recurrente [María] se apoya para considerar defectuoso el consentimiento, base fundamental de las convenciones, que en uso de un perfecto derecho, tan legítimo como indiscutible, tuvo á bien intervenir y autorizar:* [sic:].

[...] que ante la argumentación precedente, sostén de la sentencia recurrida, caen por su base los seis primeros motivos del recurso [de casación de María], *pues si bastara, como intenta la recurrente [María], acogerse á ideas simples ó conceptos demasiados generales para llegar á la ineficacia de cláusulas que, como las discutidas, tienen por base después de conocer individualmente y en común la naturaleza de las obligaciones, la facultad integral de quienes resolvieron aceptarlas, así como la licitud de la causa y el acto positivo ú objeto propio y característico de lo convenido, ello sería mirar con menosprecio el inestimable principio, punto de apoyo en que, sobre materia contractual descansa la libre facultad de obrar en orden á los diferentes y racionales fines de la vida humana, que es, al fin, lo que substancial y acertadamente declara el juzgador en su expresiva y meditada resolución;* [sic:].» (cursiva mía; cdo 1.º, 2.º, 4.º y 5.º, respectivamente).

instancia se estima la apelación de Diana, y se desestima la demanda de Ángel Jesús, y estima la reconvencción de Diana. Ángel Jesús recurre en casación y alega infracción del artículo 1445 CC, pues la compraventa incluía toda la clientela, e infracción del artículo 1303 CC en relación con los artículos 1269 y 1270 CC. El Tribunal Supremo considera que el objeto del contrato fue *solo* el negocio en el local vendido (o dicho de otro modo, *no* fue el negocio de reparto de prensa a domicilio), y para el dolo, señala que este no se presume y debe probarse cumplidamente (no son admisibles las meras conjeturas o deducciones de dolo), no habiéndolo probado Ángel Jesús; además, la prueba de los hechos del dolo es cuestión de hecho a apreciar exclusivamente por los tribunales de instancia, no habiendo sido impugnado correctamente por Ángel Jesús⁸⁰⁵.

[D.2] *En cuanto a que el negocio vendido solo fue el de los clientes presenciales en el local de negocio*, el Tribunal Supremo manifiesta:

«En el caso de autos objeto del contrato fue única y exclusivamente el negocio que se ejercía en el local vendido y no el negocio de reparto de prensa a domicilio. Las tres contestaciones del demandante recurrente [Ángel Jesús] en su confesión judicial acreditan, como lo ha estimado la sentencia impugnada y como lo expone la oposición al recurso, que la clientela a domicilio de la demandada vendedora [Diana] no formaba parte del contrato y que éste se refería única y exclusivamente al negocio instalado en el local vendido y a la clientela que asistía al mismo.

La circunstancia de que retirara la mercancía para los dos negocios era el motivo de que hubiera una sólo factura. Pero esta circunstancia no influyó en el trato, (en el que no se prevé el importe del rendimiento del negocio) ya que el comprador [Ángel Jesús] tenía perfecto conocimiento de la cantidad de prensa y revistas que se vendían diariamente en el local, conocimiento adquirido en el mes que acudió al mismo para conocerlo⁸⁰⁶. La retirada de mercancía se hacía de

⁸⁰⁵ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

⁸⁰⁶ Otra sentencia en la que se entiende que *no* hay dolo, pues el contratante que lo alega *sabía qué adquiría*, es la STS, 1.ª, 09.07.1987 (Pte. Excmo. Sr. Antonio Carretero Pérez). Brevemente, Carlos Jesús (contratista de obra, que a principios de 1977 necesitaba albero) compra a Joaquín el 19.05.1977 y en documento privado una finca dedicada a la explotación de cantera de albero o zahorra. En 1978, Carlos Jesús solicita licencia para explotarla, lo que se le deniega, autorizándosele solo a trabajarla en la medida que signifique la corrección de su accidentada topografía y hacerla apta para los fines de la futura urbanización. Lo anterior se debía a que, según el Plan General de Ordenación Urbana del Municipio, aprobado en agosto de 1974 y Plan en el que se encontraba la finca, esta había sido calificada de zona de edificación marginal cerrada. El comprador Carlos Jesús demanda al vendedor Joaquín y pretende la nulidad del contrato por falta de consentimiento y causa. Joaquín reconviene y pide el pago del precio. En segunda instancia se considera que *no hubo dolo o error, dado el conocimiento del comprador Carlos Jesús de las características de la finca*. Carlos Jesús recurre en casación y Tribunal Supremo, que entiende que *Carlos Jesús conocía lo que compraba cuando celebró la compraventa*, no casa. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

Para la desestimación del motivo 1.º del recurso de casación del comprador Carlos Jesús (infracción del entonces vigente art. 359 LEC de 1881, incongruencia de la sentencia «por no haber analizado la inexistencia de objeto y, apenas, el dolo»), el Tribunal Supremo dice, entre otros extremos, que la fundamentación de la sentencia recurrida «*se basa en la validez del contrato, por el perfecto conocimiento de su objeto, por parte del actor* [el comprador Carlos Jesús], *dada su profesionalidad y habitual dili-*

madrugada y se hacía el reparto a domicilio, y después de efectuarlo, ya en hora comercial, abría el local en que estaba instalado el negocio para atender a la clientela de éste, clientela, como se ha dicho, distinta de la que suministraba la vendedora [Diana] a domicilio.

Jurisprudencia tan conocida como consolidada proclama que el problema de cumplimiento o incumplimiento de un contrato es cuestión de hecho, que no se puede impugnar en casación salvo error de derecho en la apreciación de la prueba con cita de la norma infringida, error de derecho que no aparece alegado en este motivo y que es el único medio para revisar la valoración probatoria, exigiendo no sólo la cita del supuestamente infringido, sino también la exposición de la nueva resultancia probatoria según el recurrente. En definitiva, se está en presencia en este motivo del caso en que el recurrente [Ángel Jesús] hace supuesto de la cuestión, por lo que tiene que decaer» (FD 2.º).

[D.3] *Y en cuanto a la prueba del dolo*, según el Tribunal Supremo:

«El cuarto motivo [del recurso de casación de Ángel Jesús] denuncia infracción por no aplicación del artículo 1303 del Código Civil en relación con los artículos 1269 y 1270 del Código Civil, insistiendo que la vendedora [Diana] a la hora de negociar el contrato, a sabiendas, hizo creer al recurrente [Ángel Jesús] que todas las ventas se hacían con entrega en el local ocultando que la clientela fundamental del negocio y por tanto la más fácil de perder y no retener era la que recibía [sic] los periódicos a domicilio.

Al margen de la inutilidad de invocación del artículo 1303 del Código Civil sobre consecuencias de la declaración de nulidad de una obligación, que el recurrente [Ángel Jesús] da por declarada, es preciso recordar que el concepto legal de dolo exige, en suma, dos elementos: uno, el empleo de maquinaciones engañosas, o conducta insidiosa del sujeto que lo causa, que tanto pueden consistir en acciones como en omisiones; y otro, la inducción producida por las maniobras dolosas sobre la voluntad de la otra parte, en términos tales que la determina a celebrar el negocio.

El dolo no se presume, sino que debe ser acreditado por quien lo alega, no pudiendo admitirse por meras conjeturas o deducciones, y aunque el Código Civil no dice qué entiende por él ni cuáles son las características de la conducta dolosa, toda vez que se limita a definir el que inicia [sic; vicia] el contrato señalando algunas formas de manifestación dolosa, los requisitos comúnmente exigidos por la doctrina científica son:

gencia para conocer los bienes sobre los que contrata, según resalta el considerando tercero de la sentencia de primera instancia, íntegramente aceptado por la sentencia de apelación» (cursiva mía; FD 2.º).

Y para la desestimación del motivo 2.º del recurso de casación del comprador Carlos Jesús [violación de los artículos 1261, 1262, 1265, 1266, 1271, 1281, 1289, 1300, 1303 CC, relacionados con los arts. 1091, 1101, 1255, 1258, 1445, 3 (1 y 2) y 7.1 CC], el Tribunal Supremo señala, en lo que interesa, que «no se ha producido cuestión de interpretación del contrato, calificado siempre como compraventa de cantera, para su adecuada explotación, sino que se ha afirmado *que las posibilidades de hecho de tal uso eran conocidas por el comprador* [Carlos Jesús], *al tiempo del contrato, base de hecho que impide la presencia del error y del engaño*» (cursiva mía; FD 3.º).

Una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la reclamación [*sic*, declaración] negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas.

Que la voluntad del declarante quede iniciada [*sic*; viciada] por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia.

Que sea grave si se trata de anular el contrato.

Que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes. (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Marzo de 1994) [que extracto en la anterior [A]]

El dolo principal o causante no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alegue [*sic*; alegue] (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 28 de Febrero de 1961⁸⁰⁷) *no bastando al efecto meras conjeturas* (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Mayo de 1945⁸⁰⁸) y se necesita constancia de que fueron utilizadas palabras o maquinaciones al efecto como conduc-

⁸⁰⁷ *Es frecuente* que el Tribunal Supremo cite esas STS 22.02.1961 y STS 28.02.1961, del cuerpo del texto, para la prueba del dolo, en cuanto que el dolo no puede apreciarse sin cumplida prueba por parte de quien lo alegue. Al respecto:

a) En la STS 22.02.1961 (Pte. Excmo. Sr. D. Joaquín Domínguez de Molina), en síntesis, el demandante Enrique pide el pronunciamiento *principal* de que la escritura pública de 22.07.1947, en la que aparece como enajenante de unas fincas, es inexistente y carece de todo valor y eficacia, pues «ni había existido consentimiento, ni hubo causa de dicho contrato, ni tuvo realidad el precio, que no fue entregado al simulado vendedor [Enrique]» (rdo 1.º). Enrique alega que estuvo en «estado de enajenación mental» desde 1943 hasta 1947. Y subsidiariamente, si no se estimase lo anterior, Enrique pide la declaración de nulidad del contrato por adolecer de los vicios de intimidación y dolo (rdo 1.º). En segunda instancia se desestiman todos los pedimentos de Enrique, recurriendo este en casación porque, si bien se ha resuelto sobre su petición principal, no sucede lo mismo con su petición subsidiaria sobre intimidación y dolo. El Tribunal Supremo no casa, ya que, aparte de que Enrique omite la cita del entonces vigente artículo 359 LEC de 1881, en la sentencia de instancia se apunta que no se aporta prueba suficiente de que existieran los vicios de intimidación y dolo (cdo único). Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

En cuanto a la concreta explicación del Tribunal Supremo:

«que el único motivo del recurso [de Enrique], [...], ataca la sentencia recurrida por estimar el recurrente [Enrique] que el Tribunal «a quo», si bien ha resuelto en sentido contrario a la demanda la pretensión de que el contrato objeto del pleito fuera declarado nulo por haberse otorgado en estado de enajenación mental del vendedor [Enrique], *no ha resuelto en forma alguna la petición subsidiaria de que se declarara esa nulidad por intimidación y dolo*; pero el motivo no puede prosperar porque en él se ha omitido la cita del artículo 359 de dicha Ley procesal, que es el precepto básico de la congruencia, y cuya omisión, conforme a reiterada y uniforme jurisprudencia establecida en sentencias [...], constituye un defecto esencial que impide la estimación del recurso; *aparte de que tampoco concurre la incongruencia que se denuncia pues la sentencia de instancia, después de declarar en su considerando séptimo que no se da la inexistencia del contrato por falta de consentimiento del actor* [Enrique], *una vez presupuesta su capacidad mental, agrega que no se ha aportado a los autos prueba suficiente de que el contrato adoleciera de algunos de los vicios que lo invalidan, lo cual sólo pueden entenderse respecto a los de intimidación y dolo alegados en la demanda, terminando con un pronunciamiento desestimatorio de «todos» los pedimentos formulados y con la absolución total del demandado* [Braulio], *quedando, en su consecuencia, resueltas todas las cuestiones del pleito*» (cursiva mía; cdo único).

b) En cuanto a la STS 28.02.1961 no la he localizado en el *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, ni en la *Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil*.

⁸⁰⁸ *También es frecuente* (cfr. la nota inmediatamente anterior a esta) que el Tribunal Supremo cite, a propósito de la prueba del dolo y en sus sentencias sobre dolo contractual, a la STS 25.05.1945 (Pte. Excmo. Sr. D. Mariano Miguel y Rodríguez), en la que no se conoce de la anulación contractual por dolo,

ta insidiosa para provocar la declaración negocial y aun cuando sea admisible el dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico *no es posible reprochar a la vendedora* [Diana], *según ha quedado acreditado, el empleo de sujestiones [sic] o artilugios de ningún género para incidir en la contratación.* Y en este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal [sic] Supremo de 21 de Junio de 1978.

Por otra parte, y como expone la oposición a este recurso, el motivo está subordinado a que se estimara la existencia de error de derecho en la valoración de la prueba, error que no se alega por el recurrente [Ángel Jesús] con cita del precepto valorativo de la prueba en que tratara de fundarse el error, exigencia jurisprudencial puesta de relieve al desestimar el primer motivo del recurso. *La apreciación de la existencia de hechos determinantes de vicios del consentimiento, dada su naturaleza de cuestión fáctica, es de la exclusiva competencia de los Tribunales de instancia, cuya conclusión probatoria ha de mantenerse invariable en casación, si la misma no resulta desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello. La jurisprudencia de este Tribunal que así lo interpreta es tan conocida como consolidada*⁸⁰⁹, por lo que este motivo también debe ser desechado» (cursiva mía; FD 4.º).

sino de la nulidad de un testamento por dolo (art. 673 CC; sobre el dolo en el testamento, acto unilateral, *supra* nota 656, en particular, en c)].

En síntesis, Asunción, sobrina de la testadora (Asunción V. G.), demanda a José y a Máximo y pide, entre otras cosas, la declaración de nulidad del testamento de fecha 05.10.1939 por dolo de José (en este testamento se instituye a José como heredero único y universal y a Máximo se le da un legado), *que* el anterior testamento de 02.09.1939 otorgado por Asunción V. G., en el que instituía única y universal heredera a Asunción (la sobrina), no ha sido revocado por el testamento de 05.10.1939 y subsiste, *que* José y Máximo han de entregar a Asunción lo que hubieren recibido por el testamento de 05.10.1939, *que* José debe ser removido del cargo de albacea contador-partidor nombrado en el testamento de 02.09.1939 (rdo 1.º). En primera instancia se estima la demanda de Asunción, sentencia confirmada en segunda instancia en lo que se apela. José recurre en casación y alega error de derecho en la apreciación de las pruebas, infringiendo el entonces vigente artículo 1248 CC sobre prueba de testigos (motivo 1.º; cdo 3.º). El Tribunal Supremo no casa (Fallo). Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

Según el Tribunal Supremo, el testamento abierto *no puede «anularse» por meras conjeturas o deducciones de dolo*. En concreto:

«Que a partir de esta ineficaz cita legal, y combatiendo tan sólo, y ello de manera manifiestamente imprecisa, uno de los elementos de juicio [la prueba de testigos; dos testigos] que sirvieron al sentenciador para formar el suyo, se extiende el recurrente [José], en el mismo motivo [1.º del recurso de casación], en la invocación de numerosas sentencias de esta Sala, en las que se hacen declaraciones relativas, *en síntesis, a que la existencia del dolo, que como cuestión que es de hecho corresponde apreciar al Tribunal de instancia, ha de ser probada, a que aquel vicio en la declaración de voluntad es materia delicadísima, sin que sea lícito anular un testamento abierto por meras conjeturas o deducciones, y a que la apreciación de hechos por el conjunto de las pruebas es combatible en casación, doctrina, toda ella, cierta e indiscutible, pero no infringida por la sentencia recurrida, cuyos pronunciamientos se ajustan a lo probado en el pleito y constituyen consecuencia jurídica acertada de esto; por lo cual el motivo [1.º del recurso de casación], que, en definitiva, tiende a poner en parangón el propio criterio del recurrente [José] con el del Tribunal a quo, para el de aquél [el de José] prevalezca sobre el de éste, respecto al grado de credibilidad que merecen las declaraciones de unos testigos, no puede prosperar»* (cursiva mía; cdo 4.º).

⁸⁰⁹ Es frecuente que, quien recurre en casación, pretenda una nueva valoración de los hechos y sabido es que la casación no es una tercera instancia. Además de la STS, 1.º, 12.06.2003, que expongo en el cuerpo del texto en [D], otros *meros ejemplares* son:

a) La STS, 1.ª, 21.05.1982 (Pte. Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena López). En esencia, la Compañía Mercantil Petersime La Trinidad, S.A. vende a De las Cuevas Hermanos, S.L. una partida de 20.000 pollitos para puesta de huevos por 3.745.854 pesetas. El comprador De las Cuevas Hermanos, S.L. deja de pagar 673.125 pesetas (tres de las cambiales) y la vendedora Compañía Mercantil Petersime La Trinidad, S.A. le demanda y pide su pago. El comprador De las Cuevas Hermanos, S.L. reconviene y entre otras peticiones, pide la «rescisión» de la compraventa por dolo de la vendedora (señala, entre otras cosas, que los pollitos no procedían de la granja pactada). Ni en primera, ni en segunda instancia, ni el Tribunal Supremo consideran que hubiera dolo de la vendedora y se condena al comprador De las Cuevas Hermanos, S.L. al pago del precio que todavía debía. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

En lo que ahora interesa, el Tribunal Supremo dice:

«[...] se alza el presente recurso de casación [del comprador De las Cuevas Hermanos, S.L.] [...] denunciante del error de hecho en la apreciación de las pruebas que resulta de documentos auténticos que, a juicio de la sociedad recurrente [el comprador De las Cuevas Hermanos, S.L.], demuestran la equivocación evidente del juzgador, [...], con los que, a su entender se demuestra que las aves remitidas no fueron las contratadas, al tener origen distinto, [...] motivo que necesariamente ha de perecer, en razón a lo siguiente: [...] b) Porque lo que la recurrente [el comprador De las Cuevas Hermanos, S.L.] pretende, no es demostrar de una manera clara, directa y patente que por el simple contenido de un documento se acredita un hecho negado o no admitido en la instancia, sin necesidad de conjeturas o deducciones, sino realizar una nueva valoración de la prueba, lo que no es posible, al no ser la casación una tercera instancia, sentencias de 18 de marzo y 4 de abril de 1981 [...] y e) Dado que, si en la instancia se establece que «no se ha probado la existencia de dolo», a tal declaración solamente pudo llegarse previo el examen de todas y cada una de las probanzas aportadas por las partes, [...]» (cursiva mía; cdo 2.º)

«[...] que el [sic; al] permanecer intangible la ausencia de carga probatoria de la existencia del dolo, por la demandada recurrente [el comprador De las Cuevas Hermanos, S.L.] alegado, carga que para la misma es obligada, [...] con el rechazo del motivo antes examinado, automáticamente decaen y ha de ser desestimados los que se articulan como segundo y tercero [...], en los que respectivamente se acusa la violación, en su aspecto de no aplicación de los artículos 1269 y párrafo 1.º del artículo 1270, dado que en dichos preceptos se contempla el dolo como vicio del consentimiento, generante de la nulidad contractual, los requisitos precisos para que pueda apreciarse, su gravedad y la circunstancia de que no se haya empleado por las dos partes contratantes, normas sustantivas cuya aplicabilidad al supuesto controvertido exigía la terminante declaración de que el dolo existió y que era únicamente imputable a la parte actora recurrida [la vendedora Compañía Mercantil Petersime La Trinidad, S.A.] y como quiera que tales extremos son expresamente negados en la instancia, no se ha producido la infracción denunciada [...]» (cursiva mía; cdo 3.º).

b) La STS, 1.ª, 15.07.2003 (Pte. Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez). Brevemente, Guillermo vende a Pedro Antonio un olivar. El vendedor Guillermo demanda al comprador Pedro Antonio y pide el pago de 9.371.224 pesetas e intereses legales. Aparte de otras cosas, Pedro Antonio pide (petición subsidiaria) la anulación de la compraventa por dolo del vendedor Guillermo. En primera y en segunda instancia se estima la demanda del vendedor Guillermo, y desestima las peticiones del comprador Pedro Antonio. Pedro Antonio recurre en casación y el Tribunal Supremo no casa. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

En lo que interesa, el Tribunal Supremo expone:

«El tercer motivo [de casación del comprador Pedro Antonio] denuncia infracción de los artículos 1265, 1269, 1270 y 1366 [sic] del Código civil [...] relativos a los vicios del consentimiento –error y dolo, porque las sentencias de instancia le han negado el carácter esencial, pese a tratarse de una compraventa rústica de olivar. Sigue planteando el recurrente [en casación, el comprador Pedro Antonio] el tema que adujo en la instancia, que el vendedor [Guillermo] conocía que la mitad de la finca no era apta para olivar por las inundaciones, pese a lo cual procedió a la plantación de tal árbol para venderla como olivar y provocó el error del recurrente [el comprador Pedro Antonio].

La Sala, de la prueba practicada, aun admitiendo que adquirió la finca por tratarse de un olivar, niega la maquinación fraudulenta en atención a la prueba, y añade que era conocido de los vecinos la posibilidad de inundaciones y el comprador [Pedro Antonio] es agricultor y residente en tal zona.

Pretende una nueva instancia y el motivo perece» (cursiva mía; FD 4.º).

Con anterioridad y para el motivo 1.º del recurso de casación del comprador Pedro Antonio, referido a la prueba pericial (interpretación errónea del art. 632 LEC de 1881), el Tribunal Supremo, que desestima

[102] A propósito de la prueba de presunciones y el dolo, en 2009, Lyckowska informa de la presunción *iuris tantum*, que el Tribunal Supremo *formó* a partir del entonces vigente (y ahora derogado) artículo 62 TRLS. Según este artículo, en la enajenación de terrenos, el transmitente suministrará al adquirente la información que disponen sus apartados 1, 2 y 3 y, si no lo hiciera, el adquirente podrá *resolver* el contrato en el plazo de un año desde su otorgamiento y exigir la indemnización de daños y perjuicios causados (apartado 4)⁸¹⁰. Para el Tribunal Supremo, *el incumplimiento de la obligación de suministrar la información del artículo 62 TRLS permitía presumir iuris tantum el dolo del transmitente*. En apoyo de esta interpretación, Lyckowska cita a la *SAP de La Coruña 11.10.1993* y a las *STS, 1.ª, 28.02.1990* y *STS 27.03.1989*⁸¹¹. Lyckowska califica a esta «doctrina [de] sorprendente, sobre todo a la vista de que el propio artículo citado [artículo 62 TRLS] en su último apartado [el 4] atribuye una consecuencia a la vulneración de la norma, *la cual no es la nulidad por dolo, sino la resolución contractual siempre que se ejercite dentro del plazo fijado*» (cursiva mía)⁸¹². Añade, que «[f]elizmente» la *STS, 1.ª, 16.10.1999* corrige la anterior «práctica jurisprudencial», poniendo «de manifiesto la adecuada consecuencia jurídica a la infracción de la norma»⁸¹³, ya que «el TS

el motivo, manifiesta que «[t]iene razón el Ministerio Fiscal en precedente informe en que la recurrente [el comprador Pedro Antonio] pretende con ello una nueva valoración probatoria como si de una tercera instancia se tratase, en lugar de un recurso extraordinario de casación» (FD 2.º).

c) La *STS, 1.ª, 26.03.2009* (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta). Recuerdo brevemente que se había comprado un local destinado a kiosko-bar, con terraza con derecho a uso y disfrute por concesión, descubriendo el comprador, tras la compraventa, que sobre el uso de la terraza había un expediente administrativo de recuperación posesoria por ocupación de zona de dominio marítimo-terrestre, lo que sabía el vendedor. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias. En esta *STS, 1.ª, 26.03.2009* se cita la sentencia que expongo en el cuerpo del texto en [D], *STS, 1.ª, 12.06.2003*, y se reitera su doctrina acerca de que la existencia de los hechos es cuestión fáctica de la exclusiva competencia de los Tribunales de instancia (para la *STS, 1.ª, 26.03.2009, supra*, [34] [A.2]).

⁸¹⁰ Derogado artículo 62 del *Real Decreto 1346/1976, de 09.04, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana*:

«Uno. El que enajenare terrenos no susceptibles de edificación según el Plan, o edificios e industrias fuera de ordenación deberá hacer constar expresamente estas calificaciones en el correspondiente título de enajenación.

Dos. En las enajenaciones de terrenos de urbanizaciones de iniciativa particular, deberá hacerse constar la fecha del acto de aprobación de la misma y las cláusulas que se refieran a la disposición de las parcelas y compromisos con los adquirentes.

Tres. En los actos de enajenación de terrenos en proceso de urbanización, deberán consignarse los compromisos que el propietario hubiere asumido en orden a la misma, y cuyo cumplimiento esté pendiente.

Cuatro. La infracción de cualquiera de estas disposiciones facultará al adquirente para resolver el contrato, en el plazo de un año a contar de la fecha de su otorgamiento, y exigir la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado».

⁸¹¹ LYCKOWSKA, *ADC* (2009) pp. 445-446; extracta la *SAP de La Coruña 11.10.1993* en p. 428; la *STS, 1.ª, 28.02.1990* en p. 441; y la *STS, 1.ª, 27.03.1989* en p. 429.

⁸¹² LYCKOWSKA, *ADC* (2009) p. 446.

⁸¹³ LYCKOWSKA, *ADC* (2009) p. 446.

subraya que el incumplimiento del mandato del artículo 62 LS no implica nulidad del contrato sino una facultad de resolverlo y solicitar [la] indemnización correspondiente, de acuerdo con el tenor literal del artículo»⁸¹⁴. En opinión de la autora, «*el órgano judicial no puede valerse del artículo 62 TRLS «para invertir la carga de la prueba del dolo injustificadamente»*, siendo «el comprador, como la parte afectada, quien en estos supuestos debe demostrar que» fue «engañado debido al silencio del vendedor que le ha hecho creer algo que no resultaba cierto»⁸¹⁵.

De las sentencias del Tribunal Supremo citadas por Lyckowska, sobre la STS, 1.ª, 27.03.1989 (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz) doy cuenta supra, [42] [A]. En ella, se hace referencia al artículo 62 TRLS incidentalmente («[m]áxime cuando el artículo 62 de la vigente Ley del Suelo u ordenación urbana impone [...]»). Recuerdo, que la compraventa se declara nula por vicio del consentimiento (por dolo omisivo, por error), dado que los compradores no pudieron edificar en el terreno adquirido al ser zona verde, lo que no sabían cuando celebraron la compraventa y en cambio, sabían los vendedores. En cuanto a la STS, 1.ª, 28.02.1990, el vendedor de una finca de algarrobos demanda al comprador y pide el pago del resto del precio, reconviene al comprador, quien alternativamente pide la resolución o la nulidad de la compraventa. Al ser condenado el comprador al pago en segunda instancia (pues la finalidad del contrato fue el trasvase de tierra y piedras, algo que consiguió, y no la edificabilidad de la finca, error este que el comprador *simula* haber sufrido, dado que sabía de las limitaciones de edificabilidad de la finca), dicho comprador alega en su recurso de casación inaplicación del artículo 62 TRLS. Según el Tribunal Supremo, que no casa la sentencia, puede mantenerse que el artículo 62 TRLS permite presumir la existencia del error o del dolo si no se cumplen sus exigencias, presunción destruida para el caso por la Sala al expresamente establecer lo contrario, algo no atacado por el comprador por los oportunos cauces procesales, pretendiendo una nueva valoración de la prueba, como si la casación se tratara de un tercera instancia. Por último, en la STS, 1.ª, 16.10.1999, en que se conoce de la adquisición de una nave industrial de dos plantas (baja y primera) en la que no pudo instalarse el negocio que los compradores querían, ya que la nave no cumplía las exigencias del plan urbanístico que prohibía construir más de una planta, el Tribunal Supre-

⁸¹⁴ LYCKOWSKA, ADC (2009) p. 438.

⁸¹⁵ LYCKOWSKA, ADC (2009) p. 446; continúa: «Siendo ya a veces poco convincente la estimación del dolo omisivo mediante la cual se atribuye consecuencias graves a una mera omisión incluso en los casos en que no queda nada clara la obligación de información, es absurdo incrementar esta carga con obligar al vendedor a que demuestre que su silencio no era insidioso [...]» (cursiva mía).

mo recuerda la doctrina de su anterior *STS, 1.ª, 28.02.1990* consistente en que el incumplimiento de las exigencias del artículo 62 TRLS permite presumir la existencia de error o dolo, presunción que no opera si la Sala de instancia establece lo contrario y no se ataca por la vía adecuada (la casación no es tercera instancia), además de que el efecto de infringir el artículo 62 TRLS no es la nulidad radical del artículo 6.3 CC, sino la posibilidad de resolver el contrato. Para el caso, la presunción *iuris tantum* del artículo 62 TRLS fue desvirtuada porque, según los hechos de la instancia, los compradores fueron informados de la irregularidad administrativa de la nave que adquirirían; además, y por esa previa información, el consentimiento de los compradores tampoco fue fruto de maniobras dolosas (art. 1269 CC).

A continuación expongo las *STS, 1.ª, 28.02.1990* y *STS, 1.ª, 16.10.1999*. Y para la *STS, 1.ª, 27.03.1989*, me remito a lo que expuesto *supra*, [42] [A], como antes dije.

[A] *La STS, 1.ª, 28.02.1990 (Pte. Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes)*

En síntesis, Juan Antonio (comprador) compra una finca que tiene plantados algarrobos, con la finalidad de trasvasar tierras y piedras de ella a la finca colindante de su propiedad, lo que hace una vez tomada posesión. La finca comprada tenía determinadas limitaciones de edificabilidad. Clemente (el vendedor) demanda al comprador Juan Antonio y pide, entre otras cosas, el pago del resto del precio pendiente. Juan Antonio reconviene y pide alternativamente la resolución de la compraventa o su nulidad al haber sufrido error (cita los arts. 1265, 1266, 1483, 1281.5.º y 1300 CC, y 62, 1 y 4, TRLS). En primera instancia se desestima la demanda del vendedor Clemente y se estima la reconvencción del comprador Juan Antonio, declarándose rescindido y resuelto el contrato. Clemente apela y en segunda instancia, entre otras cosas, se condena a Juan Antonio al pago del resto del precio, desestimándose la reconvencción de este último, ya que el fin del contrato era el trasvase de tierras y piedras a la finca colindante de Juan Antonio (esa era su utilidad), simulando luego Juan Antonio un error, que no padeció, para no pagar y pretendiendo devolver una finca de la que había modificado sus características esenciales⁸¹⁶. El comprador Juan Antonio recurre en ca-

⁸¹⁶ En concreto, los hechos en segunda instancia son: «[...] olvida y no combate el recurrente [en casación, el comprador Juan Antonio], que la Sala de instancia sentó como hechos probados: «Que se vendió una tierra plantada de algarrobos; que el hoy recurrente [el comprador Juan Antonio] era en aquellos momentos promotor inmobiliario y propietario de una finca colindante; que el 21 de marzo de 1983 el comprador [Juan Antonio], por medio del agente de la propiedad inmobiliaria que intervino en la operación, [...] Everardo, consocio de aquel, solicitó una prórroga para el pago del precio, con ampliación del plazo para otorgar la escritura pública; que durante el tiempo transcurrido entre la formalización del contrato hasta la fecha señalada para tal otorgamiento el comprador [Juan Antonio] se posesionó de la finca, la transformó y desmontó en su integridad, dejándola totalmente inutilizada como explotación agrícola, extrayendo 13.325 metros cúbicos de piedras y tierras, que trasladó a la finca colindante de su propiedad

sación y alega, entre otras cosas, inaplicación del artículo 62 TRLS (motivo 1.º) y vulneración del artículo 1483 CC (motivo 3.º). El Tribunal Supremo, que entiende que Juan Antonio pretende en casación una nueva valoración de la prueba, no casa.⁸¹⁷

En lo que interesa, la presunción de error o de dolo por no suministrar la información que requiere el artículo 62 TRLS, el Tribunal Supremo señala:

«La desestimación del anterior motivo [2.º de casación; FD 2.º] arrastra la de los otros dos [motivos] y la del recurso en su totalidad, pues parten de hechos contrarios a los sentados por la Audiencia [...]. En uno [en el motivo 1.º] se alega infracción por no aplicación del artículo 62 de la Ley del Suelo, en cuanto obliga a expresar las cualidades del mismo en las enajenaciones, facultando la resolución en el plazo de un año, con indemnización de los daños y perjuicios que se hubieren irrogado al comprador. En el otro [motivo 3.º, se alega] la vulneración del artículo 1483 del Código Civil, al desconocer el comprador las cargas que pesaban sobre el solar objeto del contrato. *Más la Audiencia no desconoce el precepto de la Ley del Suelo [...], ni su rango normativo de «Ley del Reino», ni que tiene como finalidad garantizar el derecho del adquirente de buena fe; lo que ocurre es que aprecia precisamente todo lo contrario, es decir, «la absoluta temeridad y la evidente mala fe extraprocesal del demandado [el comprador Juan Antonio], patentizada con su actitud y comportamiento» [...], y ello impide aplicarlo, pues el artículo 7 del Código Civil que consagra el principio general de derecho de la buena fe, en su aspecto objetivo, como comportamiento justo y honrado (sentencia de 8 de julio de 1981), apoyado como concepto jurídico en la valoración de conductas deducidas de unos hechos (sentencia de 29 de noviembre de 1985), prohíbe también que se viole el contenido ético del precepto legal en que se ampara el motivo, pese a su apariencia de legalidad, lo que en todo caso constituiría fraude de Ley (artículo 6.4.º del Código Civil y sentencias, entre muchas otras, de 6 de febrero de 1957 y 1 de abril de 1965), que no puede impedir la aplicación de la norma contractual consciente y libremente creada, que, después de alcanzado el fin pretendido, se trata de eludir. Ciertamente esta Sala ha estimado error invalidante del consentimiento (artículo 1266 del Código Civil) en la compra de una parcela para construir si luego resulta que esto no era posible por impedirlo la norma urbanística (sentencia de 27 de mayo de 1983), llegando a idéntica solución cuando concurre dolo por callar o no advertir debidamente a*

y «cuyo valor por metro cúbico, atendiendo a una distancia máxima de 20 kilómetros, es de 225 pesetas, repercutiendo en 200 pesetas más por metro cúbico en el caso de que las tierras tuvieran que transportarse desde cualquier lugar más apartado, tal como resulta de las pericias del topógrafo [...] Pablo y del arquitecto técnico [...] Carlos María, que ratifican la del arquitecto [...] Pedro Enrique [...]»; que el fin del contrato fue el facilitar el trasvase de tierras y piedras a la finca colindante para obtener la utilidad de ésta, lo que evidencia el provecho y beneficio que la cosa comprada reportó a su adquirente [Juan Antonio], quien «una vez obtenidos los frutos que motivaron la adquisición de la finca, simula, para no cumplir con su contraprestación de pago, un error que no ha padecido, pretendiendo así, devolver lo que ya ha modificado en sus características esenciales», de todo lo cual concluye, con buena lógica y sano criterio, la validez del contrato por reunir los requisitos esenciales, su incumplimiento por el comprador [Juan Antonio], la inexistencia de error y su simulación, así como la improcedencia de la resolución del vínculo» (FD 2.º).

⁸¹⁷ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

la otra parte, aprovechándose de ello (sentencia de 1 de octubre de 1986 y artículo 1269 del Código Civil), *e incluso podría mantenerse que el artículo 62 de la Ley del Suelo permite presumir la existencia de error o dolo cuando no se cumplen las prevenciones en ella contenidas («deberá hacerse constar», «deberá consignarse»* [expresiones estas del art. 62, 1 y 2, LS, que transcribo *supra*, nota 810]), *pero tal presunción, como la del artículo 1483 [CC], queda destruida cuando la Sala de instancia establece expresamente lo contrario y sus conclusiones no se atacan adecuadamente por error de hecho, con cita de documento concreto del que resulte [...], o el derecho, con expresión de la norma de hermenéutica que se considere infringida [...], pretendiéndose, repetimos, una nueva secuencia valorativa, con examen del total contenido de los autos, como si de tercera instancia se tratara. Destruída la presunción del error o la inducción a la celebración del contrato y obtenida la finalidad que se pretendía, no hay infracción del artículo 62 de la Ley del Suelo, ni vulneración del artículo 1483 del Código Civil, al conocer el comprador [Juan Antonio] las limitaciones a que la finca estaba sometida, cual si de carga o servidumbre aparente se tratase, asimilándose a que en el contrato se hiciera mención de dichos extremos el que no exista ausencia de conocimiento o conocimiento equivocado, aspectos entregados a la apreciación del Juzgador de instancia, que lo es tanto el órgano unipersonal como el que conoce en segundo grado (parece que la parte recurrente [el comprador Juan Antonio] no lo entiende así), pero no el Tribunal de Casación. Finalmente, no se desconoce el valor que ha de otorgarse al documento privado reconocido (artículo 1225 del Código Civil), ni que en el mismo no se hace referencia a limitación alguna, pues lo que se afirma, integrando su contenido, es que las existentes eran conocidas por el comprador [Juan Antonio], que alcanzó la finalidad pretendida al contratar y actúa después con temeridad y mala fe»* (cur-siva mía; FD 3.º).

[B] *La STS, 1.ª, 16.10.1999 (Pte. Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote)*

Brevemente, los compradores Pedro Francisco y Laura compran a los vendedores Lázaro y Eugenia una nave industrial con la pretensión de instalar en su planta baja un negocio de venta de alimentos al público, actividad a la que se dedicaban. Sin embargo, la nave industrial no cumplía el plan urbanístico de la localidad según el cual se prohibía construir más de una planta, pues dicha nave tenía dos plantas y el Ayuntamiento deniega la licencia de apertura del negocio. Los compradores Pedro Francisco y Laura no pagan parte del precio aplazado y los vendedores Lázaro y Eugenia les demandan y piden su pago. Reconviene Pedro Francisco y Laura y suplican la nulidad de la compraventa y oportuna restitución, señalando que los vendedores Lázaro y Eugenia les ocultaron la ilegalidad urbanística. En primera instancia se estima la demanda de los vendedores Lázaro y Eugenia y se desestima la reconvenición de los compradores Pedro Francisco y Laura. En segunda instancia se confirma la sentencia de primera, entendiéndose que los compradores sí sabían de la ilegalidad de la nave (habían sido informados por los vendedores), que el objeto comprado y su precio fue el de la planta baja de la nave y no la extensión total del edificio, y además, que la conse-

cuencia de incumplir el deber de informar del artículo 62 TRLS no es la nulidad radical del acto, sino la facultad de resolver la compraventa en el plazo de un año y la indemnización de daños y perjuicios. Los compradores Pedro Francisco y Laura recurren en casación y alegan, entre otros motivos, infracción del artículo 62 TRLS en relación con el artículo 6.3 CC (motivos 1.º y 2.º) e inaplicación de los artículos 1265, 1269 y 1270 CC (motivo 3.º). El Tribunal Supremo no casa.⁸¹⁸

Para el artículo artículo 62 TRLS (en relación con el art. 6.3 CC), Tribunal Supremo manifiesta:

«En el segundo motivo del recurso [de casación de los compradores Pedro Francisco y Laura se] denuncia «la infracción de la normas y doctrina de la jurisprudencial [*sic*] que interpreta el art. 62-1-4, de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, en relación con la que interpreta el art. 6-3.º del Código civil», la jurisprudencia violada surgida en torno a la aplicación del artículo citado de la Ley del Suelo son la contenida en las sentencias de 27 de marzo de 1998 y la de 28 de febrero de 1990 [que extracto en la anterior [A]], en las que efectivamente y citando a otras sentencia de esta misma Sala como la de 27 de mayo de 1983 y la de 1-10-1986⁸¹⁹, aprecian el error invalidante, cuando se compra la finca para construir, y no se puede por prohibirlo las normas de ordenación urbanística, e

⁸¹⁸ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

⁸¹⁹ De esta STS, 1.ª, 01.10.1986 doy cuenta *supra*, [34] [B] a propósito de los requisitos del dolo. En lo que ahora interesa, el artículo 62 TRLS y la presunción de dolo, el Tribunal Supremo dice:

«El motivo primero [del recurso de casación del vendedor Ismael] [...] cita como infringido el artículo sesenta y dos de la vigente Ley del Suelo Texto Refundido de nueve de abril de mil novecientos setenta y seis, por aplicación indebida. *El motivo está condenado al fracaso, por cuanto la sentencia impugnada claramente elimina en los considerandos que invoca el recurrente* [en casación, el vendedor Ismael] *la aplicación del precepto que se dice vulnerado por aplicación indebida; la nulidad [de la compraventa celebrada entre el vendedor Ismael y el comprador Blas] dictada en dicha sentencia y con razonamientos ajustados a las circunstancias del caso enjuiciado, la basa en el dolo a que el artículo mil doscientos sesenta y nueve del Código Civil se refiere, cuyo precepto aplica, con las consecuencias del artículo mil trescientos tres de dicho Texto legal, después de haber sentado unas conclusiones fácticas, que al no haber sido formal y eficientemente combatidas han quedado procesalmente inalterables [...], y por ello al establecer la Sala de instancia con esos elementos de hecho la existencia del dolo, aplica el artículo mil doscientos sesenta y nueve del Código Civil con la soberana libertad que le confiere el principio «iura novit curia», aparte del acogimiento que de ese precepto se hace en la demanda; [...]* [para estos puntos suspensivos, *supra*, [34] [B]], cuando, como aquí acontece, la finca vendida estaba incluida en un Plan Parcial de Urbanización con destino de Centro de Enseñanza General Básica, aprobado por el Ayuntamiento del Puerto de la Cruz el tres de junio de mil novecientos setenta y siete y que estando afectado dicho inmueble dentro de la Unión de Actuación Primera Fase, aprobada en junio de mil novecientos ochenta, como quiera que se adoptara posteriormente el Proyecto de Reparcelación mediante el sistema de cooperación, se adjudicó a la finca cuestionada un saldo de dos millones setecientas ochenta y siete mil quinientas veintiocho pesetas en la Liquidación Provisional y por otra parte en la superficie originaria, estimada por la Administración a dicho inmueble de 485,44 m², existe una merma resultante de 129,406 m², mediante la aplicación del coeficiente correspondiente al Proyecto de Reparcelación, restando una superficie a adjudicar al titular de la finca que se cuestiona de 240,33 m de edificabilidad; datos referidos al Plan Parcial aprobado en tres de junio de mil novecientos setenta y siete con el destino de la finca ya indicada, que desconocía el comprador [Blas] y que el vendedor [Ismael] consciente de esas circunstancias no las advirtió, ni por escrito, ni verbalmente al comprador [Blas], siendo incuestionable que los hechos expuestos configuran la existencia del dolo detectado por la Sala de segundo grado al que aplicó correctamente la norma definitoria del artículo mil doscientos sesenta y nueve del Código Civil» (cursiva mía; FD 3.º).

igualmente se ha estimado la existencia de dolo por callar, y no advertir debidamente a la otra parte la existencia de esa prohibición, llegando a afirmar en la sentencia de 28-2-1990 [que extracto en la anterior [A]] que «incluso podría mantenerse que el art.º 62 de la Ley del suelo permite presumir la existencia de error o dolo cuando no se cumplan las previsiones en ella contenida», pero tales previsiones de la existencia de la presunción de error o dolo no se cumplen, cuando la Sala de instancia, como sostiene la sentencia que venimos citando, establece expresamente lo contrario –el conocimiento anterior a la compra que tenían los compradores de la irregularidad urbanística–, y sus conclusiones no se atacan por la vía adecuada, por lo que habiendo seguido la sentencia recurrida esta orientación jurisprudencial, debe decaer este motivo del recurso, en cuanto que, respecto de la violación de la jurisprudencia interpretativa del art.º 6-3.º del Código civil, como se ha puesto de manifiesto al estudiar el motivo anterior no es de aplicación a la infracción a lo dispuesto en el art.º 62 de la Ley del suelo, ya que el efecto establecido en dicho artículo [62 TRLS] no es el de nulidad radical, sino la posibilidad de pedir la resolución del contrato en el plazo de un año, y respecto a la presunción de la existencia de error o fraude, como ha quedado recogido en el «factum» de la sentencia recurrida los compradores [Pedro Francisco y Laura] fueron informados de esa irregularidad administrativa que desvirtúa la presunción «iuris tantum» de la existencia de error o dolo, y en base a ese conocimiento de la infracción urbanística de la planta superior de la nave, se hace constar en el documento privado, que se compra una nave de 207 metros cuadrados, que es la superficie que corresponde a la planta baja, y no se manifiesta que se compran los 400 metros que corresponderían a las dos plantas de la nave» (cursiva mía; FD 2.º).

Y para los artículos 1265, 1269 y 1270 CC, el Tribunal Supremo dice:

«En el tercer motivo [del recurso de casación de los compradores Pedro Francisco y Laura] se denuncia [...] error de derecho por inaplicación de los artículos 1265, 1269 y 1270 del Código civil y doctrina jurisprudencial que los interpreta, preceptos relativos a la apreciación del dolo en los negocios jurídicos, dolo al que ya nos hemos referido al estudiar el motivo anterior, y que lo fundamenta en la pretendida ocultación por parte de los vendedores [Lázaro y Eugenia], a los compradores recurrentes [Pedro Francisco y Laura], de la ilegalidad urbanística en que incurre la planta primera excluida la baja de la nave que fue objeto del contrato; al respecto, *ha quedado tratado en el anterior fundamento de derecho [2.º], la doctrina jurisprudencial concerniente a este motivo, consistente en que el repetido artº [sic] 62, puede entenderse que establece una presunción «iuris tantum» de existencia de dolo, cuando existiendo una irregularidad urbanística, los vendedores la callan, presunción que puede desvirtuarse por el resultado de la prueba, y en este caso, la sentencia recurrida, especialmente la del Juzgado de 1.ª Instancia, que hace un estudio pormenorizado de la prueba, deduce que los compradores [Pedro Francisco y Laura], habían sido informados de la ilegalidad de la construcción de la planta sobre la nave [sic, de la planta primera de la nave], y que la cuantía del precio de la compraventa se había establecido, teniendo en cuenta esta circunstancia adversa, ya que en otro caso habría sido superior, no solo porque lo hayan afirmado los testigos, amigos ciertamente*

de los vendedores [Lázaro y Eugenia], sino también del resultado de la prueba pericial apreciada con arreglo a criterios de sana crítica, y de los hechos que siguieron a la venta y a la negación por el Ayuntamiento del permiso de apertura del local, en particular la falta de reclamación a los vendedores [Lázaro y Eugenia], el pago de dos plazos, vencidos después de ese hecho, y demás circunstancias puestas de manifiesto en el fundamento 4.º de la sentencia del Juzgado de Montilla, «factum» que no es atacable, por otra parte, en este motivo de casación, sino quiere convertir el recurso extraordinario de casación en una tercera instancia, *por lo que hay que dar por sentado que los vendedores [Lázaro y Eugenia] advirtieron de la ilegalidad urbanística a los compradores [Pedro Francisco y Laura], por lo que no puede hablarse de que el consentimiento se obtuvo a consecuencia de maniobras dolosas»* (cursiva mía; FD 3.º).

[103] *Trasladándome a periodo temporal más cercano*, sobre la obligación de informar al cliente de las incidencias que las fluctuaciones de los tipos de interés tienen en las liquidaciones sucesivas del contrato de permuta financiera de tipos de interés (*swap*) y sobre la obligación de informar sobre los elevados costes que conlleva su posible cancelación anticipada, en la *STS, 1.ª, 05.07.2016*, reproduciendo lo dicho en la, poco más de un mes anterior, *STS, 1.ª, 01.06.2016* [que extracto *supra*, [42] [B)], afirma que «no puede equipararse sin más el incumplimiento de un deber legal de información con el dolo». En aquella *STS, 1.ª, 05.07.2016*, el Tribunal Supremo recuerda que en los contratos de permuta financiera de tipos de interés ha de ofrecerse al cliente «una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada» y que, «*la omisión de tales deberes de información sobre las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de cancelación anticipada*, podría dar lugar a un error vicio del consentimiento», «[p]ero *no a una nulidad contractual por dolo omisivo*» (cursiva mía; FD 4.º). En cambio, «el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés» («sí[,] sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del *swap*, pues es determinante del riesgo que asume el cliente», FD 4.º). En cuanto al caso, ante la demanda de pago por parte del banco al cliente, el cliente reconviene y pide la declaración de nulidad del contrato por causa ilícita, por dolo y por error. En primera instancia se considera la nulidad del contrato por error del cliente (la información del banco «no fue suficiente», al no ilustrársele «sobre las características del producto y sus riesgos, sobre todo si se producía una bajada de los tipos de interés»). En segunda instancia la nulidad del contrato no fue por error, sino por dolo omisivo (la información del banco «fue suficiente y permitió al cliente conocer la me-

cánica y el riesgo del producto contratado», pero se le ocultó las previsiones del banco «respecto a la evolución de los tipos de interés»). Finalmente, el Tribunal Supremo considera que no hubo dolo del banco, el cual no tiene obligación de informar sobre la evolución futura de los tipos de interés. Paso a la exposición de esta *STS, 1.ª, 05.07.2016*.

[A] *La STS, 1.ª, 05.07.2016 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres)*

Resumidamente, el 25.07.2008 se celebra un contrato de permuta financiera de tipos de interés con vencimiento al 30.07.2011, produciéndose en su desenvolvimiento diversas liquidaciones negativas para el cliente (*Nevauto, S.A.*) que no paga al banco (*Banco Español de Crédito, S.A.*, luego *Banco Santander, S.A.* como sucesor de *Banesto*). Ante ello, el 08.11.2010, el banco da por anticipadamente vencido el contrato de permuta financiera y demanda al cliente y pide, entre otras cosas, el pago de determinada cantidad. El cliente (*Nevauto, S.A.*) reconviene y suplica, entre otras cosas, la nulidad del contrato por causa ilícita, por dolo y por error. En primera instancia se estima la reconvenición del cliente, concretamente, se considera que no hubo causa ilícita y que su consentimiento fue viciado por error. En segunda instancia se entiende que no hubo causa ilícita, ni error, pero, el consentimiento del cliente fue viciado por el dolo del banco, ya que este ocultó al cliente sus previsiones acerca de la evolución (tendencia) de los tipos de interés. El banco recurre en casación y alega infracción de los artículos 1269 y 1270.I CC y jurisprudencia que los interpreta, pues «la [s]entencia recurrida atribuye eficacia invalidante a una omisión de información que no reúne los requisitos establecidos para ser considerada dolo omisivo». El Tribunal Supremo, que casa, entiende que no hubo dolo omisivo del banco, pues este no ha de informar al cliente de su previsión sobre la evolución (tendencia) futura de los tipos de interés, sí de cómo inciden las fluctuaciones de los tipos de interés en el funcionamiento del contrato, y asumiendo la instancia, considera firmes los pronunciamientos de que no hubo causa ilícita en el contrato, ni error del cliente, y condena al cliente al pago de lo que el banco pide.⁸²⁰

En su sentencia, el Tribunal Supremo se refiere a los requisitos del dolo, al dolo omisivo, a la distinción entre el dolo y el error (en el primero hay «malicia»), a que el incumplimiento de deberes legales de información no se equipara sin más con el dolo, y a que la jurisprudencia ha admitido que el incumplimiento de la omisión de información sobre las posibles consecuencias que en el contrato de permuta financiera de tipos de interés tiene la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y la omisión de información sobre el elevado coste que supone la cancelación anticipada del contrato, pueden dar lugar a error vicio del consentimiento, pero no da lugar al dolo omisivo. En concreto, dice:

«En la sentencia de esta Sala núm. 358/2016, de 1 de junio, hemos tratado la posibilidad de que un déficit de información en la contratación de un swap

⁸²⁰ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

pueda constituir dolo omisivo por parte de la entidad financiera, que provoque la invalidez del consentimiento del cliente. Decíamos en ella:

«Conforme al art. 1269 CC, «hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho». La jurisprudencia suele exigir para la apreciación de este vicio del consentimiento los siguientes requisitos: i) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, mediante palabras o maquinaciones adecuadas; ii) la voluntad del declarante debe haber quedado viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño; iii) esta conducta deber [*sic*; debe] ser determinante de la declaración; iv) el carácter grave de la conducta insidiosa; y v) el engaño no debe haber sido ocasionado por un tercero, ni empleado por las dos partes (recogida en la [*sic*; las] SSTS de 11 y 12 de junio de 2003).

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). Esto es, para que exista dolo omisivo ha de haber un deber jurídico de informar violado por el silencio. *Aunque no puede equipararse sin más el incumplimiento de un deber legal de información con el dolo.*

En cualquier caso, el dolo se distingue del error en la conducta insidiosa del agente, en la maquinación o astucia, ya sea activa o pasiva, del que induce al otro a contratar. Y es esta nota de malicia, que resalta la gravedad del dolo y que no debe confundirse con el ánimo de perjudicar, la que no se aprecia en este caso.

Aunque en alguna ocasión hemos extendido el deber de información del art. 79 bis 3 LMV a los concretos riesgos que pudieran derivarse del coste de cancelación, y hemos llegado a apreciar el error en el consentimiento como consecuencia de este defecto de información, para la apreciación del dolo se requiere algo más. Es preciso que el silencio se haya empleado como medio de engaño para lograr el consentimiento del cliente, lo que no ha quedado acreditado en la instancia, y el recurso de casación no permite alterar la base fáctica. Al respecto, conviene no olvidar que, no sólo no constan circunstancias que puedan poner en evidencia la existencia del engaño, sino que la sentencia de apelación declara probado que los representantes de las sociedades demandantes «fueron informadas de los riesgos del producto» y «conocían lo que firmaban»⁸²¹.

2. A su vez, en otras resoluciones, como las sentencias núm. 692/2015, de 10 de diciembre, o 310/2016, de 11 de mayo, hemos dicho, en relación con el cumplimiento del deber de información que compete legalmente a la entidad fi-

⁸²¹ El entrecorillado transcrito en el cuerpo del texto de la citada STS, 1.ª, 01.06.2016 se encuentra en su FD 2.º 6. Como también he dicho en el cuerpo del texto, de dicha STS, 1.ª, 01.06.2016 me ocupo *supra*, [42] [B] y allí remito. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

nanciera (básicamente, art. 79 bis LMV), que no se trata de que ésta pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada. Del mismo modo, hemos afirmado también en tales resoluciones (y en las que en ellas se citan) que el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente.

3. *En su caso, la omisión de tales deberes de información sobre las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada, podría dar lugar a un error vicio del consentimiento* (sentencias [...] ⁸²²). *Pero no a una nulidad contractual por dolo omisivo*» (cursiva mía; FD 4.º).

«1. *Como quiera que la sentencia recurrida no se adecúa a la expuesta doctrina jurisprudencial el recurso de casación ha de ser estimado*, por lo que dicha resolución debe ser anulada, en cuanto que estima la nulidad por dolo omisivo, asumiendo la instancia este Tribunal.

2. A su vez, como quiera que el recurso de casación sólo ha versado sobre la nulidad del contrato por dolo omisivo, han quedado firmes los pronunciamientos de segunda instancia relativos a la inexistencia de causa ilícita y de error vicio [...] ⁸²³» (cursiva mía; FD 5.º).

⁸²² En estos puntos suspensivos se citan las sentencias: «de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 110/2015, de 26 de febrero; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2015, de 20 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 595/2015, de 30 de octubre; 588/2015, de 10 de noviembre; 623/2015, de 24 de noviembre; 675/2015, de 25 de noviembre; 631/2015, de 26 de noviembre; 676/2015, de 30 de noviembre; 670/2015, de 9 de diciembre; 691/2015, de 10 de diciembre; 692/2015, de 10 de diciembre; 741/2015, de 17 de diciembre; 742/2015, de 18 de diciembre; 747/2015, de 29 de diciembre; 32/2016, de 4 de febrero; 63/2016, de 12 de febrero; 195/2016, de 29 de marzo; y 235/2016, de 8 de abril» (FD 4.º).

Sobre los deberes de información y el error en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, FENOY PICÓN, *ADC* (2017) [214]-[216] pp. 661-668.

⁸²³ En los puntos suspensivos, continúa el Tribunal Supremo: «En concreto, dice la Audiencia Provincial:

«[n]o podemos afirmar que la actora en reconvención [el cliente] fuese inducida, a consecuencia de una defectuosa información suministrada por el Banco con quien concertó el contrato objeto del litigio, a un error sobre la sustancia objeto del contrato, obteniendo así una falsa percepción sobre las características propias del producto, provocando en el cliente un conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo que asumía, incurriendo así, en error sobre la esencia del contrato, de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de acuerdo con lo establecido en los arts. 1265 y 1266 del Código Civil.

Por tanto, conociendo básicamente las partes las condiciones del contrato, y su carácter básicamente aleatorio dada la inestabilidad del índice de referencia utilizado, realizando la demandada [el cliente] la operación en la esperanza de obtener beneficios basada en las variaciones de los índices utilizados, conociendo la demandante en reconvención [el cliente] «los trazos fundamentales de la reglamentación pactada», siendo «expresamente informada por la entidad de crédito en lo esencial de los riesgos», empleando los mismos términos que la Sentencia de nuestro Alto Tribunal 21/11/12, no cabe estimar que proceda la anulación del contrato, por error en la prestación del consentimiento».

4. LOS EFECTOS DEL DOLO

4.1 Una cuestión previa: la anulación, la indemnización de daños y perjuicios, y la adaptación del contrato, ¿pueden constituir un sistema precontractual y unitario de remedios? ¿Qué sucede con los vicios del consentimiento del Código civil, y con los de los PECL?

[104] En 2019 y refiriéndose con carácter general al riesgo de la defectuosa información y a su distribución entre los contratantes, *riesgo que en el dolo se plasma*⁸²⁴, Morales Moreno explica, a partir de una *visión flexible* de los remedios⁸²⁵, que «*[h]ay remedios del incumplimiento del contrato que tienen cierta correspondencia, en su función, con algunos de los [remedios] no fundados en el incumplimiento*» (cursiva mía)⁸²⁶, procediendo, de inmediato, a la oportuna comparación. En este sentido, el autor apunta que «*[l]a «resolución» del contrato por incumplimiento se corresponde con la «anulación» del mismo por un vicio del consentimiento, aunque la justificación teórica de una [la resolución] y otra [la anulación] sea diferente (incumplimiento del contrato/defecto del consentimiento)*» (cursiva mía)⁸²⁷. En cuanto a «*[l]a «indemnización por incumplimiento» del contrato, [esta] se corresponde con la «indemnización por responsabilidad precontractual» (en caso de información defectuosa), si bien el daño indemnizable no es el mismo (interés positivo/in-*

3. Como consecuencia de ello, y dado que Nevauto, S.A. [el cliente] no ha recurrido la sentencia de la Audiencia Provincial, en cuanto a los pronunciamientos relativos a la inexistencia de causa ilícita y de error vicio, que han quedado firmes, la demanda [del banco] ha de ser estimada y la reconvencción [del cliente] desestimada, dado que no ha prosperado ninguna de las causas por las que Nevauto [el cliente] instó la nulidad contractual: causa ilícita, error vicio y dolo omisivo, que no solo fundaban su pretensión reconvenccional, sino también su oposición a la demanda» (FD 5.º de la STS, 1.ª, 05.07.2016).

⁸²⁴ Según MORALES MORENO, «[e]l dolo también puede ser considerado como un riesgo de defectuosa información para el contratante que lo padece» [(2019) nota 6 de p. 380].

⁸²⁵ ¿Qué es un remedio? En 2011, para MORALES MORENO «es toda medida de protección que ofrece el ordenamiento jurídico a un sujeto en una determinada situación, frente a la lesión de un interés. Tales remedios pueden consistir en *pretensiones* [...] o en *derechos potestativos* [...]. El término *remedio*, no es un término que tenga arraigo histórico en nuestro ordenamiento ni en la tradición jurídica continental, proveniente del Derecho romano. En ella es más frecuente hablar de acciones, o de pretensiones, si nos situamos fuera del ámbito estrictamente procesal. Pero el término remedios (proveniente del derecho angloamericano y con un uso cada vez más extendido en los textos de derecho europeo) tiene la ventaja de su mayor flexibilidad. No está contaminado por la construcción judicialista que históricamente ha acompañado a las medidas de protección del derecho de contratos. Permite incluir tanto las pretensiones como los derechos potestativos. Permite además referirse a las medidas de protección que se desarrollen fuera del proceso (por ejemplo: anulación o resolución extrajudicial, mediante declaración de voluntad)» [cursiva del original; (2011) p. 402].

⁸²⁶ MORALES MORENO (2019) p. 378.

⁸²⁷ MORALES MORENO (2019) p. 378.

terés negativo)» (cursiva mía)⁸²⁸. Y sobre «[l]a «*reducción del precio*» por incumplimiento defectuoso del contrato, esta se corresponde con la «*adaptación del contrato*» en caso de alteración de la base del negocio, aunque la reducción del precio se aplica a un supuesto muy concreto (alteración de la relación de equivalencia entre las prestaciones del contrato)» (cursiva mía)⁸²⁹.

Ahora bien, para Morales Moreno, «[l]os remedios no fundados en el incumplimiento no están agrupados en un sistema unitario⁸³⁰, como [sí] lo están hoy los [remedios] fundados en el incumplimiento ([manejando un] sistema de responsabilidad contractual, en sentido amplio)» (cursiva mía)⁸³¹. Según el autor, los remedios no fundados en el incumplimiento «[s]e fundamentan en diversas figuras jurídicas» (cursiva mía)⁸³² como «los «vicios del consentimiento» (y dentro de ellos los referidos al riesgo de defectuosa información: el dolo y el error)⁸³³, «la alteración de la «base del negocio»⁸³⁴, y, la «responsabilidad» *in contrahendo*, tanto en su manifestación de dolo *in con-*

⁸²⁸ MORALES MORENO (2019) p. 378.

⁸²⁹ MORALES MORENO (2019) p. 378.

⁸³⁰ ¿Qué es un sistema de remedios? En 2011, para MORALES MORENO «[...] es un conjunto de remedios, ofrecidos por el ordenamiento, de modo *articulado*, en una determinada situación (concretada en el supuesto básico del sistema de remedios de que se trate) para que el sujeto legitimado (que ha visto lesionado un determinado interés) pueda obtener una protección adecuada mediante la utilización de alguno o algunos de ellos. Un sistema de remedios es [...] un conjunto de medidas jurídicas diferentes, pero que actúan de modo coordinado para que pueda lograrse a través de ellas la satisfacción del interés lesionado, de acuerdo con las preferencias del sujeto legitimado para su utilización./ Un sistema de remedios se caracteriza por estos rasgos./ *Unidad del supuesto básico*, común a todos los remedios. [...]. El supuesto básico abre la posibilidad de utilizar el sistema; además nos pone de manifiesto la función del sistema: el interés insatisfecho o lesionado, que se trata de satisfacer. [...]./ *Pluralidad de remedios*. En un sistema de remedios se articulan varios remedios: los que el ordenamiento considere oportunos para satisfacer el interés del sujeto legitimado. Cada remedio ofrece una vía diferente de protección de ese interés, complementario de las otras (los otros remedios). [...]./ La unidad del supuesto de hecho básico del sistema de remedios (aplicable a todos los remedios) es compatible con la existencia de ciertos requisitos diferentes, sobreañadidos, como *supuesto especial* para la aplicación de cada uno o de algunos de los remedios. [...]./ La existencia de un conjunto de remedios, articulados en un sistema, permite al legitimado organizar su estrategia de protección, seleccionando, aquél o aquellos remedios que más le convenga ejercitar. Las reglas de articulación del sistema establecen la compatibilidad o incompatibilidad de los remedios entre sí. En ese marco jurídico permiten tomar decisiones de organización en la defensa del propio interés./ [...] la idea de sistema [...] [a]porta la idea de unidad de función del conjunto de remedios (en consideración al interés protegido). Lo cual permite establecer mejor las reglas por las que debe regirse el agotamiento del sistema por el ejercicio de alguno o algunos remedios (cosa juzgada) o por el transcurso del tiempo (prescripción). En un sistema de remedios resulta deseable regular, en la medida de lo posible, la cosa juzgada y la prescripción bajo la consideración de la unidad del sistema de protección» [cursiva del original; (2011) pp. 403-404].

⁸³¹ MORALES MORENO (2019) pp. 378-379.

⁸³² MORALES MORENO (2019) p. 379.

⁸³³ MORALES MORENO (2019) p. 379.

⁸³⁴ Sobre *base del negocio*, MORALES MORENO aclara que «(por utilizar una fórmula que permita incluir tanto el error común acerca de las circunstancias presentes, como la alteración sobrevenida de las circunstancias)» [(2019) p. 379]. *Vid. infra*, nota 837.

trahendo (dolo incidental)» como de *culpa in contrahendo*»⁸³⁵. Considera Morales Moreno que las apuntadas figuras «contempla[n] el problema del defecto de información desde una perspectiva diferente», lo cual «incide en la determinación del remedio oportuno en cada una de ellas»⁸³⁶. Y así, los «vicios del consentimiento» (cursiva mía) lo hacen «desde la voluntad (consentimiento) necesaria para la formación del contrato» y de ahí que «el remedio que ofrecen es [sea] la anulación del contrato»; en cuanto a la «responsabilidad precontractual», esta lo hace «desde [la perspectiva del] [...] daño o lesión que produce la información defectuosa, sobre cuya base se celebra el contrato, cuando existe razón para imputar ese daño a la conducta del otro [contratante]»⁸³⁷.

Trasladándose y centrándose en el «dolo o error como vicios del consentimiento (que todavía hoy manejamos, por influencia de la construcción iusnaturalista de la noción de contrato y la justificación de su fuerza vinculante)» (cursiva mía), Morales Moreno considera que tal visión *debe revisarse*⁸³⁸. *A su entender*, «el remedio de la anulación del contrato debe ser sustituido por uno más flexible», además de que «junto a la desvinculación del contrato (como alternativa o en combinación con ella) se deben introducir otros remedios, para distribuir el riesgo de defectuosa información, conforme a las circunstancias de cada caso (teniendo especialmente en cuenta la conducta del otro contratante)», y esos otros remedios a introducir «han de ser la adaptación del contrato (bajo ciertos presupuestos) y la indemnización de determinados daños» (cursiva mía)⁸³⁹.

[A] *Anteriores consideraciones de Morales Moreno sobre lo hasta ahora expuesto*

[A.1] *Sobre la posibilidad de articular un sistema precontractual de remedios*

Ya en 2011, Morales Moreno manifestaba su preocupación e interés acerca de si «[e]n el ámbito de los vicios de la voluntad, ¿es posible articular un sistema precontractual de remedios, semejante al incumplimiento, integrado por la anulación, la indemnización de daños y, en algunos casos, la adaptación del contrato?»

⁸³⁵ MORALES MORENO (2019) p. 379.

⁸³⁶ MORALES MORENO (2019) p. 379.

⁸³⁷ MORALES MORENO (2019) p. 379; y en lo que se refiere a la «alteración de la base del negocio», según MORALES MORENO, en esta se «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». *Vid. supra*, nota 834.

⁸³⁸ MORALES MORENO (2019) p. 385.

⁸³⁹ MORALES MORENO (2019) p. 386.

(cursiva del original)⁸⁴⁰, respondiendo que sí y reconociendo su dificultad⁸⁴¹. *Decía entonces:*

«*La función unitaria de los remedios, anulabilidad e indemnización (e incluso, de la adaptación del contrato) es proteger al contratante que ha celebrado un contrato no querido (por ej. intimidación), o con un contenido no querido (error, dolo), o con una organización de intereses que no se adapta al modelo de corrección (de equilibrio del contrato) que en ese caso utiliza la norma (ej. obtención de un provecho excesivo o ventaja desleal; también, cláusulas abusivas) cuando se dan unos determinados presupuestos bajo los cuales el ordenamiento establece que ese contratante merece protección. Esa protección se ofrece: a través de la desvinculación del contrato (anulación), de la indemnización del daño (consistente en la peor situación en que se encuentra ese contratante al haber celebrado ese contrato, tras su anulación o sin su anulación), o de la adaptación del contrato.* [Las anteriores cursivas mías].

Para hacer posible la construcción de un sistema de remedios precontractual como el que considero [Morales Moreno] *hace falta un cambio de perspectiva con respecto a los vicios de la voluntad* [esta cursiva mía]. Los vicios de la voluntad son algo más que un supuesto de voluntad imperfecta (causa de anulabilidad del contrato, sin probar daño). Un contrato anulable (defectuosamente querido) es en muchas ocasiones (error, dolo, provecho excesivo), además (y quizás fundamentalmente) un contrato económicamente dañoso, en sí mismo, para el contratante que padece el vicio. Y, además, una causa de producción de otros daños relacionados con el interés de la confianza. A decir verdad, *la anulación de ese contrato* [esta cursiva mía] es, en estos casos, un remedio de efecto sanatorio o indemnizatorio (*restitutio in integrum*) que ofrece la ventaja de no tener que probar el daño.

La indemnización [esta cursiva mía] [es] el único remedio oportuno en aquellos casos en los que no hay vicio de la voluntad, porque el contrato en todo caso se hubiera celebrado (dolo incidental, información incorrecta), pero el contenido del mismo (la organización contractual de intereses) no es el que el contratante protegido hubiera establecido, de no haberse producido la intervención precontractual del otro contratante prevista como supuesto de indemnización»⁸⁴².

En cuanto a la adaptación del contrato, este remedio «[p]ermite satisfacer, razonablemente, el interés del contratante legitimado para anular el contrato (o de ambos contratantes en caso de error común) sin necesidad de anularlo. Está por tanto bajo la influencia del principio de conservación del contrato. Esta medida pone también de manifiesto que, en los contratos, el verdadero problema que subyace en los vicios de la voluntad no es simplemente un problema de voluntad sino un problema de organización de intereses, de daños. Problema ocultado en

⁸⁴⁰ MORALES MORENO (2019) p. 401, en el resumen de su trabajo.

⁸⁴¹ MORALES MORENO plantea si «¿puede existir una función unitaria de la anulación y de la indemnización (y de la adaptación del contrato, cuando es procedente) que permita articular esos tres remedios en un sistema?», y responde, «[c]reo que sí» [(2011) p. 409].

⁸⁴² MORALES MORENO (2011) pp. 409-410.

el sistema del CC español (y, en general, de los códigos) para agilizar la protección, pero que hoy vuelve a ser tomado en consideración»⁸⁴³.

Finalmente, Morales Moreno ofrece unas *pautas* a tener en cuenta en la construcción de un futuro sistema de remedios precontractual. En concreto:

«El intento de construir un sistema precontractual de remedios ofrece *dificultades*. La primera es, que *no puede generalizarse a todos los supuestos de responsabilidad precontractual*: por la diversidad de situaciones y problemas que cada uno contiene; además, porque en algunos de ellos sólo es oportuno el remedio de la indemnización. Esto, sin embargo, no supone que no haya casos en los que concurren varios remedios que podrían ser integrados en un sistema. Son los casos en que es posible la anulabilidad (por vicio de la voluntad), la indemnización (del interés negativo) y, ocasionalmente, la adaptación del contrato.

La construcción de un sistema de remedios, de ser posible, exige establecer un supuesto unitario básico, común a todos los remedios (particularmente a la anulación y a la indemnización). Este supuesto [unitario básico] no se encuentra hoy definido en el derecho positivo [el del Código civil], porque está configurado de acuerdo con un estado de la dogmática jurídica diferente, necesitado de revisión. *Establecido ese supuesto básico, no hay inconveniente en que tanto el remedio de la anulabilidad como el de la indemnización tengan su propio supuesto complementario diferente el uno del otro. Lo cual supone que en algunos casos pueden ser oportunos ambos remedios, y en otros sólo uno o el otro.*

Para establecer el supuesto básico de ese sistema de remedios, capaz de articular a la anulación y a la indemnización, hemos de considerar que, a menudo, en los vicios del consentimiento, no hay sólo un problema de defectuosa voluntad, para el que es adecuada la anulabilidad, sino un problema de lesión o daño económico: una diferencia negativa entre la organización real de intereses establecida en el contrato y otra tomada como modelo ideal de comparación. Esta otra es, según el vicio del consentimiento de que se trate, la realmente querida, la que habría sido querida de haberse contado con toda la información, o la que puede resultar razonable.

La articulación de un sistema de remedios, en este ámbito precontractual dominado por la influencia predominante de los vicios de la voluntad y su régimen de nulidades, podría permitir, en el futuro, mediante una adecuada articulación de los remedios (a través de la configuración del supuesto específico de cada uno de ellos) resolver más a menudo los problemas no por la vía de la nulidad sino por la de la indemnización. Así lo estimulan ya los PECL [de los que, por mi parte, me ocupo en este mismo [104], siguiente [B]], aunque dejándolo a iniciativa del legitimado. *Otro posible remedio sería la adaptación del contrato»* (cursiva mía)⁸⁴⁴.

⁸⁴³ MORALES MORENO (2011) pp. 412-413.

⁸⁴⁴ MORALES MORENO (2011) p. 422; lo anterior lo señala el autor «[a] modo de conclusión».

[A.2] *Sobre la inexistencia en el Código civil de un sistema de remedios precontractual para los vicios del consentimiento*

Al respecto y también en 2011, Morales Moreno manifiesta que «[e]l CC no articula un sistema de remedios precontractuales por vicios de la voluntad, integrado por la anulación y la indemnización», pues «[e]l CC regula, de modo casi exclusivo, la anulabilidad del contrato» y «[l]a indemnización no está contemplada en ese lugar, a diferencia de los PECL [de los que, como antes dije, me ocupó en la siguiente [B]], como una medida complementaria o alternativa de la anulabilidad»⁸⁴⁵. El autor reconoce que en el Código civil «hay alguna referencia indirecta a ella [a la indemnización de daños y perjuicios como medida complementaria o alternativa a la anulabilidad], que presupone su admisibilidad ([así] en caso de dolo: art. 1270 II [CC]; también [en el supuesto del art.] 1486 II [CC])»⁸⁴⁶. Además, en relación con el remedio de la indemnización de daños y perjuicios, «[e]l CC ha seguido en este punto el sistema tradicional, proveniente del Derecho romano, que funda el deber de indemnizar en el dolo», considerando Morales Moreno que «[p]uede afirmarse que el CC se halla lejos de establecer, como tal, un sistema precontractual de remedios, relacionado con los vicios de la voluntad, que utilice como criterio de imputación tanto el dolo como la culpa»⁸⁴⁷.

Para la adaptación de contrato, Morales Moreno destaca que «[e]l CC tampoco [la] prevé en casos como los contemplados en los PECL (en caso de error, en casos en que, dado el concepto amplio de dolo del art. 1269 [CC] no limitado a la inducción a error, el dolo consista en la obtención de una ventaja excesiva)» y «[e]sto hace difícil que la adaptación del contrato pueda ser exigida por el contratante que padece el vicio de la voluntad en los casos en que podría hacerlo conforme a los PECL (salvo que se considere una indemnización *in natura*), pero no excluye que, por la vía del art. 7 CC, pueda ser utilizada por el otro contratante para impedir la anulación del contrato»⁸⁴⁸.

[B] *La articulación entre el remedio de la indemnización de daños y perjuicios y el de la anulación del contrato en los PECL*

En sus anteriores consideraciones, Morales Moreno destaca que *en los PECL y para los vicios del consentimiento se contemplan específicamente los remedios de la anulación del contrato y la indemnización de daños y perjuicios. ¿Cómo se articulan tales remedios en los PECL?*

[B.1] *La presentación del artículo 4:117 PECL (Daños y perjuicios)*

El artículo 4:117 PECL (que transcribo *supra*, [5] [A]) se ocupa de las tres siguientes posibilidades. Una, indemnización de daños y perjuicios y anulación

⁸⁴⁵ MORALES MORENO (2011) p. 415.

⁸⁴⁶ MORALES MORENO (2011) p. 415.

⁸⁴⁷ MORALES MORENO (2011) p. 415; lo reitera mas adelante: «En el CC, conforme al Derecho romano, el criterio de imputación de responsabilidad en la etapa precontractual es el dolo (art. 1270 II, 1486 II CC), entendido en el sentido de conducta que de modo consciente y voluntario infringe las exigencias de la buena fe» (p. 417).

⁸⁴⁸ MORALES MORENO (2011) p. 415.

del contrato [art. 4:117 (1) PECL; acumulación de remedios]. *Otra, solo indemnización de daños y perjuicios*, ya que el contrato *no se anula* porque el legitimado no lo hace, o no puede hacerlo al haber transcurrido el plazo de ejercicio de la anulación del contrato, o porque el contrato fue confirmado [art. 4:117 (2) PECL]. *Y la tercera y última posibilidad, solo indemnización de daños y perjuicios*, si la parte afectada actuó erróneamente debido a una información incorrecta *en el sentido del artículo 4:106 PECL* [art. 4:117 (2) PECL]. Según este artículo 4:106 PECL, la parte que celebró el contrato confiando en la información dada por la otra parte puede exigir indemnización de daños y perjuicios de conformidad con el artículo 4:117 (2) y (3), *incluso si la información no dio lugar a un error esencial del artículo 4:103 PECL*, salvo que la parte, que suministrase la información, tuviera razones para creer que la misma era correcta⁸⁴⁹.

La relevancia de situarse en uno u otro supuesto, de los antes descritos, es que *la extensión de los daños y perjuicios es distinta*, como explico en los siguientes [B.2] y [B.3].

Por último, el artículo 4:117 (3) PECL dispone una norma común para todos los anteriores supuestos, la de que, respecto de otros aspectos, la indemnización de los daños y perjuicios será de conformidad con las normas del capítulo 9, sección 5, sección que trata de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, y ello, con las apropiadas adaptaciones.

[B.2] *Para el supuesto de la anulación del contrato e indemnización de daños y perjuicios*, según el artículo 4:117 (1) PECL, dicha indemnización debe permitir, al que anula el contrato, *colocarle, tan cerca como sea posible, en la misma situación en que estaría si no hubiese celebrado el contrato, a condición de que la otra parte supiera o hubiera debido haber sabido que existía el error, el dolo, la intimidación, o el beneficio excesivo o ventaja injusta*.

En el Comentario oficial se apunta que *no basta*, a quien celebró el contrato por un error no compartido por el otro contratante, *o por dolo*, o por amenazas, o por excesiva o injusta ventaja, *disponer solo del derecho a anular el contrato* o, parte de él, pues, puede suceder que *aquel no quiera ejercitar la anulación y entonces, ¿debería quedarse sin remedios?*, señalándose que, *como mínimo*, debería tener derecho a recuperar cualquier ganancia que la otra parte hubiera obteni-

⁸⁴⁹ a) Artículo 4:106 PECL (versión española): «Información incorrecta/ Una parte que celebra un contrato basándose en una información incorrecta dada por la otra parte, podrá exigir una indemnización por daños y perjuicios conforme a los apartados (2) y (3) del artículo 4:117, incluso cuando la información no haya provocado un error esencial en el sentido del artículo 4:103, salvo que la parte que dio la información tuviera motivos para creer que la información era correcta» [BARRES BENLLOCH/EMBIID IRUJO/MARTÍNEZ SANZ (2003) p. 354; otra traducción al español en DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES (2002) p. 42].

b) Artículo 4:106 PECL (versión oficial): «Incorrect Information

A party which has concluded a contract relying on incorrect information given it by the other party may recover damages in accordance with Article 4:117 (2) and (3) even if the information does not give rise to a fundamental mistake under Article 4:103 [«Fundamental Mistake as to Facts or Law»], unless the party which gave the information had reason to believe that the information was correct».

c) Para el Comentario oficial del artículo 4:106 PECL, *infra*, nota 860 c).

do a sus expensas como resultado de la conducta que dio lugar a su derecho a anular⁸⁵⁰.

Por otro lado, el efecto restitutorio, fruto de la anulación del contrato, puede no bastar, pues los sujetos afectados pueden haber sufrido mayores pérdidas, que no habrían tenido lugar si no hubieran existido aquellas conductas y dichos sujetos afectados deberían tener derecho a recuperar el daño⁸⁵¹. *Pues bien, el artículo 4:117 (1) PECL les permite recuperarlo*⁸⁵². Se advierte que en muchos sistemas legales se considera que la indemnización de daños y perjuicios es, en estos supuestos, extracontractual, pero, *si el contrato está sometido a los PECL, la reclamación se ampara en el artículo 4:117 PECL*.⁸⁵³

Sentado que ha de haber derecho a la indemnización de daños y perjuicios, cuando el contrato se anula, *¿cuál es su extensión?* En el Comentario oficial se explica que la indemnización *por incumplimiento (contractual)* se dirige a situar a la parte perjudicada en la situación en la que se encontraría *si el contrato se hubiera cumplido, pero, en los supuestos del Capítulo 4 de los PECL (y uno es el de los vicios del consentimiento) no hay incumplimiento (contractual) o al menos, no necesariamente lo hay: incluso si hubo dolo, o se facilitó una información incorrecta, el sujeto declarante no necesariamente hizo una promesa contractual de que era verdad y, si no hubo tal promesa de que fuera verdad, la declaración no verdadera no causó el daño de la «pérdida de la expectativa» («loss of expectation») y la indemnización no lo incluirá*⁸⁵⁴. Entonces, *¿cuál es el fin de la indemnización del artículo 4:117 PECL? Volver a situar a la parte en la situación en la que se encontraría si no hubiera celebrado el contrato*⁸⁵⁵. En la *Illustration 3* se expone este ejemplo. L alquila un piso a T, diciéndole que el ocupante del piso tiene derecho a usar el jardín de la plaza situada enfrente del edificio de apartamentos. L sabe que su declaración no es verdad. T pacta pagar 400 £ por mes, siendo la renta normal por dicho piso de 350 £ por mes. En el edificio hay pisos similares al de T, que sí tienen derecho a usar del jardín, siendo su renta mayor, de 500 £ por mes. T tiene derecho a recuperar de L, en concepto de daños y perjuicios, la cantidad 50 £ por mes, y no la de 150 £ por mes⁸⁵⁶.

*La indemnización de daños y perjuicios del artículo 4:117 PECL puede incluir las oportunidades que la parte dejó de pasar, confiando (en la validez del) en el contrato*⁸⁵⁷. En la *Illustration 5* se explica lo siguiente. E acepta una oferta de empleo de F, después de que F dolosamente le haya comunicado que el empleo incluye una pensión vinculada a cierto índice. E descubre que el empleo carece de esa pensión y renuncia al mismo. Al haber aceptado el empleo de F, E dejó pasar otra oferta de trabajo con un salario mucho mejor del que podría obte-

⁸⁵⁰ LANDO/BEALE (eds.) (2000) *Comment A*, p. 281.

⁸⁵¹ LANDO/BEALE (eds.) (2000) *Comment A*, p. 281.

⁸⁵² LANDO/BEALE (eds.) (2000) *Comment A*, p. 281.

⁸⁵³ LANDO/BEALE (eds.) (2000) *Comment A*, p. 281.

⁸⁵⁴ LANDO/BEALE (eds.) (2000) *Comment B*, pp. 281-282.

⁸⁵⁵ LANDO/BEALE (eds.) (2000) *Comment B*, p. 282.

⁸⁵⁶ LANDO/BEALE (eds.) (2000) *Comment B*, p. 282.

⁸⁵⁷ LANDO/BEALE (eds.) (2000) *Comment B*, p. 282.

ner ahora en otro sitio. E puede recuperar, en concepto de daños y perjuicios, la diferencia de lo que habría ganado en el otro empleo y el salario que puede ahora obtener⁸⁵⁸.

[B.3] *Para el supuesto de que el contrato no se anule porque, teniéndose derecho, no se anula, o no se tiene derecho a anular porque transcurrió el plazo para hacerlo, o el contrato se confirmó*, el artículo 4:117 (2) PECL ordena que la indemnización de los daños y perjuicios *se limite* a las pérdidas causadas por el error, o por el dolo, o por la intimidación, o por el beneficio excesivo o ventaja injusta.

En el Comentario oficial se apunta, para estos supuestos, que la indemnización de los daños y perjuicios *no necesariamente ha de colocar en la misma situación en la que se estaría si no se hubiera celebrado el contrato*, ya que, permitirlo, podría suponer desplazar otros daños a la otra parte, como por ejemplo el daño consistente en la disminución de valor de una propiedad, *cuando dicha pérdida no se relaciona con la causa de anulación, y esto mismo se aplica particularmente al supuesto del suministro de incorrecta información del artículo 4:106 PECL*⁸⁵⁹. En la *Illustration 6, A*, promotor inmobiliario, compra un solar por 5 millones de libras, confiando en la declaración del vendedor de que sobre el solar no existen derechos de terceros. Más tarde, A descubre que hay un derecho de paso sobre una parte del solar, no lo suficientemente grave como para considerar que el error sea relevante de conformidad con el artículo 4:103 PECL (que regula el error), pero a A la desviación de la trayectoria del derecho de paso le costará 10.000 £. A puede reclamar la indemnización, amparándose en el artículo 4:106 PECL (*Incorrect Information*) [artículo este, que remite al art. 4:117 (2) y (3) PECL; *supra*, nota 849]. Mientras tanto y debido a un desplome en los precios en las propiedades, el valor del solar comprado por A desciende de 5 millones de libras a 2,5 millones de libras. *La indemnización de daños y perjuicios de A se limita a las 10.000 £*⁸⁶⁰.

⁸⁵⁸ LANDO/BEALE (eds.) (2000) *Comment B*, p. 282.

⁸⁵⁹ a) LANDO/BEALE (eds.) (2000) *Comment C*, p. 282.

b) DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, para el supuesto del artículo 4:117 (2) PECL comentan: «En aquellos casos en que el contrato, no obstante poder serlo, no haya sido anulado por la parte facultada para ello, la cuestión del alcance de la indemnización por responsabilidad precontractual que se le puede conceder, resulta más dudosa. En principio, se podría pensar que el no ejercicio de la acción de anulación comporta una confirmación de acuerdo con el artículo 4:114 PECL y que, por consiguiente, la responsabilidad precontractual queda también absorbida por la confirmación, aunque ello no impida establecer con claridad el dato de que los daños han sido, sin embargo, causados. *La solución de los PECL se coloca en un punto intermedio entre el interés positivo y el negativo y es limitar la indemnización a las pérdidas que a la parte perjudicada le hubiera causado el error; la información incorrecta, el dolo y las restantes causas de anulación*» [(*cursiva mía*; 2002] pp. 244-245).

⁸⁶⁰ a) LANDO/BEALE (eds.) (2000) *Comment C*, p. 283.

b) Para las explicaciones, que he ido exponiendo en el cuerpo del texto, me apoyo en el Comentario oficial del artículo 4:117 PECL.

c) *En cuanto al comentario oficial del artículo 4:106 PECL* (que transcribo *supra*, nota 849) y en lo que ahora interesa, *el remedio de la indemnización de daños y perjuicios*, según el *Comment E*, quien fue equivocado por una información incorrecta, tiene derecho a ser compensado de las pérdidas que *dicha información incorrecta le causó* y, dado que la otra parte *no prometió* que la información fuera correcta, el perjudicado no tiene derecho a la indemnización de daños y perjuicios sobre la base de la posición en que se hubiera encontra-

[B.4] *Por último, para los supuestos, que expongo en las anteriores [B.2] y [B.3] y para otros aspectos de la indemnización de daños y perjuicios, se aplican las normas indemnizatorias por incumplimiento contractual de la sección 5 del capítulo 9 de los PECL, con las apropiadas adaptaciones.*

En el Comentario oficial se explica que, a veces, la víctima *del dolo*, o del error, *no protege sus propios intereses, contribuyendo a sus pérdidas y aquí, la cuantía de los daños indemnizables puede reducirse* (cfr. art. 9:504 PECL, «Loss Attributable to Aggrieved Party», y art. 9: 505 PECL: «Reduction of Loss») ⁸⁶¹.

[105] *Teniendo presente las previas consideraciones generales realizadas en [104], a continuación y con el presupuesto de que el contrato se celebra a causa del dolo del otro contratante, analizo los remedios de la anulación del contrato, de la indemnización de daños y perjuicios y de la adaptación del contrato. El análisis de la adaptación del contrato, advierto, lo hago al exponer la indemnización de daños y perjuicios.*

4.2 La anulación del contrato

[106] El dolo *causal* permite a su víctima *impugnar* la validez del contrato. Aunque en el Código civil se emplea el término nulidad (arts. 1270.I, 1300, 1301, 1302 CC; art. 1265 CC), se trata de la acción de anulación o anulabilidad.

do si la información que se le suministró, hubiese sido correcta. *Solo tiene derecho a que se le compense la diferencia entre la posición que tiene ahora y en la que hubiera estado si hubiera sabido la verdad.* En la *Illustration 4* se lee, A vende un coche de segunda mano a B, diciéndole que solo ha recorrido 50.000 kilómetros, acordándose que B pague 100.000 FF, aunque el precio de mercado por ese modelo de coche, con 50.000 kilómetros recorridos en el cuentakilómetros, es de 105.000 FF. Pero, el hecho es que el coche había recorrido 150.000 kilómetros y su valor solo es de 85.000 FF. B puede obtener una indemnización de 15.000 FF.

Se insiste en el *Comment E*, que solo las pérdidas causadas por la incorrecta información pueden reclamarse como indemnización de daños y perjuicios. *El perjudicado no puede ser compensado sobre la base de la posición, en la que podría haber estado, si hubiera tenido derecho a anular el contrato por error.* Así, ahora en la *Illustration 5*, cuyos hechos son los mismos que los de la anterior *Illustration 4*, salvo que se acordó pagar 110.000 FF, mientras que el valor de mercado del coche con 50.000 kilómetros recorridos es de 95.000 FF, siendo el valor actual del mercado de 85.000 FF; en este otro caso, B solo puede obtener 10.000 FF.

Además, si la información incorrecta causó a la parte, que la recibió, pérdidas *más allá de la diferencia de valor entre lo que se dio y lo que se recibió* (estas otras pérdidas a veces llamadas «consequential» pérdidas), también podrán indemnizarse. Según la *Illustration 6*, C emplea a D, un contratista, para que haga una carretera que cruce un campo y dice a D que se ha investigado la base del terreno y es bastante firme, pero, de hecho, una parte es un cenagal. D lo descubre cuando una de sus máquinas se hunde en el cenagal. D no solo tiene que pagar 100.000 FF para recuperar su máquina, sino que trabajar sobre una base blanda le hace mucho más caro el trabajo. D puede recuperar los 100.000 FF. LANDO/BEALE (eds.) (2000) *Comment E*, p. 250; *vid.*, además, *Comment A*, p. 248, y *Comment G*, p. 251.

⁸⁶¹ LANDO/BEALE (eds.) (2000) *Comment E*, p. 283.

La ya citada Ley 8/2021 [*supra*, [3] b)] reforma el artículo 1301 CC. Por lo relativamente reciente e importancia de la reforma, en los siguientes subapartados analizo *tres cuestiones* relativas a la anulación del contrato, pensando en el dolo y para dicho artículo 1301 CC. *Una* es la forma de ejercicio de la anulación del contrato (demanda, demanda reconvenzional; excepción). *Otra*, la naturaleza del plazo de ejercicio de la anulación del contrato (caducidad; prescripción). *Y la tercera*, el *dies a quo* del plazo para anular el contrato por dolo (consumación del contrato; momento del conocimiento, o aquel otro en que habría diligentemente debido conocerse).⁸⁶²

Durante la tramitación legislativa del artículo 1301 CC, se propusieron determinadas reglas para las anteriores cuestiones, una llegó a ser derecho positivo, las otras dos, no. En el siguiente texto que transcribo, García Rubio informa de diversos cambios habidos durante la tramitación de aquel artículo 1301 CC. Después de esto, me ocupo específicamente de las tres anteriores cuestiones planteadas.

[A] *Algunas de las reformas propuestas, sin éxito, para el artículo 1301 CC, y su razón*

El artículo 1301 del *Anteproyecto* de Ley de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación de 31.07.2018 disponía: «La facultad de anular

⁸⁶² a) *Advierto, que en este trabajo no me ocupo de las concretas cuestiones que encierra la restitución de las prestaciones, una vez anulado el contrato.* Sin perjuicio de las posibles complicaciones, por ejemplo, GARCÍA VICENTE señala al respecto y brevemente:

«La norma [el art. 1303 CC] se refiere en exclusiva a los «frutos» y a los «intereses» sin precisar qué frutos (y sin mencionar si es o no reembolsable el aprovechamiento directo derivado del uso, así la ocupación de la vivienda comprada en virtud de un contrato luego declarado nulo) o bajo qué criterios deben ser establecidos los intereses ni tampoco cuál es el periodo que debe considerarse para su cálculo.

Sobre los frutos: deberán restituirse los efectivamente percibidos desde que la prestación fue satisfecha y no los que hubieran debido ser satisfechos si se hubiera conducido de un modo diligente el deudor de la restitución (frutos *percipiendi*), como corrobora para el caso de restitución por equivalente el artículo 1307 CC.

Sobre los intereses parece claro que no debe reembolsarse las utilidades que puedan haberse obtenido por el empleo útil del precio recibido, sino sencillamente los intereses «legales» que se devenguen desde que se satisfizo efectivamente el precio hasta el momento de la declaración judicial de invalidez (y después lo que corresponda desde la sentencia).

[...]. En todo caso debe distinguirse entre la restitución y la indemnización de daños por *culpa in contrahendo* que se refiere al interés negativo o interés de confianza (los gastos realizados con ocasión del contrato inválido). Sobre el asunto, la STS 5 de marzo de 2010 [...] [que expongo *infra*, [128] [B]] declara indemnizables los gastos de otorgamiento en sentido amplio (costes notariales, intermediarios e impuestos)» [«Artículo 1303 CC» (2013) pp. 9268-9269].

b) Sobre los efectos restitutorios derivados de la anulación del contrato (siendo la anulación por error) de interés, por ejemplo, las STS, 1.ª, 15.12.2021 (vid. FD 3.ª; Cendoj, *Roj STS 4564/2021*) y STS, 1.ª, 27.04.2022 (vid. FD 6.ª; Cendoj, *Roj STS 1621/2022*), ambas del Pte. Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile. De RUIZ ARRANZ, que comenta la STS, 1.ª, 15.12.2021, *ADC* (2022) pp. 1315-1335 y 1342-1343; de PANIZA FULLANA, que comenta la STS, 1.ª, 27.04.2022, *ADC* (2023) pp. 334-339.

Para la restitución por desvinculación contractual, con carácter general, RUIZ ARRANZ (2023) pp. 307 ss.

el contrato caducará a los cuatro años y este tiempo empezará a computarse:/ [...] / 2.º En los de error o dolo, desde que el legitimado para anular el contrato hubiese conocido o debido conocer la causa de la anulabilidad./ [...]»⁸⁶³.

García Rubio apunta para dicho artículo 1301, que «*fue recogido en el Anteproyecto remitido al Parlamento por el Ministerio de Justicia el 3 de julio de 2020, con la salvedad de que en este último se numeraba como art. 51; [y] asimismo se mantuvo idéntico en el Proyecto de Ley, publicado en el BOCG de 17 de julio de 2020*» (cursiva mía)⁸⁶⁴. Informa además, de que «[I]a razón que explica el conjunto de las propuestas de modificación del Anteproyecto elaborado en la Sección Primera de la CGC que, *como es evidente, excedía de las exigencias derivadas de una reforma del CC en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, residía en el intento de coordinación con el contenido de otra reforma que estaba acometiendo de forma paralela la mencionada Sección, cual era la del Libro IV del Código Civil, plasmada en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos que había sido elaborada precedentemente y que fue publicada en 2009 [PMCC]*» (cursiva mía)⁸⁶⁵. De inmediato, recuerda «el contenido del art. 1304 de la referida Propuesta [PMCC de 2009], conforme al cual:/ «La acción de anulación caducará a los dos años y este tiempo empezará a correr:/ [...] / - 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; [...]»⁸⁶⁶, haciendo «notar la similitud entre la versión de la Propuesta de 2009 [PMCC] y el antes reproducido [artículo] del Anteproyecto y Proyecto de LRAPD», y «[I]ógicamente, la Sección Primera de la CGC optaba por coordinar ambos [textos], toda vez que, a la sazón, también le había sido encomendada la tarea de poner al día la citada Propuesta [PMCC de 2009] con el objetivo de abordar, una nueva vez, la más que urgente actualización del régimen general de las Obligaciones y Contratos del CC»⁸⁶⁷.

Comparando los textos de la PMCC [de 2009] «y del Anteproyecto y Proyecto de LRAPD», García Rubio señala como «[...] principales notas que los *distancian* (cursiva mía): la primera, la Propuesta [la PMCC de 2009] mantenía la referencia a la acción de anulación, mientras que el Anteproyecto utilizaba la expresión «facultad de anular», acorde con la consideración de derecho potestativo de la figura»⁸⁶⁸; «[I]a segunda [nota], en la Propuesta [PMCC de 2009] el plazo de caducidad es de dos años, en tanto que el Anteproyecto es de cuatro,

⁸⁶³ GARCÍA RUBIO (2022b) pp. 638-639.

⁸⁶⁴ GARCÍA RUBIO (2022b) p. 639.

⁸⁶⁵ GARCÍA RUBIO (2022b) pp. 639-640.

⁸⁶⁶ GARCÍA RUBIO reproduce todo el artículo 1304 PMCC de 2009; por mi parte, solo reproduzco del mismo, lo que me interesa para este trabajo.

⁸⁶⁷ GARCÍA RUBIO (2022b) p. 640.

⁸⁶⁸ *Más allá de lo indicado en el cuerpo del texto*, frente a la «acción de anulación» del artículo 1304 PMCC de 2009, el siguiente artículo 1305.I PMCC de 2009 se ocupa de la «facultad de anulación». El tenor de este artículo 1305.I PMCC de 2009 es: «La facultad de anulación podrá ejercitarse extrajudicialmente, dentro del plazo de caducidad, mediante comunicación dirigida a la otra parte con expresión de las razones en que se funde». Ciertamente, en el artículo 1304 PMCC de 2009, en vez de referirse a la «acción de anulación», podría haberse empleado la de «facultad de anulación».

aunque tengo que decir [García Rubio] que en una primera versión también en este último texto se había optado por los dos años, al considerar que plazos más breves eran más conformes con la nueva concepción de la anulabilidad»; «[f]inalmente la tercera diferencia radicaba en que la Propuesta de 2009 [PMCC] incluía, junto al dolo y al error, una doble referencia al art. 1291 CC [sic; PMCC de 2009], donde se acogía la anulabilidad en caso de representación con conflicto de intereses⁸⁶⁹ y al art. 1301 CC [sic; PMCC de 2009] que introducía la figura de la ventaja injusta como nuevo supuesto de anulabilidad⁸⁷⁰, *remisiones que no estaban en el Anteproyecto de la LRAPD, cuya pretensión no podía ser, ni mucho menos, la de establecer un régimen jurídico completo de la anulabilidad de los contratos*»⁸⁷¹. Añadía, «[c]omo coincidencias [cursiva mía] fundamentales entre ambos textos preparatorios [PMCC de 2009, y Anteproyecto y Proyecto de LRAPD] destacan la mención expresa de la caducidad, el borrado de la anulación por falsedad de la causa y *la innovación* [cursiva mía] en los casos de dolo y error del *dies a quo* del plazo, respecto del cual se abandona el criterio de la consumación del contrato para sustituirlo por el conocimiento actual o posible de la causa de la anulabilidad»⁸⁷².

Ahora bien, continúa explicando García Rubio, en «la tramitación parlamentaria del Proyecto de LRAPD en el Congreso de los Diputados se presentaron varias enmiendas al art. 1301 CC», siendo «[e]l sentido de todas ellas, salvo la del G.P. Popular, [...] *aclarar que la norma solo se refería [a] las personas con discapacidad que precisaren apoyo para celebrar el contrato*» (cursiva mía), y la del G.P. Popular «*fue precisamente la que, sin más explicación que la de introducir una mejora técnica, alteraba radicalmente el texto inicialmente formulado o [sic] al proponer, por lo que aquí interesa este numeral 2.º: «En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato* [...]» (cursiva mía)⁸⁷³. Y «este fue el contenido que pasó al Informe de la Ponencia»⁸⁷⁴.

En opinión de García Rubio, «[a]unque [...] no se argumenta en ningún momento el abandono de la idea del Proyecto [LRAPD] de introducir un cambio más radical, *es más que probable que la razón estuviera en el nuevo freno sufrido por la modernización del sistema codificado de las Obligaciones y Contratos, sede en la que de modo natural se ubicaba la reforma en profundidad del régimen de invalidez e ineficacia de los contratos, asunto que resultaba, al menos*

⁸⁶⁹ Artículo 1291 PMCC de 2009: «El representado puede anular el contrato concertado por el representante cuando haya un conflicto de intereses entre éste y aquél que el tercero conocía o no podía ignorar.

Se presume que hay conflicto de intereses cuando el representante ha contratado consigo mismo por su propia cuenta y cuando ha actuado a la vez como representante de otro.

Sin embargo, el representado no podrá anular el contrato si hubiera consentido o no hubiera podido ignorar el modo de actuar del representante, o si éste le hubiera informado previamente y aquél no hubiera opuesto objeción dentro de un plazo razonable».

⁸⁷⁰ Transcribo el artículo 1301 PMCC de 2009 *supra*, nota 114.

⁸⁷¹ GARCÍA RUBIO (2022b) pp. 640-641.

⁸⁷² GARCÍA RUBIO (2022b) p. 641.

⁸⁷³ GARCÍA RUBIO (2022b) p. 641.

⁸⁷⁴ GARCÍA RUBIO (2022b) p. 641.

*en principio, muy alejado de un cambio legislativo relativo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y al sistema de apoyo» (cursiva mía)*⁸⁷⁵.

4.2.1 EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN (DEMANDA, DEMANDA RECONVENCIONAL). LA EXCEPCIÓN DE DOLO

A) *La doctrina de los autores*

[107] El artículo 1301 CC comienza con la locución «[l]a acción de nulidad» (cursiva mía; de anulabilidad). Sin embargo, en el artículo 1301 del *Anteproyecto* se decía «*facultad* de anular el contrato». El cambio de *facultad* a *acción* de nulidad (de anulación) comporta, sabido es, importantes efectos jurídicos. En la siguiente [A], lo señala, por ejemplo y resumidamente, Pantaleón Prieto, muy contrario a que se disponga acción de nulidad y no se acoja la facultad de anular.

[A] *Las explicaciones y valoración de Pantaleón Prieto*

A propósito del artículo 1301 del *Proyecto de Ley 2020*, escribía primero: «Mercedora de aplauso era también la propuesta de sustituir «*acción de nulidad*» por «*facultad de anular*» [cursiva del original]. No sólo por lo obvio –no confundir nulidad y anulabilidad (cf. ya el [entonces] vigente artículo 293 CC)–, sino por dos importantes razones:

Dejar bien sentado que, como se corresponde con la naturaleza de la caducidad, lo que es objeto de esta es una *facultad de configuración jurídica* –aquí la facultad de anular el contrato– o, con una terminología más usual en la doctrina comparada, un *derecho potestativo extintivo*.

Y hacer mucho más fácil de sostener la muy sensata tesis de que *la facultad de anular puede ejercitarse extrajudicialmente mediante declaración de voluntad recepticia*: que no tiene necesariamente que ejercitarse mediante demanda o reconvencción.

El lector experto sabe muy bien que las tres piezas citadas –*facultad que caduca y que puede ser ejercitada extrajudicialmente*– definen el modelo de la anulabilidad que es absolutamente dominante en los mejores ordenamientos jurídicos, y el acogido en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, los Principios del Derecho Europeo de Contratos y el *Draft Common Frame of Reference*» (salvo esta última cursiva y la primera cursiva, de la que ya he advertido, las demás, negritas en el original)⁸⁷⁶.

⁸⁷⁵ GARCÍA RUBIO (2022b) p. 641.

⁸⁷⁶ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 07.04.2021, p. 13.

Por lo anterior, esa valoración negativa de Pantaleón Prieto acerca de que la *Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados* sustituyese la «facultad de anular», por la «acción de nulidad». Escribía ahora:

«Más grave es, ciertamente, que se haya regresado a la expresión inicial «*La acción de nulidad*» frente a «*La facultad de anular el contrato*», mucho más acertada en buena técnica jurídica. No sólo porque vuelve la no distinción terminológica entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad, sino porque hace más difícil que llegue a ser dominante pronto entre nosotros –como lo es en el mejor Derecho comparado– la tesis de que la anulación del contrato anulable, el ejercicio de la facultad de anularlo, pueda realizarse extrajudicialmente mediante declaración de voluntad recepticia. La única justificación para aquel regreso –que también se ha producido en el número 4.º del mismo artículo 1301 CC–, sería que la expresión «*la acción de nulidad*» sigue estando en otros artículos del mismo Capítulo del Código Civil que no van a ser objeto de modificación; pero sería más bien una excusa: poco habría costado cambiarla también en ellos por «*la facultad de anular el contrato*» o «*la facultad de anulación*». Y no se me diga que mejor esperar para eso a una reforma integral del Derecho de obligaciones y contratos en el referido cuerpo legal. Una propuesta de tal reforma de muy digna factura duerme, desde hace demasiados años, el sueño de los justos»⁸⁷⁷.

⁸⁷⁷ a) PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 08.04.2021, pp. 15-16. *Vid.* la consideración de GARCÍA RÚBIO sobre la probable razón de los cambios que ahora interesan para el artículo 1301 CC, *supra*, [106] [A].

b) *Para el Código civil*, DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA consideran: «Aunque la doctrina mayoritaria es partidaria de la tesis de que la acción para anular un contrato debe ejercitarse judicialmente, lo cierto es que cada vez hay más autores que defienden que el ejercicio judicial de la acción solamente es necesario cuando no hay acuerdo entre las partes respecto a la anulación, de manera que únicamente ante la resistencia de la otra parte deberá acudir a los Tribunales. Y lo cierto es que la ley no exige tal ejercicio judicial; el art. 1300 CCEsp establece que «los contratos en que concurren los requisitos que expresa el art. 1261 *pueden ser anulados*», sin aludir, como decimos [DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA], a la necesidad de ejercicio judicial» [cursiva mía; (2021) p. 382]. A continuación, los autores se refieren a los artículos 1305.I PMCC de 2009 (que transcribo *supra*, nota 868), II.-7:209 DCFR, 52.I CESL.

Por su parte, JEREZ DELGADO y en relación con el artículo 1301 CC, *en su redacción anterior a la Ley 8/2021*, entiende «que el modelo extrajudicial encaja bien en un texto legal que, como el de nuestro CC, no presenta expresamente ningún obstáculo. La letra de la ley no requiere, con carácter general, que la anulación del contrato se realice judicialmente. [...]. En nuestro CC no existe una regla general escrita sobre el modo de anular el contrato./ [...]. En los supuestos de anulabilidad, por el contrario, es la Ley –y no los contratantes– la que dispone, mediando causa justificada, que quede al arbitrio de uno de los contratantes la definitiva validez o ineficacia del contrato, como medio de protección o tutela frente a determinadas irregularidades en la celebración del contrato. Naturalmente, esto no es incompatible con afirmar que, en caso de desacuerdo, quedará abierta la vía judicial para dilucidar si el contrato fue anulado correctamente. Aún en ese caso, afirmar la anulación extrajudicial del contrato significa que, si la sentencia resulta favorable al sujeto protegido, el contrato puede considerarse anulado con todas sus consecuencias desde el momento en que se notificó a la otra parte la voluntad de dejarlo definitivamente sin efectos» [(2011) [74] pp. 96-97; en [75] pp. 98-101, la autora ofrece un conjunto de argumentos por los que afirma «que el modelo extrajudicial o de autotutela en materia de anulabilidad no supone ruptura sino desarrollo del sistema» ([75] p. 98; *vid.* también [76]-[77] pp. 101-102).

[108] Por otro lado y como he ido apuntando, entiendo que en el artículo 1301 CC se contempla la acción *para impugnar* (anular) el contrato, con lo que considero que ya no tendría acogimiento la tesis consistente en que los cuatro años del derogado artículo 1301 CC iban referidos a la acción para exigir las oportunas restituciones derivadas del contrato nulo, nulidad a la que correspondía una acción declarativa de nulidad. Sin embargo, Parra Lucán apunta que, con el vigente artículo 1301 CC, *puede seguir defendiéndose dicha tesis*, pues el artículo 1301 CC emplea la expresión acción de *nulidad* y el inicio del cómputo de los cuatro años para los supuestos de error, dolo, o falsedad de la causa *sigue siendo desde la consumación del contrato*, por lo que supone que hubo cumplimiento, y se refiere a la restitución.

[A] *El entendimiento y las argumentaciones de Parra Lucán*

«Es razonable pensar [Parra Lucán] 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 del cumplimiento del contrato). *Por ello, presuponiendo el conocimiento del debate doctrinal existente, debemos admitir 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 del contrato. La calificación del plazo como de «caducidad» enlaza con la opinión doctrinal que considera la acción como un derecho postestativo (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 [...]; Cañizares [...]). 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 defendiendo 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 que se refiere el precepto [el

vigente art. 1301 CC] *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 ejemplo, 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 [del art. 1301 CC] 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?» (cur-siva mía)⁸⁷⁸.

[109] Si el contratante, que realizó el dolo, exige al que lo padeció que cumpla el contrato, *este último ¿puede oponerse a cumplirlo, alegando excepción de dolo?*

Vigente la Ley de enjuiciamiento civil de 2000 y escribiendo en 2021, Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Capdevila consideran que el demandado, al que se le pide que cumpla el contrato, puede alegar el dolo vía excepción. Advierten que algunos interpretan el artículo 408 LEC «*a sensu contrario*» y «entendido que, en tanto que se refiere a la nulidad absoluta, a la anulabilidad no le quedará procedimentalmente otra vía que su alegación por acción o por reconvencción⁸⁷⁹. Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Ca-

⁸⁷⁸ PARRA LUCÁN (2022) pp. 912-913.

⁸⁷⁹ a) DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 382.

b) Recuerdo el tenor el artículo 408 LEC: «2. 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 contrato, 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».

pdevila señalan que «varias sentencias han seguido esta opinión» como la «SAP Murcia, sección 5.^a, 28.11.2008» en la que se declara que «[s]e ha de considerar, que la referencia alegada de nulidad absoluta [del art. 408 LEC] viene referida únicamente a la falta de los requisitos de consentimiento, objeto y causa exigidos en el art. 1261 del CC», y en igual «sentido, la SAP Navarra, sección 3.^a, 10.3.2010»⁸⁸⁰. Ahora bien, Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Capdevila entienden «*que lo que existe respecto a la anulabilidad es una laguna, que debe ser colmada con la solución específica de la nulidad, y que la norma [del art. 408.2 LEC] debe interpretarse de acuerdo con su propósito, que es el de permitir alegar la anulabilidad vía excepción frente a una pretensión de cumplimiento*» (cursiva mía)⁸⁸¹.

Con anterioridad a la vigente Ley de enjuiciamiento civil, Morales Moreno consideraba que «[l]a nulidad [anulabilidad] puede oponerse en vía de excepción sin límite de plazo, para así paralizar el cumplimiento del contrato»⁸⁸².

⁸⁸⁰ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 382.

⁸⁸¹ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 382; continúan: «Esta línea que proponemos es la seguida por el art. 1305 PMCC, conforme al cual «la facultad de anulación [...] también podrá oponerse mediante excepción frente a la demanda de cumplimiento y en este caso no será de aplicación el plazo [de dos años] previsto en el artículo anterior [el 1304 PMCC, que transcribo en lo que interesa, *supra*, [106] [A]]». Los autores se refieren al párrafo II del artículo 1305 PMCC (el párrafo I del artículo 1305 PMCC lo transcribo *supra*, nota 868).

También de DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA: «la acción de anulación está sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años, de manera que, transcurrido el mismo, se extingue la acción. Ahora bien, ello no impedirá que, pasado dicho plazo, la causa de anulación se pueda oponer como excepción frente a la pretensión de cumplimiento del contrato; y es que la acción de anulación puede no haberse ejercitado en el plazo oportuno ante la creencia de que la otra parte no reclamaría el cumplimiento del contrato, de manera que es razonable que, si se exige el cumplimiento, la causa de anulación pueda oponerse vía excepción» (p. 384).

⁸⁸² a) MORALES MORENO (1993a) p. 405, y «Artículo 1270» (1993b) p. 472.

b) ROJO AJURIA informa: «La sentencia de 13 de octubre de 1989 se refiere a un contrato de seguro de vida, celebrado con el conocimiento por el asegurado del padecimiento de una grave enfermedad. Se rechaza la demanda de la beneficiaria por concurrir dolo. Esta sentencia, cuyo supuesto de hecho es muy claro, tiene unos pronunciamientos curiosos. [...]. En segundo lugar, planteada la existencia del dolo vicio como excepción, y ante el argumento de la recurrente de que el contrato es válido hasta que no se declare nulo, la sentencia se remonta al Derecho romano, y considera que «el supuesto ahora contemplado es precisamente el de la *exceptio doli*, apta para obtener el resarcimiento por los daños causados por dolo o la ineficacia del negocio (contrato de seguro) en los efectos derivados de la conducta dolosa. Y así es conocido que la *Jurisprudencia*, en numerosas ocasiones, estima la excepción de dolo, discutiéndose por la doctrina, entre otros puntos, si está sujeta al mismo plazo de prescripción de la acción o si se somete a plazo perpetuo» [cursiva mía; (1994) pp. 66-67].

c) En la STS 27.11.1998 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Gil de la Cuesta) se estima la excepción de dolo alegada por el demandado *Gefco España, S.A.* Según el Tribunal Supremo:

«hay que decir en el presente caso, que el consentimiento contractual puede ser viciado por una actuación dolosa de la contraparte.

Pues bien, en la presente contienda judicial la parte recurrente –antes demandada [*Gefco España, S.A.*]– ha ejercitado la «*exceptio doli*» como motivo de oposición a la parte demandante –ahora recurrida [*Automóviles Rodrigo, S.A.*]– alegando el vicio de consentimiento contractual enmarcado en el dolo, para desvirtuar la pretensión de dicha parte actora [*Automóviles Rodrigo, S.A.*], sin tratar más profundamente de dejar el contrato sin efecto y rechazar la indemnización correspondiente.

B) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

[110] Entiende que la anulación del contrato por dolo ha de hacerse mediante acción judicial (sea en demanda, sea en reconvencción).

Es esta una postura procesal totalmente admisible, no sólo por coherencia con el principio de economía procesal, sino porque el dolo –sinónimo de engaño malicioso– no puede quedar impune al negarse la vía excepcional para deducirle, pues las formas de ejercicio de los derechos subjetivos no se operan únicamente a través de acciones propiamente dichas (posición procesal de demandante), sino también a través de las correspondientes excepciones que contrarrestan la acción contraria y que responden a la posición procesal de demandado. Y es esta la razón, como dice la sentencia de esta Sala de 13 de octubre de 1989, de que ya el pretor en el Derecho Civil Romano concedía contra el doloso los recursos procesales precisos para dejar el contrato sin efecto, recursos que eran la «actio doli» contra el culpable del engaño, cuya finalidad en reclamar la indemnización de todos los daños sufridos, pudiendo determinar también la revocación del negocio, y la «exceptio doli», con la cual el defraudado defenderse contra la acción que entable la otra parte para exigir el cumplimiento del negocio jurídico viciado.

Y sin duda lo que se contempla en el presente caso es el ejercicio de una «exceptio doli» por la parte recurrente [Gefco España, S.A.], y en este aspecto debe, en principio, garantizarse el éxito de la misma, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1300 en relación al artículo 1265, ambos del Código Civil.

Aclarada la pertinencia del cauce procesal elegido por la parte recurrente [Gefco España, S.A.] para el éxito de su excepción, hay que proclamar la real existencia de una conducta dolosa por la representación de la firma recurrida, desde el instante mismo que en autos se ha comprobado –no se puede olvidar que ahora la Sala ha asumido la instancia– que los accionista de «Rodrigo Automóviles, S.A.» de la que eran titulares en un 50 por ciento las esposas de los dos máximos responsables de «GEFCO», crearon una nueva sociedad «Automóviles Rodrigo, S.A.» con distintos accionistas, pero transfiriéndose las acciones a las referidas esposas. De lo que se infiere que el consentimieto de «GEFCO» al contratar con esta nueva sociedad estuvo viciado «ab initio», cuando su representante firmó el contrato en cuestión con la entidad recurrida en la que tenía intereses indirectos a través de las acciones de su esposa, que como ya se ha dicho participó en el capital social de esta referida Sociedad, constituyendo esta actuación una verdadera actitud dolosa.

Pues no puede haber lugar a dudas, los datos de la interrelación de las sociedades en cuestión –«Automóviles Rodrigo, S.A.», «Rodrigo Automóviles, S.A.» y «Gefco España, S.A.» –así lo indican como ya se ha concretado y con base a tal premisa, hay una clara aparición del dolo a través no solo de una maquinación directa, sino también una reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, sin que ello lo pueda invalidar la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada (S. de 15 de junio de 1995).

En conclusión, que en la parte recurrida –antes demandante [Automóviles Rodrigo, S.A.]– ha habido una conducta insidiosa, como concreta la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 1981, que no puede ser enervada por una confianza ajena deriva de una ingenuidad –«simplicitas»– de la otra parte contratante [Gefco España, S.A.] (cursiva mía; FD 1.º).

En cuanto a los hechos, *Automóviles Rodrigo, S.A.* demanda a *Gefco España, S.A.* y pide, entre otras cosas, la resolución del contrato de transporte celebrado, que tal resolución es por causa de *Gefco, S.A.* que no cumplió y que la impidió a ella cumplir, e indemnización de daños y perjuicios. En primera instancia se desestima la demanda. En segunda instancia se declara resuelto el contrato de transporte por incumplimiento de *Gefco España, S.A.* condenándose a esta última a que indemnice daños y perjuicios a *Automóviles Rodrigo, S.A.* en concepto de beneficio dejado de obtener por esta última. *Gefco España, S.A.* recurre en casación y alega inaplicación de los artículos 1300, 1301 y 1302 CC en relación con los artículos 1261, 1265 y 1269 CC (motivo único). El Tribunal Supremo estima el motivo y casa, desestimando la demanda *Automóviles Rodrigo, S.A.* y absoviendo a *Gefco España, S.A.*»

Vid. LETE DEL RÍO/LETE ACHIRICA (2022), pp. 520-521

d) ROGEL VIDE, pensando en los artículos 1267 y 1268 CC, no es tan partidario de entender que la anulación mediante excepción carezca de límite temporal. Dice: «[e]n esta sede, Antonio Manuel Morales entiende que la anulabilidad puede ser esgrimida por vía de acción y, también, por vía de excepción, no habiendo límite de tiempo para oponer la excepción en cuestión, de lo que, en cambio, no estoy yo tan convencido [ROGEL VIDE], sabido que la intención del legislador es no prolongar sine die la incertidumbre respecto de la eficacia del contrato dicho» [cursiva mía; (2017) p. 78].

La *STS, 1.ª, 17.02.2006* es un ejemplo. Aquí, el banco concede al cliente una póliza de crédito para adquirir acciones del propio banco concedente, asumiendo el cliente una serie de compromisos en relación con las acciones. Es un caso tipo, en el sentido de que el Tribunal Supremo ya lo conocía por otros clientes del banco, con igual o similar contrato. Según el Tribunal Supremo, con la excepción de la *STS, 1.ª, 17.01.2005*, siempre ha reconocido el derecho del banco a reclamar el saldo resultante de la correspondiente póliza de crédito (FD 1.º). Aquí, frente a la demanda del banco de reclamación de cantidad, el cliente no interpone demanda reconvenicional, sino que contesta y pide su desestimación, entre otras razones, porque los contratos son nulos por los vicios de error y dolo. El Tribunal Supremo casa y confirma íntegramente la sentencia de primera instancia, en la que se estima la demanda del banco. Para el Tribunal Supremo, la sentencia recurrida es confusa y pretende salvar el hecho de que el cliente no reconviniere, transformando un vicio del consentimiento (error del art. 1266 CC) en una inexistencia de consentimiento, impidiendo contestar al banco a una reconvenición indebidamente eludida.

En la posterior *STS, 1.ª, 23.03.2018 se recuerda* que «es cierto que la anulabilidad debe ejercitarse por vía de acción (demanda o reconvenición) y no de simple excepción» (FD 2.º, *Decisión de la Sala, 1*; y FD 3.º, *Decisión de la Sala, 3*). Advierto que en esta sentencia, no se resuelve sobre una acción de anulabilidad (en el caso de error), pues los clientes del banco no la ejercitaron mediante demanda reconvenicional (celebraron una permuta financiera de tipos de interés y eran los demandados), y lo que se analiza es el tratamiento procesal de la excepción de contrato no cumplido⁸⁸³.

⁸⁸³ Para esta *STS, 1.ª, 23.03.2018 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres)* y en lo que ahora trato:

a) En síntesis, los clientes (Ángel y Camino) celebran una permuta financiera con un banco. Más adelante, el banco (*Banco Santander, S.A.*) ejercita su facultad de resolución anticipada del contrato y en su demanda pide que los clientes le paguen determinada cantidad, estimándose en primera instancia. Lo anterior se revoca en segunda instancia, absolviéndose a los clientes de la demanda del banco. El banco interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, asume la instancia y desestima la apelación de los clientes, confirmando la sentencia de primera instancia. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

b) *Ahora, lo que interesa es el recurso extraordinario por infracción procesal* del banco, cuyo *Planteamiento*, según expone el Tribunal Supremo, es:

«1. En el único motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.3.º LEC, por infracción del art. 408 LEC [que transcribo *supra*, nota 879 b)], al haberse admitido la alegación de nulidad del contrato como causa de oposición a la demanda, cuando debería haberse formulado como reconvenición.

2. En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la Audiencia Provincial toma en consideración unas alegaciones de la parte demandada [los clientes Ángel y Camino], relativas a la supuesta anulabilidad del contrato por error vicio del consentimiento, que deberían haberse articulado mediante reconvenición y no simplemente en la contestación a la demanda. Cita como infringidas las sentencias de esa sala 616/2012, de 23 de octubre, y 670/2013, de 29 de octubre» (FD 2.º, *Planteamiento, 1 y 2*).

c) *La respuesta del Tribunal Supremo es:*

A continuación, expongo las antes mencionadas *STS, 1.ª, 17.02.2006* y *STS, 1.ª, 17.01.2005*. En la última no se indica, expresamente, la necesidad de ejercitar la acción de anulabilidad por dolo mediante reconvención, *algo no necesario de resaltar puesto que, aquí, el cliente demandado sí interpuso demanda reconvencional*. Su interés para la exposición reside, en que el Tribunal Supremo admite que el banco *actuó con dolo* y es la sentencia mencionada por la posterior *STS, 1.ª, 17.02.2006* como ejemplo de caso en que el demandado (el cliente) efectivamente ejercita la acción de anulabilidad por dolo mediante demanda reconvencional, y se estima. A estas alturas del trabajo, las consideraciones que para el dolo se leen en la *STS, 1.ª, 17.01.2005*, no son extrañas.

[A] *La STS, 1.ª, 17.01.2005 (Pte. Excmo. Sr. D. Xabier O'Callaghan Muñoz)*

[A.1] Resumidamente, el 28.02.1989, Ricardo (el cliente) celebra con el *Banco Español de Crédito, S.A.* una póliza de crédito personal de 5.000.000 millones de pesetas con vencimiento al 28.02.1993 e interés anual del 7%, crédito

«1. Aunque como veremos al resolver el recurso de casación *es cierto que la anulabilidad debe ejercitarse por vía de acción (demanda o reconvención) y no de simple excepción* (sentencias de esta sala 837/1999, de 16 de octubre; 1086/2001, de 26 de noviembre; y 214/2005, de 31 de marzo), en este caso no es suficiente para la estimación del motivo, porque el mismo tendría sentido *si la sentencia recurrida hubiera declarado la nulidad del contrato cuya resolución acordó el banco [Banco Santander, S.A.] como paso previo a la reclamación del saldo deudor. Pero la Audiencia Provincial no hace tal pronunciamiento, sino que considera que el banco [Banco Santander, S.A.] no pudo dar por resuelto el contrato por incumplimiento de los clientes [Ángel y Camino] cuando lo había incumplido previamente.*

2. Del mismo modo, también es jurisprudencia de esta sala que la resolución del contrato ha de ser hecha valer por vía de acción, y no cabe su alegación como excepción, a no ser que se trate de una resolución convencional o ya declarada judicialmente (sentencias de esta sala 1034/1994, de 19 de noviembre; 978/1999, de 15 de noviembre; 894/2000, de 6 de octubre; y 95/2015, de 24 de febrero).

3. Pero la excepción de contrato no cumplido no requiere la formulación de una reconvención, puesto que no se solicita una declaración de resolución por incumplimiento del contrato, sino simplemente que se declare la improcedencia de la resolución pretendida por el acreedor [*Banco Santander, S.A.*]. Es decir, es un medio de defensa que puede oponerse en la contestación a la demanda, sin necesidad de reconvénir, de ahí su nombre de «excepción».

[...]

4. *Lo realmente sucedido es que, pese a que la parte demandada [los clientes Ángel y Camino] opuso en su demanda, aparte de la falta de legitimación pasiva de la Sra. Camino, la nulidad radical del contrato por error obstativo que provocó la falta de consentimiento y la anulabilidad por error vicio del consentimiento (alegación esta última que sí habría requerido la formulación de reconvención), la Audiencia Provincial apreció una excepción de contrato no cumplido no alegada ni opuesta por la parte demandada [los clientes Ángel y Camino]. Como el recurso de infracción procesal no versa sobre dicha posible incongruencia de la sentencia, ningún pronunciamiento podemos hacer al respecto.*

5. En conclusión, más allá de una posible incongruencia no alegada y ciñéndonos al tenor del recurso, *no cabe apreciar infracción del artículo 408 LEC [que transcribo supra, nota 879 b)], porque la Audiencia Provincial no resuelve en función de unas alegaciones que deberían haberse formulado por vía de reconvención, sino por una excepción de contrato no cumplido que sí puede articularse por esa vía. Por lo que el recurso extraordinario de infracción procesal debe ser desestimado» (cursiva mía FD 2.ª, Decisión de la Sala).*

Sobre la cuestión de la excepción de contrato incumplido, vid. de esta STS, 1.ª, 23.03.2018, además infra, en el Anexo de sentencias.

que se vincula a la adquisición de acciones del *Banco Español de Crédito, S.A.* y se pacta, en relación con las acciones, determinados compromisos como no vender hasta cierto día y para cuando pudiera vender, cómo podría hacerlo, etc. («se limitaba extraordinariamente la disposición y operatividad» de Ricardo). El banco demanda a Ricardo y pide su condena al pago de 6.099.720 pesetas más intereses (descubierto en cuenta corriente e intereses legales). En su contestación a la demanda, Ricardo pide su desestimación y *reconviene* y pide, entre otras cosas, que se declare la nulidad del contrato mixto para la adquisición de las acciones y que solo viene obligado a devolver al banco los títulos adquiridos, transfiriendo su titularidad y propiedad, quedando exonerado de toda obligación de devolución del crédito concedido para adquirir las acciones. En primera instancia se desestima la demanda del banco y estima la reconvención de Ricardo. En segunda instancia se desestima la apelación del banco, confirmándose la sentencia de instancia. Se entiende que hubo dolo del banco. El banco recurre en casación y el Tribunal Supremo no casa, pues de los tres motivos del recurso de casación, en los dos primeros, el banco, entre otros defectos, no expresa la infracción de la norma del ordenamiento, y en el tercero, se trata de una cuestión nueva⁸⁸⁴.

En lo que interesa, *por un lado*, el Tribunal Supremo expone cómo en la sentencia recurrida se explica el dolo del banco. Así, que la contabilidad del banco no reflejaba una imagen fiel y real de la situación económica patrimonial, lo que no sabía Ricardo y se le ocultó, informándosele que las operaciones contractuales eran una ventaja para él, induciéndolo a la celebración del contrato. *Por otro lado*, el Tribunal Supremo recuerda cómo en otras ocasiones solucionó otros casos semejantes y, en este presente, *sí hubo actuación dolosa del banco*.

[A.2] *Sobre cómo fue la conducta dolosa del banco, según se explica en la sentencia recurrida*, el Tribunal Supremo dice:

«La resolución del tema, es decir, de la demanda formulada por el Banco Español de Crédito, S.A. contra [...] Ricardo y de la demanda reconvencional formulada por éste contra aquella [el banco], ha consistido, en sentencia de la Audiencia Provincial [...] confirmatoria de la dictada en primera instancia, en la declaración de nulidad del contrato de préstamo –póliza de crédito– así como del contrato de adquisición de acciones de la entidad –sociedad anónima– bancaria, devolviéndosele a ésta los títulos adquiridos. *La base jurídica, con su correspondiente base fáctica, de tal resolución es la concurrencia del dolo, como vicio del consentimiento y causa de anulación*; los hechos probados, dice la sentencia de instancia, evidencian una falta de voluntariedad en el contrato inicial por desconocimiento de su verdadero contenido y consecuencias, que invalida el consentimiento en virtud de lo dispuesto en los artículos 1265 y 1266 del código civil y doctrina legal que los interpreta, pues es esencial y excusable, sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, amén de inevitable con una regular diligencia; *por otra parte, la actuación de la entidad bancaria aparece como insidiosa, pues es notorio que en la época en que se realizó la concesión de crédito y la adquisición de las acciones, la contabilidad del Banco no represen-*

⁸⁸⁴ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

taba una imagen fiel y real de la situación económica patrimonial, hechos relevantes y desconocidos por el demandado [el cliente Ricardo], al que se brindó un crédito a un interés privilegiado ofreciéndole a la vez acciones en condiciones aparentemente ventajosas, con augurios de una serie de beneficios. Añade la sentencia de instancia que con esas maquinaciones fue inducido uno de los contratantes a celebrar unos contratos que sin ellos no hubiera hecho, pues en el concepto de dolo del artículo 1269 del Código civil no sólo se comprende la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente a la otra parte en pugna con el deber de información exigible por la buena fe (ex artículos 7 y 1258 del código civil), y en el caso presente, además de proporcionarle una información que presentaba las operaciones contractuales como una ventaja económica para el mismo, se le ocultó la verdadera situación por la que pasaba el Banco y los riesgos que asumía con la adquisición de las acciones y la deuda inherente a ella» (cursiva mía; FD 1.º).

[A.3] *Y sobre que en otras sentencias, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre casos semejantes, y en el presente, sí hubo actuación dolosa del banco, manifiesta ahora:*

«Por lo expuesto, deben ser desestimados los tres motivos y por ende, el recurso de casación [...].

Lo cual no implica una contradicción con la doctrina de esta Sala que en casos semejantes ha estimado la demanda de la misma entidad bancaria actora y recurrente, ya que se trataba de supuestos de hecho distintos y de planteamientos jurídicos diferentes.

Las sentencias de 28 de mayo de 2001 y 6 de junio de 2002, como esencial motivo de fondo, trataron del tema de la causa y en estos contratos la causa existe y no se ha acreditado su ilicitud, destacando que son conceptos distintos la causa del contrato y los móviles de los sujetos.

La sentencia de 20 de diciembre de 2002 se refiere a la excepción de litispendencia y otra de la misma fecha reitera la doctrina, sin referirse al tema del presente caso.

Hay dos sentencias que han resuelto en sentido distinto a la presente sendos casos semejantes, en que se había alegado el dolo. La de 2 de noviembre de 2001 *niega* «la actitud dolosa del Banco demandante» porque, como primero y básico argumento, no la ha apreciado el Tribunal de instancia y expresamente lo justifica «porque la apreciación de los presupuestos fácticos del dolo corresponde a los órganos de instancia». La de 30 de septiembre de 2002 ante la alegación de «la nulidad del consentimiento prestado como consecuencia de la conducta insidiosa de la actora», *rechaza* la «actuación dolosa de Banesto, en primer lugar, porque la parte «no ha formulado una pretensión formal en orden a la nulidad contractual por vicios de la voluntad» y, en segundo término, «porque la apreciación de los presupuestos fácticos del dolo corresponde a los órganos de instancia» y la sentencia de la Audiencia Provincial explícitamente afirmó «que no se aprecia dolo ni error».

Por el contrario, en la presente sentencia, el Tribunal de instancia afirma rotundamente que los hechos probados «evidencian una falta de voluntariedad» en el contrato... que invalida el consentimiento y que «la actuación de la entidad

bancaria aparece como insidiosa», «con esas maquinaciones (del Banco) fue inducido uno de los contratantes a celebrar unos contratos que sin ellas no hubiera hecho». Los presupuestos fácticos del dolo, pues, han sido declarados probados, cuyo factum es inamovible en casación; y el recurso de casación [del banco] se ha limitado a combatir hechos y plantear una cuestión nueva, por lo que necesariamente no se ha dado lugar al mismo y ha quedado desestimada la acción ejercitada por la entidad bancaria» (cursiva mía; FD 3.º).

[B] *La STS, 1.ª, 17.02.2006 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán)*

[B.1] *En síntesis, el Banco Español de Crédito, S.A. celebra con el cliente (Joaquín) una póliza de crédito vinculada a que este adquiera acciones del banco y asuma una serie de compromisos sobre las acciones como no venderlas hasta cierto día y para cuando pudiera vender, cómo podría hacerlo, etc.; esto es, es caso similar al de la STS, 1.ª, 17.01.2005 que extracto en la anterior [A]. El banco demanda a Joaquín (y a Marí Juana) y pide su condena al pago de 11.201.209 pesetas más intereses pactados en la póliza de crédito. Joaquín contesta a la demanda y alega, entre otras cosas, los vicios de error y dolo⁸⁸⁵. En primera instancia se estima la demanda del banco, y en segunda instancia se desestima. El banco interpone recurso de casación y alega, entre otras cosas, infracción del artículo 1300 CC en relación con los artículos 1266 y 1310, porque en la sentencia recurrida se califica de consentimiento inexistente a un consentimiento simplemente viciado por error, eludiendo con ello la necesidad de reconvención por parte de Joaquín y la caducidad de la acción (motivo 3.º). El Tribunal Supremo casa y confirma íntegramente la sentencia de primera instancia, condenándose a Joaquín al pago de la cantidad que el banco le reclama⁸⁸⁶.*

En lo que interesa, dado que reiteradamente ha conocido sobre la misma cuestión de fondo, el Tribunal Supremo procede a una síntesis de los criterios de decisión que ha adoptado, entre ellos, que el error y dolo vicios del consentimiento, si los alega el demandado, ha de hacerlo mediante reconvención. Y para lo que conoce, el Tribunal Supremo considera que los «razonamientos del tribunal sentenciador son hartos confusos», hay «confusión conceptual», «además, [de que] para salvar el obstáculo representado por la falta de reconvención, la misma sentencia transmuta un vicio del consentimiento en la falta misma de consentimiento».

[B.1] *Sobre la recopilación de los criterios de decisión de anteriores sentencias, el Tribunal Supremo expone:*

⁸⁸⁵ En concreto, «el demandado [...] Joaquín compareció en las actuaciones y contestó a la demanda solicitando su desestimación «al estar declarada la nulidad de pleno derecho de la póliza que se ejecuta, así como su falsedad, además de por ser contratos nulos al concurrir un vicio del consentimiento por error sustancial y dolo y carecer el préstamo documentado en póliza de crédito de causa o al menos de una causa lícita, además de por los demás motivos alegados, con expresa imposición de costas para la Entidad actora [el banco] por ser preceptivas conforme al artículo 523 de la L.E.C. y además por la temeridad y mala fe empleadas, al tratar de ejecutar una póliza declarada judicialmente falsa y nula de pleno derecho» (cursiva mía; AH 5.º de la STS, 1.ª, 17.02.2006).

⁸⁸⁶ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

«Despejado [...] el camino para entrar a conocer de los motivos del recurso, se considera como método más adecuado, dadas las ya numerosas sentencias de esta Sala sobre la misma cuestión de fondo, recopilar los criterios de decisión de tales sentencias acerca de los puntos que plantean tanto aquellos motivos como su impugnación por el recurrido [Joaquín]. Así, del examen de todas las sentencias citadas en el fundamento jurídico primero se desprenden los siguientes postulados:

A) *El error y el dolo, como vicios del consentimiento, tienen que hacerse valer por vía de acción, no de excepción. Por tanto, si los alega el demandado será preciso, para poder apreciarlos, que formule reconvencción* (sentencia de 2 de noviembre de 2001, con cita de otras siete anteriores de esta Sala sobre la necesidad de formular reconvencción, y sentencias de 30 de septiembre de 2002, 20 de diciembre de 2002 y 16 de diciembre de 2005). *De ahí que la única de las sentencias de esta Sala favorable al demandado en la cuestión de que se trata, la de 17 de enero de 2005 [que extracto en la anterior [A]], tuviera como presupuesto de la desestimación del motivo que combatía la apreciación de dolo el que en ese caso el demandado [el cliente] hubiera formulado la oportuna reconvencción [esta cursiva mía].*

B) [...] ⁸⁸⁷.

C) Por muy parecidas razones no cabía apreciar error ni dolo como causa de anulabilidad de los correspondientes contratos fundada en el desconocimiento por los demandados de la verdadera situación del Banco demandante o en la notoriedad de la misma, pues, de un lado, entre la fecha de aquéllos, 28 de febrero de 1989, y el año en que fue intervenida la entidad bancaria, en 1993, medió un considerable periodo de tiempo, durante el cual incluso llegó a subir la cotización de las acciones, y, de otro, aceptar semejante planteamiento equivaldría a considerar nula o anulable toda compraventa de acciones cuya cotización no se correspondiera en el momento de la operación con la verdadera situación patrimonial de la sociedad en ese mismo momento, algo que resulta incompatible con el funcionamiento del mercado de valores y que produciría el caos en forma de sucesivas nulidades retroactivas de las operaciones bursátiles cada vez que una compañía entrara en crisis (sentencias de 2 de noviembre de 2001, 30 de septiembre de 2002, 20 de diciembre de 2002 y 16 de diciembre de 2005).

D) La carta que habían firmado los luego demandados al mismo tiempo que la póliza de crédito no era tanto una prohibición de disponer ni una garantía

⁸⁸⁷ En esa letra B) se argumenta en relación con la causa del contrato: «B) La operación se presentaba muy ventajosa para quienes firmaban la póliza de crédito y la carta de asunción de los compromisos ya referidos, pues su fin último era conseguir un lucro legítimo al cabo del tiempo sin tener que hacer desembolso material alguno. Que este fin no llegar[a] a lograrse es algo que no puede teñir retroactivamente de ilicitud a la causa lucrativa de la operación ni hacerla desaparecer por frustración de la finalidad última perseguida, ya que no cabe confundir la causa del contrato como elemento esencial para su validez con el buen fin de la operación o consecución del lucro inicialmente proyectado, y menos todavía cuando éste dependía necesariamente de las fluctuaciones inherentes a los valores negociables en bolsa, siendo inimaginable que los demandados hubieran solicitado la nulidad de los respectivos contratos si la cotización de las acciones compradas hubieran evolucionado favorablemente permitiéndoles cancelar el crédito en la forma inicialmente proyectada (sentencias de 28 de mayo de 2001 y 2 de noviembre de 2001)» (FD 3.º de la STS, 1.ª, 17.02.2006).

incardinable en el hoy derogado art. 167 C.Com. como la asunción de determinados compromisos que en ningún caso impedían a aquéllos vender las acciones antes del día pactado para, así, cancelar el crédito anticipadamente (sentencias de 28 de mayo de 2001, 2 de noviembre de 2001 y 16 de diciembre de 2006).

E) El hecho de que los luego demandados no recibieran el dinero físicamente ni tampoco tuvieran en su poder los títulos representativos de las acciones compradas en nada desvirtuaba la realidad de la operación, explicada tanto por las anotaciones en cuenta, como sustitutivas del papel, cuando por ser el Banco propietario y vendedor de los títulos a la vez que entidad encargada de la financiación del negocio, legitimado por ello para cargar en cuenta el valor de las acciones (sentencias de 28 de mayo de 2001 y 30 de septiembre de 2002).

F) [...] ⁸⁸⁸» (cursiva mía; FD 3.º).

[B.3] *Sobre que la sentencia de instancia era confusa y pretendía salvar el obstáculo de que el cliente demandado (Joaquín) no hubiera reconvenido, transformando un vicio del consentimiento en ausencia de consentimiento, el Tribunal Supremo explica:*

«También estos cuatro motivos [del recurso de casación del banco] han de ser estimados porque los razonamientos del tribunal sentenciador son harto confusos al tratar del error como vicio del consentimiento, con cita expresa del art. 1265 CC y por tanto como causa de anulabilidad que el demandado [Joaquín] tenía que haber hecho valer mediante reconvencción, para sin embargo acabar apreciando inexistencia de consentimiento porque el demandado [Joaquín] no lo prestó «a tal operación sino a otra bien diferente», de lo que a su vez resulta que «el demandado [Joaquín] no tiene obligación de abonar el principal e intereses reclamados, pero tampoco se ha producido un desplazamiento en la titularidad de las acciones». Incurre así la sentencia recurrida en una confusión conceptual entre consentimiento viciado por error y consentimiento inexistente que, amén de causar indefensión al Banco demandante imponiéndole oponer el transcurso del plazo de cuatro años establecido en el art. 1301 CC por vía de contestación a una reconvencción indebidamente eludida, deja sin resolver la cuestión de que el demandado [Joaquín] siga siendo titular de las acciones compradas, pues lo cierto es que la consideración sobre la falta de desplazamiento en su titularidad carece de reflejo alguno en el fallo, en cuanto éste se limita a absolver al demandado [Joaquín] de la reclamación de cantidad formulada contra él. En definitiva, el error del contratante que parece detectar la sentencia recurrida sería el relativo a la verdadera situación del Banco en el momento de comprar las acciones, pero ya se ha señalado

⁸⁸⁸ En esa letra F) se argumenta el rechazo de la nulidad de pleno derecho con fundamento en el artículo 6.3 CC: «F) Finalmente, también es rechazable la nulidad de pleno derecho, fundada en el art. 6.3 CC por infracción de diversas normas imperativas y prohibitivas, porque las acciones fueron compradas por los demandados, no por el propio Banco; la jurisprudencia se ha guiado siempre en esta materia por criterios de prudencia y flexibilidad; y en fin, en bastantes de los litigios se daba el consentimiento de que los demandados pretendieran liberarse de su deuda pero subsistiendo la titularidad de las acciones a su favor (sentencias de 28 de mayo de 2001, 2 de noviembre de 2001, ésta con examen de un motivo en el que se alegaba la circular del Banco de España 8/89, y 6 de junio de 2002)» (FD 3.º de la STS, 1.º, 17.02.2006).

cómo la jurisprudencia de esta Sala rechaza tal planteamiento; y además, para salvar el obstáculo representado por la falta de reconversión, la misma sentencia transmuta un vicio del consentimiento en la falta misma de consentimiento, algo que, amén de desmentido por el propio demandado [Joaquín] al afirmar rotundamente en su escrito de impugnación que prestó su consentimiento a una operación de reducción de autocartera, aunque desconociendo la «ingeniería financiera» subyacente e incluso por la conducta del mismo demandado [Joaquín] al firmar otra póliza de crédito en el año 1993 para renovar la de 1989, altera por completo el diferente régimen jurídico aplicable a cada una de esas figuras e incurre en las infracciones denunciadas en estos cuatro motivos» (cursiva mía; FD 4.º).

4.2.2 LA NATURALEZA DE CADUCIDAD DEL PLAZO DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN

A) *La doctrina de los autores*

[111] El *plazo de ejercicio de la acción de anulación*, en lo que me afecta, por dolo, es de *cuatro años* y de *caducidad* (art. 1301, primera regla, CC). Con la reforma del artículo 1301 CC por Ley 8/2021, el legislador *expresa e indiscutiblemente* afirma la naturaleza de caducidad.

Sobre la expresa calificación de caducidad, García Rubio, refiriéndose al entonces *Anteproyecto de Ley* de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, afirma que «[e]l propuesto artículo 1301 CC» zanjaba «cualquier polémica que pudiera existir al respecto y siguiendo la opinión mayoritaria, se opta por calificar directamente la acción [de anulabilidad], al establecer que «la acción caducará» en lugar del ambiguo término [del en aquel entonces] actual [art. 1301 CC] «durará»⁸⁸⁹. Por su parte, Pantaleón Prieto, como seguidamente expongo, valoraba positivamente el cambio del «solo durará», al «caducará», referido a la acción de nulidad (de anulabilidad) del contrato, y no referido a las restituciones surgidas de la anulación, aplicándose a estas últimas el plazo general de los cinco años del artículo 1964 CC.

[A] *La valoración de Pantaleón Prieto*

«La propuesta de sustituir «*sólo durará*» por «*caducará*» [cursiva del original] era, en mi opinión [Pantaleón Prieto], merecedora de aplauso. Doctrina muy autorizada ha sostenido y sostiene que debe entenderse que el plazo de cuatro años del vigente [cuando Pantaleón Prieto escribía] artículo 1301.I CC es *el*

⁸⁸⁹ GARCÍA RUBIO, *RDC* (2018) p. 184.

plazo de prescripción de la pretensión de restitución [cursiva, negrita en el original] de la prestación realizada en ejecución del contrato anulable y ya anulado. Pero, aun dejando aparte la literalidad del precepto (pues comienza por confundir nulidad y anulabilidad), carece de buen sentido que el plazo de prescripción no sea el mismo, el general de las pretensiones personales del artículo 1964 *in fine* CC, para la restitución derivada de la declaración de nulidad de un contrato nulo de pleno derecho y para la derivada de la anulación de un contrato anulable. Lo sujeto al plazo de cuatro años, como defiende doctrina igualmente autorizada, es *la acción o facultad de anulación* [cursiva, negrita en el original], cuyo ejercicio hará nacer, en su caso, la pretensión o las pretensiones de restitución de las prestaciones ya efectuadas (cf. artículo 1303 CC); pretensiones, esas, sujetas al plazo general de prescripción de quince años hasta la Ley 42/2015, de 5 de octubre, y de cinco años desde la entrada en vigor de la disposición adicional primera de dicha Ley»⁸⁹⁰.

[B] *La razón de que a unos plazos haya de asociárseles la prescripción y a otros, la caducidad*

Por ejemplo, en 2018, Cañizares Laso lo explica y sintetiza, teniendo presente la existente discrepancia entre los autores sobre la función desempeñada por los cuatro años del (ahora derogado) artículo 1301 CC. En concreto:

«Es fundamental distinguir entre pretensiones y derechos potestativos porque con base en la distinta naturaleza de los derechos, el operador jurídico, salvo que el legislador lo haga expresamente, puede entender si se está en presencia de un determinado plazo de prescripción o de caducidad, pues si se trata de una pretensión el plazo lo será de prescripción mientras que si se trata de un derecho potestativo lo será de caducidad. Por ejemplo, los casos de permutas financieras (*swap*) que, [...], en los últimos tiempos se han planteado reiteradamente en los tribunales, [...]. Estos casos se plantean en el marco del error vicio del art. 1301 CC. El plazo de cuatro años recogido en este precepto se califica, generalmente, como un plazo de caducidad. En efecto, de seguir el tenor literal del Código este plazo de cuatro años, en principio, puede calificarse como un plazo de caducidad, puesto que el art. 1301 [CC] señala que «sólo durará», lo que no sería determinante, pero que sí es cierto que terminológicamente parecería indicar más un caso de caducidad que de prescripción.

Determinar si se trata de un plazo de prescripción o de caducidad va a depender, en alguna medida, de cómo se configure la acción de anulabilidad. Básicamente, cómo es sabido, se pueden reducir a dos las tesis existentes en esta materia. De una parte la que aboga por el carácter constitutivo de la acción de anulación y de la sentencia que en el pleito iniciado por tal acción recaiga, formulada por Díez-Picazo. De otra, la tesis del carácter declarativo de la acción de anulación, sostenida por De Castro y seguida en alguna medida por Delgado y Parra.

⁸⁹⁰ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 07.04.2021, pp. 12-13.

De acuerdo con la primera tesis, la anulabilidad es una ineficacia estructural y provocada. Según esta manera de concebirla, el contrato anulable es válido y eficaz hasta que se anule y la acción de anulación es constitutiva. Partiendo de esa construcción se entiende que el plazo de ejercicio de la acción de anulación de cuatro años (art. 1301 CC) es un plazo de caducidad al entender que «la acción pueda ser considerada como un derecho potestativo».

Según la tesis del carácter declarativo de la acción de anulación, el ejercicio de la anulabilidad, se concibe 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. 1303 CC); y la acción restitutoria, que origina el deber de las partes de devolverse recíprocamente lo recibido por el negocio. Aunque tiene carácter fundamental la primera, pues sin ella no hay lugar para la restitutoria, no es preciso obtener primero la declaración de nulidad para poder demandar la restitución; por el contrario, ambos efectos se pueden conseguir en el mismo procedimiento.

[...].

De acuerdo con la mencionada configuración de la acción de anulabilidad, expuesta muy resumidamente, la conclusión a la que se puede llegar es a la falta de claridad que existe en torno a ella. Si nos fijamos en el plazo para el ejercicio de la acción, al ser el ejercicio por parte del sujeto protegido un derecho potestativo el plazo sería de caducidad. Sin embargo, si nos fijamos en la restitución derivada del ejercicio de la acción, estaríamos en presencia de una pretensión restitutoria, por lo que se trataría de un plazo de prescripción. [...]»⁸⁹¹.

B) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

[111 bis] *Solo voy a referirme a la STS, 1.ª, 23.12.2021, en la que se conoce de una donación de inmuebles (fincas rústicas) que encubre otra donación (simulación relativa), pretendiendo tres donatarios (hermanos) que se declare la verdadera voluntad de la donante, su madre, consistente en que las tres fincas que donaba era por partes iguales entre los cuatro hermanos (acuerdo verbal). En la escritura de donación se decía que se donaba dos fincas a tres hermanos y otra tercera finca a una hermana, siendo el valor de esta tercera finca, en más del doble de la suma del valor de las otras dos fincas. Se entiende que los tres hermanos ejercitan «una acción de nulidad por simulación relativa o anulabilidad de la donación». Ni en primera, ni en segunda instancia se estima la demanda, en ambos casos porque el plazo de ejercicio de la acción había transcurrido, pero, en primera instancia se califica el plazo de prescripción y en segunda de caducidad. Por su parte, el Tribunal Supremo, que no casa, considera el plazo de los cuatro años del artículo 1301 CC de caducidad y, tras repasar diversas sentencias suyas en las que lo califica de prescripción, y en*

⁸⁹¹ CAÑIZARES LASO, *RDC* (2018) pp. 97-99.

otras, de caducidad, sentencias estas últimas más modernas y desde entonces invariablemente lo entiende de caducidad, recuerda que el artículo 1304 PMCC de 2009 lo considera de caducidad [artículo que transcribo *supra*, [106] [A], por García Rubio y en lo que me interesa] y además, así lo califica el artículo 1301 CC en su redacción por Ley 8/2021, redacción no vigente «en la fecha de los hechos a que se refiere esta litis», pero que carece de relevancia, dado que «esta modificación legal tiende a aclarar el verdadero sentido original de la norma, ajustando su letra a su espíritu y finalidad, y terminando en este punto con la imprecisión de la redacción anterior y con las dudas que ello había generado» (cursiva mía; el primer FD 3.º).

[A] *La STS, 1.ª, 23.12.2021 (Pte. Excmo Sr. D. Juan María Díaz Fraile)*

En síntesis, el 06.10.2004, Herminia (madre) otorga una escritura de donación en la que donaba a favor de sus hijos Lázaro, Belinda y M.ª del Rosario, por terceras e iguales partes indivisas, dos fincas, y a su hija África donaba una tercera finca, valorada esta última en más del doble de la suma de las otras dos fincas. Desde 2004 hasta 2015 (durante once años), los cuatro hermanos explotan conjuntamente las tres fincas donadas, ingresándose el importe de las rentas pagadas por el arrendatario de las tres fincas en una cuenta abierta por los cuatro hermanos y todos los gastos de las tres fincas se abonaban conjuntamente y por partes iguales por los cuatro hermanos. El 12.10.2016, los hermanos Lázaro, Belinda y M.ª del Rosario demandan a su hermana África y entre otras cosas, señalan que hubo un acuerdo verbal entre los cuatro hermanos y la madre de realizar una donación por partes iguales entre los cuatro hermanos de las tres fincas, siendo esta la voluntad real de la donante Herminia; esto es, ejercitan una acción de nulidad por simulación relativa o anulabilidad de la donación. En primera instancia se desestima su demanda por considerar prescrito el plazo de los cuatro años del artículo 1301 CC para los casos de error, dolo, o falsedad de la causa. Los hermanos Lázaro, Belinda y M.ª del Rosario apelan, desestimándose su recurso en segunda instancia porque la acción que ejercitaron del artículo 1301 CC había caducado. Los hermanos Lázaro, Belinda y M.ª del Rosario recurren en casación y alegan infracción del artículo 1301 CC (motivo 1.º), por haberse calificado de caducidad el plazo de los cuatro años, tratándose de un plazo de prescripción. El Tribunal Supremo, que considera de caducidad el plazo del artículo 1301 CC (redacción anterior a la Ley 8/2021), no casa.⁸⁹²

En lo que interesa, el Tribunal Supremo explica y argumenta:

«3. *La distinción jurisprudencial y doctrinal entre prescripción y caducidad* [esta cursiva del original]

3.1 Es opinión común que el Código civil adolece en materia de caducidad de cierta imprecisión técnica. No es sólo que carezca de una regulación ge-

⁸⁹² Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

neral sobre esta institución, sino también que no presenta un criterio uniforme al calificar los plazos de ejercicio de los derechos y de las acciones. [...]

Este hecho y la proximidad entre la caducidad y la prescripción, instituciones ambas enmarcadas en el ámbito de los efectos del tiempo, como hecho natural, en las relaciones jurídicas, junto con el carácter relativamente moderno de las construcciones doctrinales sobre la materia, permiten explicar las dificultades de la delimitación entre los casos de caducidad y los de prescripción, así como la falta de una jurisprudencia uniforme en la materia.

3.2 En el caso concreto del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad (en rigor, anulabilidad) del art. 1301 CC, entre los precedentes resueltos por la sala pueden identificarse pronunciamientos favorables a las dos tesis confrontadas en este litigio [plazo de caducidad, o plazo de prescripción], si bien se aprecia una evolución en la jurisprudencia favorable a la calificación del plazo del art. 1301 CC como un plazo de caducidad, aunque estos pronunciamientos se han hecho generalmente con carácter de *obiter dicta*.

[...].

3.4 La distinción entre ambas instituciones [prescripción, caducidad] aparece ya con claridad en algunas resoluciones de la década de los cuarenta del siglo pasado. Así, se califica de caducidad los plazos previstos en los siguientes preceptos: (i) art. 689 CC, sobre la protocolización del testamento ológrafo (sentencia de 27 de abril de 1940), (ii) art. 1524 CC, sobre el derecho legal de retracto (sentencia de 30 de abril de 1940); o (iii) art. 113 CC, sobre la antigua acción de impugnación de la legitimación de los hijos nacidos constante matrimonio (sentencia de 24 de enero de 1947).

[...].

3.7 Ahora bien, las diferencias señaladas [entre prescripción y caducidad] atienden bien al fundamento de una y otra institución, bien a su diverso régimen jurídico, con diferencias tan importantes como, por ejemplo, la de admitir o no su interrupción. *Con ello no se resuelve el problema de identificar de forma inequívoca los elementos definidores de la tipología de los supuestos que deben ser subsumidos en una u otra categoría jurídica, cuya importancia es pareja a la diversidad sustantiva de su régimen jurídico.*

No obstante, a la vista de la regulación legal, a pesar de su imprecisión en esta materia, y de los precedentes de esta sala, una doctrina autorizada ha sintetizado las conclusiones que tales datos se pueden extraer identificando tres categorías de supuestos calificables de caducidad: (i) las facultades, acciones y derechos que afectan al estado civil de las personas; (ii) los derechos de retracto; y (iii) las facultades, acciones o poderes que, sin ser derechos subjetivos plenos, autorizan a modificar una relación negocial preexistente.

3.8 De acuerdo con esta opinión mayoritaria, se parte de la consideración del contrato anulable como un contrato inicialmente válido, desde el momento de su perfección, sin perjuicio de que deje de serlo cuando el legitimado en cada caso ejercite la acción de anulación, acción que en caso de prosperar provoca el efecto de la invalidación con eficacia retroactiva del contrato nacido claudicante, bajo la amenaza de la impugnación, pero válido. Como declaró la sentencia

138/1997, de 27 de febrero, «hay que estimar a dichos contratos anulables como inicialmente eficaces, pero eso sí, con una eficacia claudicante».

Como ha resumido una autorizada opinión doctrinal el plazo de ejercicio de la acción de anulación de cuatro años (art. 1301 CC) es un plazo de caducidad, pues el texto del precepto permite entenderlo así porque literalmente dice «la acción de nulidad solo durará cuatro años». Por tanto, es un supuesto de fijación inicial del término en que se podrá ejercitar la acción. No hay presunción legal de abandono por no ejercicio, sino límite temporal para su posible uso. Además, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma y a la necesidad creciente de seguridad y certeza en el tráfico jurídico y económico, hay un interés general y no sólo particular en obtener una clara definición de los negocios y relaciones jurídicas.

4. *La evolución de la jurisprudencia sobre la calificación del plazo del artículo 1301 para el ejercicio de la acción de nulidad [esta cursiva del original]*

4.1 A la vista de la evolución general de la jurisprudencia y de la doctrina sobre la distinción entre prescripción y caducidad, pueden entenderse las oscilaciones de la jurisprudencia en relación con el plazo de ejercicio de la acción de anulación del art. 1301 CC. Conviene empezar recordando que este precepto se refiere sólo a la anulabilidad o nulidad relativa y no a la nulidad absoluta o de pleno derecho. [...]

[...].

4.2 Partiendo de esa delimitación de su campo de aplicación [que el art. 1301 CC solo se refiere a la anulabilidad], han calificado de prescripción el plazo de cuatro años del art. 1301 CC las siguientes resoluciones de esta sala:

(i) sentencia de 25 de abril de 1960:

[...]

(ii) sentencia de 28 de octubre de 1974:

[...]

(iii) sentencia de 27 de marzo de 1987:

[...]

(iv) sentencia de 27 de marzo de 1989:

[...]

4.3 En todos los casos anteriores puede considerarse que los pronunciamientos de la sala en cuanto calificaban el plazo del art. 1301 como de prescripción no constituían declaraciones sobre cuestiones controvertidas, sino que esa calificación venía dada por los términos del debate en la instancia, y lo que se discutía era si resultaba o no aplicable el citado precepto en razón al tipo de invalidez declarado. Más explícita fue sin embargo la sentencia 138/1997, de 27 de febrero, en la medida en que no solo afirmó que se trata de un plazo de prescripción, sino que además explícitamente negó que fuera de caducidad:

[...]

Finalmente, se inscribe también en esta corriente jurisprudencial la sentencia 843/2006, de 6 de septiembre, si bien con un pronunciamiento también incidental [...].

4.4 A la doctrina jurisprudencial reseñada se opone una línea de jurisprudencia más moderna que se inicia con una sentencia de fecha incluso anterior a la última citada, que asumiendo las construcciones doctrinales mayoritarias en la materia antes reseñadas, viene manteniendo a partir de entonces de forma invariable el término de «caducidad» para referirse al plazo de ejercicio de la acción del art. 1303 CC, si quiera [*sic*] sea con el carácter incidental con el que antes se empleaba el de «prescripción».

[...]. Por el contrario, sí constituye un supuesto favorable a la tesis de la caducidad la otra sentencia citada en dicho escrito de oposición [a la demanda], en concreto, la sentencia 794/2009, de 2 de diciembre, en un supuesto en que se discutía la procedencia de la aplicación del plazo de la acción del art. 1301 CC, que se califica expresamente de «caducidad», o el propio de las acciones de resolución del contrato, esto es, el plazo de prescripción general de las acciones personales del art. 1964 CC.

4.5 Junto con la citada sentencia, son exponentes de esta moderna línea jurisprudencial las siguientes resoluciones de la sala:

- (i) sentencia 216/2006, de 3 de marzo:
[...]
- (ii) sentencia 558/2010, de 23 de septiembre:
[...]
- (iii) sentencia 370/2012, de 18 de junio:
[...]
- (iv) sentencia 682/2013, de 5 de noviembre:
[...]
- (v) sentencia 54/2014, de 21 de febrero:
[...]
- (vi) sentencia 404/2018, de 29 de junio [...]
[...].

5. *Es muy significativo que los trabajos prelegislativos de la Comisión General de Codificación, dirigidos a la modernización de la regulación del Código sobre las obligaciones y los contratos, también asumieron de forma explícita la caracterización del plazo de impugnación del art. 1301 (renumerado como 1304) como de caducidad: «La acción de anulación caducará a los dos años y ese plazo empezará a correr [...].»*

En este sentido, la reciente modificación del Código civil introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha dado nueva redacción al párrafo primero del art. 1301, en la que viene a dar carta de naturaleza normativa a la tesis de que el plazo de ejercicio de la acción de nulidad en los casos a que se refiere es de caducidad y no de prescripción, según afirma ahora de forma explícita el texto reformado del precepto en el que se establece que «La acción de nulidad caducará a los cuatro años. Ese tiempo empezará a correr: [...]». Aunque esta reforma no había entrado en vigor en la fecha de los hechos a que se refiere esta Litis, tal circunstancia carece de relevancia a los efectos de su aplicación temporal, pues esta modificación legal tiende a aclarar el verdadero sentido original de la norma, ajustando su letra a su espíritu y finalidad, y terminando en este punto con

la imprecisión de la redacción anterior y con las dudas que ello había generado» (cursiva mía; el primer FD 3.º).

4.2.3. EL *DIES A QUO* PARA LA ACCIÓN DE ANULACIÓN POR DOLO

A) *La doctrina de los autores*

[112] Según el artículo 1301.I.2.º CC, dicha acción se computa *desde la consumación del contrato. Es la misma norma del derogado artículo 1301.II, segunda regla, CC*. En cambio, en el *Proyecto de 2020* se proponía como *dies a quo* para el dolo, «desde que el legitimado para anular el contrato *hubiese conocido o debido conocer* la causa de anulabilidad del contrato» (cursiva mía)⁸⁹³. Esta última regla de cómputo permite al que lo padeció que, no encontrándose ya bajo el influjo del dolo, pueda conscientemente tomar su decisión de anular, o no, el contrato. Sin embargo, la *Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados retomó* como *dies a quo* el de la consumación del contrato del entonces vigente artículo 1301 CC y es, como antes dije, la regla finalmente recogida en el Código civil. Pantaleón Prieto valoraba positivamente aquella adopción del criterio del conocimiento o de la cognoscibilidad para el inicio de la acción de anulación por dolo, por lo que la posterior decisión legislativa de volver al criterio de la consumación del contrato, en modo alguno la compartía⁸⁹⁴.

⁸⁹³ Ahora bien, si el *Proyecto de 2020* (art. 1301.I.2.º) fijaba como *dies a quo* el conocimiento o la cognoscibilidad del dolo, la anulación puede extenderse en el tiempo, afectando la necesaria seguridad del tráfico jurídico y estabilidad de los contratos. A pesar de tal posibilidad, *en el Proyecto de 2020 no se previó otro plazo final máximo (o plazo preclusivo), transcurrido el cual no fuera posible anular el contrato por dolo, y habría debido preverse*.

PARRA LUCÁN es de la misma opinión: «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, 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»» [cursiva mía; (2022) p. 912].

Vid. infra, notas 917 y 918, las consideraciones de M. J. MARÍN LÓPEZ.

⁸⁹⁴ *Y más allá de la anulación por dolo*, en concreto para la anulación *por falsedad de la causa*, esta última, si bien suprimida en el artículo 1301 del *Proyecto de Ley de 2020*, volvía a acogerse por la *Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados*, y está en el vigente artículo 1301 CC. PANTALEÓN PRIETO y GARCÍA RUBIO valoraban respectivamente:

[A] *La valoración de Pantaleón Prieto*

Para el artículo 1301 del *Proyecto de 2020*, «merecedora de mi aplauso [Pantaleón Prieto] más encendido tenía que ser la propuesta de *abandonar como dies a quo del plazo de cuatro años, en los casos de [...] dolo*, [el de] «*la consumación del contrato*», para sustituirla por el momento en el que quien sufrió uno de esos vicios del consentimiento conoció o debió conocer que lo había padecido al tiempo de contratar» (cursiva, negrita en el original)⁸⁹⁵.

Lógicamente por lo anterior, la vuelta a la consumación del contrato en el artículo 1301 CC por parte de la *Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados*, le parecía a Pantaleón Prieto «una verdadera desgracia»⁸⁹⁶. Tras referirse a ciertos párrafos de la *STS, 1.ª, 17.12.2019* [de su FD 3.º, 2.4, i.) que reproduzco *infra*, [115] [E] y en la que se conoce de la compra de un cuadro], Pantaleón Prieto señalaba en aquel momento, que «[l]a Sala Primera del Tribunal Supremo ya le ha dicho al legislador que, aunque sabe que el mantener «*la consumación del contrato*» como comienzo de cómputo del plazo para anular un contrato celebrado por [...] dolo ha sido objeto de críticas doctrinales y que no se acomoda al criterio dominante en el Derecho comparado y de los modelos de *soft law*, no va a ir, para superar o corregir dicha decisión del legislador, más allá de donde ha llegado ya»⁸⁹⁷, y de ahí que «[t]ienen [tengan] ahora la palabra los Sres. Senado-

a) Para la entonces *supresión* de la falsedad de la causa, PANTALEÓN PRIETO lo consideraba «acertada[o] [...]», dado que *indudablemente contempla un supuesto concreto de error* [cursiva, negrita en el original] –el que la jurisprudencia denomina «*error sobre los motivos incorporados a la causa*»–, y para evitar a los estudiantes (y algunos aplicadores) del Derecho español la perplejidad que les produce que el Código Civil emplee las expresiones «*causa falsa*» y «*falsedad de la causa*» en dos sentidos radicalmente diferentes: el de «causa errónea», en el caso de anulabilidad que contempla el vigente artículo 1301.IV CC; y el de «causa mentida», simulación sobre el tipo de contrato, en el caso de nulidad que contempla el artículo 1276 CC» (salvo mi indicación para la negrita, el resto de la cursiva del autor; *Almacén de Derecho*, 07.04.2021, p. 13).

Y acerca de que, finalmente, volviera a recogerse la falsedad de la causa en el artículo 1301 CC, según PANTALEÓN PRIETO, «[n]o es, por supuesto, nada grave que haya reaparecido la «*falsedad de la causa*», pues ningún operador jurídico solvente puede ignorar que se trata de un supuesto de error –el error sobre los motivos incorporados a la causa ajenos a la sustancia y condiciones de la cosa objeto del contrato, o la identidad de la persona del otro contratante, que contempla el artículo 1266 CC–, y que no debe ser confundida con la «*causa falsa*» del artículo 1276 CC» [cursiva del original; *Almacén de Derecho*, 08.04.2021, p. 15].

b) GARCÍA RUBIO considera «una lástima que no se haya abrogado la mención a la «*falsedad de la causa*» como supuesto de anulabilidad, toda vez que con unos u otros matices, los autores la alejan de los supuestos de inexistencia o ilicitud de la causa para considerarlo una de las modalidades del error aludido en la misma regla (Díez-Picazo [...]) y, más en concreto, como una causa viciada por error (error en los motivos incorporados a la causa) cuya diferencia con el error vicio del consentimiento sería prácticamente irrelevante (Delgado [...])» [apellidos de los autores que la autora cita, mayúsculas en el original; (2022b) p. 642].

⁸⁹⁵ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 07.04.2021, pp. 13-14.

⁸⁹⁶ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 08.04.2021, p. 16, y también en p. 15.

⁸⁹⁷ a) PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 08.04.2021, p. 17.

b) Por su parte, GARCÍA RUBIO: «Me sumo, en fin, al lamento por no haber aprovechado la ocasión que daba la reforma de este art. 1301 CC para abandonar como *dies a quo* del plazo de cuatro años en caso de anulación por error o dolo la fecha de «*la consumación de contrato*», sustituyéndola, como se proponía, por el momento en el que quien sufrió el vicio del consentimiento conoció o debió conocer que lo había

res que se están ocupando del Proyecto de Ley sobre las personas con discapacidad y los Sres. Diputados a los que previsiblemente va a volver en breve», *exhortándoles* por cuanto «[e]s muy fácil hacer que las palabras finales del que va a ser el número 2.º del artículo 1301 CC dejen de ser «*desde la consumación del contrato*» para pasar a ser «*desde que el legitimado para anular hubiese conocido o debido conocer la causa de la anulabilidad*»; y ello «[e]s muy fácil, y es muy importante que se haga de inmediato» (cursiva del original)⁸⁹⁸. Añadía, «[s]ólo un ruego: si no quieren hacerlo, no nos pongan como excusa que, dado que no se trata de una cuestión específica de las personas con discapacidad, es mejor esperar a una reforma integral del Derecho de obligaciones y contratos en el Código Civil»⁸⁹⁹.

[113] Apuntado lo anterior, he de recordar que la decisión de optar por la consumación del contrato, o por el conocimiento o la cognoscibilidad, como *dies a quo* para la acción de anulación por dolo, *no es cuestión nueva*. Sabido es que en el artículo 1184.II PCC 1851 se acogió el *dies a quo* de «desde que se tuvo conocimiento» del dolo⁹⁰⁰, mientras que en el artículo 1314 APCC 1882-1888 lo fue el de la consumación del contrato⁹⁰¹. Entre los autores es idea común señalar, que en el panorama del derecho comparado lo usual es tomar como *dies a quo* el descubrimiento del dolo para anular el contrato, o el día en que habría debido descubrirse⁹⁰², por lo que llama la atención que en el

padecido al tiempo de contratar. Llamo la atención sobre el hecho de que este último día inicial del cómputo, de corte subjetivo, era un criterio que no resultaba ajeno a nuestra tradición jurídica (ya había sido utilizado en el Proyecto de Código civil de 1851, como recuerda Díez-Picazo [...]); pero sobre todo, probablemente el cambio podría atemperar el notable caos jurisprudencial que se ha originado en los últimos años en torno a la interpretación adecuada del criterio de la consumación del contrato, en su inmensa mayoría en relación a contratos bancarios, para cuya exposición y crítica, que no compete a estos comentarios, me remito a Pantaleón Prieto [...]» [(2022b) pp. 642-643].

⁸⁹⁸ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 08.04.2021, p. 17.

⁸⁹⁹ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 08.04.2021, p. 17; continúa: «No nos lo pongan, al menos, a quienes hemos trabajado tanto para preparar tal reforma. Nos tememos que en balde». Sin embargo, GARCÍA RUBIO apunta que la razón de no ser materia específica para las personas con discapacidad influyó en la toma de ciertas decisiones legislativas (*supra*, [106] [A]).

⁹⁰⁰ Artículo 1184 PCC 1851: «La nulidad del contrato, fundada en alguna de las causas expresadas en las secciones 2.ª [«De la capacidad de los contrayentes»] y 3.ª [«Del consentimiento»], capítulo II [«De los requisitos esenciales para la validez de los contratos»] de este título [V «De los contratos y obligaciones en general»], no puede reclamarse por vía de acción, sino dentro del término de cuatro años./ *Este tiempo empieza a correr*, [...]: *en el caso de error o de dolo, desde que se tuvo conocimiento del uno o del otro*;/[...]» (cursiva mía).

⁹⁰¹ Artículo 1314 APCC 1882-1888: «La acción de nulidad sólo durará cuatro años. (1184 Proy.)/ Este tiempo empezará a correr:/ [...];/ En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato;/ [...]» [LASSO GAITE (1970) p. 673].

⁹⁰² a) A modo de mero ejemplo, en los derechos alemán y francés:

a.1) § 124 BGB: «Plazo de impugnación/ (1) La impugnación de una declaración de voluntad impugnada conforme al § 123 [este § incluye al engaño; dolo en nuestra terminología] sólo puede realizarse en el plazo de un año./ (2) En caso de engaño doloso el plazo comienza a partir del momento en que el legitimado para la impugnación descubre el engaño, y en el de la intimidación cuando cesa el estado de coacción. Para el transcurso del plazo se aplican por analogía las disposiciones sobre prescripción del § 206,

artículo 1301 CC se adopte la regla de la consumación del contrato. En este sentido se pronuncian, por ejemplo y con más o menos matices, Rojo Ajuria, García Vicente, y M. J. Marín López, y para el artículo 1184.II PCC 1851, García Goyena. Ahora bien, adoptado el *dies a quo* de la consumación del contrato, esta regla se justifica en la protección de la seguridad del tráfico. En este otro sentido, por ejemplo, García Vicente, y Delgado según informa, para el último, Parra Lucán.

[A] *El general acogimiento del dies a quo del conocimiento o de la cognoscibilidad del dolo en el derecho comparado, frente al de la consumación del contrato del artículo 1301 CC*

[A.1] *En 1994, Rojo Ajuria considera «curioso [cursiva mía] que el artículo 1301 Cc, apartándose de otros modelos de Derecho comparado» en los que el cómputo se inicia desde el descubrimiento del dolo, estableciera el de la consumación del contrato, «con lo que, como señala Díez-Picazo [apellido, mayúsculas en el original], puede suponer que la acción de anulación quede extinguida no obstante no haberse desvanecido el error o dolo. [Ahora bien, [1]a doctrina justifica tal solución en base a la seguridad jurídica y del tráfico»⁹⁰³.*

[A.2] *A propósito del entonces vigente artículo 1301 CC, García Vicente, para el que señala su apartamiento de los «precedentes históricos», llega a afir-*

apartado 2, y los §§ 210 y 211./ (3) La impugnación está excluida una vez han transcurrido diez años desde la emisión de la declaración de voluntad» [trad. ARROYO AMAYUELAS, rev. BECKMANN (2008) p. 56].

a.2) Artículo 1144 CCF: «El plazo de la acción de nulidad se computa, en caso de error o de dolo, desde el día en que fueron descubiertos [...]» (traducción mía). En el derecho francés, el plazo de ejercicio para la nulidad relativa del contrato son cinco años (art. 2224 CCF), existiendo otro plazo de veinte años, más allá del cual dicha acción no podrá ejercitarse y que se computa desde la celebración del contrato (art. 2232.I CCF). *Vid. FENOY PICÓN, ADC (2020) [65] pp. 1433-1435, y [41] p. 1391 para la transcripción en francés del artículo 1144 CCF.*

b) *Más allá de lo anterior*, en el *soft law* de los PECL, su artículo 4:113 PECL (versión española) dispone: «(1) La anulación debe comunicarse en un plazo razonable, conforme a las circunstancias, a partir del momento en que la parte que anula el contrato haya tenido noticia de los hechos relevantes o hubiera debido tenerla, o desde el momento en que haya sido libre para actuar./ (2) [...]» [BARRES BELLLOCH/EMBED IRUJO/MARTÍNEZ SANZ (2003) p. 397; otra traducción en Díez-Picazo/Roca Trías/Morales (2002) pp. 45-46]. Y el artículo 4:113 PECL (versión oficial): «Time Limits/ (1) Notice of avoidance must be given within a reasonable time, with due regard to the circumstances, after the avoiding party knew or ought to have known of the relevant facts or became capable of acting freely./ (2) [...]».

Según el *Comment A* del artículo 4:113 PECL, la necesidad de seguridad en las transacciones requiere que la parte que tiene derecho a anular el contrato deba hacerlo en un plazo razonable después de que conozca los hechos relevantes, o en casos de intimidación o indebida persuasión, desde que está libre de la amenaza o de la influencia de la otra parte. En el *Comment B* se apunta, que la parte debe actuar en un plazo razonable desde que conoce los hechos relevantes, no siendo necesario que sepa que dichos hechos le dan derecho a anular el contrato. Si tiene dudas, debe tomar consejo legal y el tiempo razonable incluye ese tiempo para tomar consejo y considerar la propia decisión. [LANDO/BEALE (2000) p. 275].

⁹⁰³ ROJO AJURIA (1994) p. 139.

mar que la adopción de la consumación del contrato como *dies a quo* «no tiene parangón en el Derecho comparado» (cursiva mía)⁹⁰⁴.

[A.3] Para M. J. Marín López, «[e]n el derecho comparado se considera» la nulidad por dolo «una hipótesis clásica de vinculación del *dies a quo* al conocimiento del sujeto», ya que, «difícilmente va a poder ejercitar la acción de nulidad del contrato por dolo [...] el contratante que lo padece si ignora [...] que ha sido engañado por un tercero»⁹⁰⁵.

[A.4] En relación con el Proyecto de Código civil de 1851, García Goyena comentaba, «[e]n cuanto al tiempo en que deben comenzar á correr los cuatro años, el artículo [1184 PCC 1851, que transcribo *supra*, nota 900] *está conforme con todos los Códigos antiguos y modernos*, por las razones que he espuesto en el artículo 1196 [*sic*]: *el tiempo, en tesis general, no puede correr hasta que cese el impedimento ó la causa de la nulidad, y no puede menos de correr desde que ha cesado*» (cursiva mía)⁹⁰⁶.

[B] *La consumación del contrato y la protección de la seguridad del tráfico*

[B.1] Para García Vicente, «[e]n el caso del art. 1301 IV CC («en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato») la explicación es sencilla y nada tiene que ver con la eventual existencia de una doble acción (tal vez se inspira más bien en la misma idea que subyace al artículo 1490 CC *de pura estabilidad de los contratos*): el legislador ha entendido que con la consumación el que padece el vicio puede desvelar el error o reconocer el engaño; es, en el fondo, una regla práctica que evita discusiones aventuradas y cargas probatorias abrumadoras (sobre todo para el que se opone) [...]» (cursiva mía)⁹⁰⁷.

También de García Vicente, «[e] artículo 1301 IV [...], en cambio sí lo tiene [parangón; cfr. *supra*, en anterior [A.2]] respecto al *dies* de las acciones edilicias (el artículo 1490 *in fine* CC dice «contados desde la entrega de la cosa vendida»), razón por la cual la explicación que merezca el artículo 1490 servirá en su interpretación. De esta variación respecto a sus antecedentes podemos deducir que el

⁹⁰⁴ GARCÍA VICENTE, «Artículo 1301» (2013) p. 9257.

⁹⁰⁵ M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) p. 156.

⁹⁰⁶ GARCÍA GOYENA, «Artículo 1184» (1852) p. 629.

⁹⁰⁷ a) GARCÍA VICENTE, «Artículo 1301» (2013) pp. 9255-9256.

b) Por mi parte informaba en 1996 para el artículo 1490 CC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo: «k) Que el plazo de seis meses del art. 1490 CC se computa a partir de la entrega de la cosa, como especifica dicho precepto, y no, como pretende el recurrente en casación, desde el descubrimiento del defecto (STS de 12 de marzo de 1986).

l) Que la finalidad del plazo de seis meses del art. 1490 CC «es dar al comprador la oportunidad de descubrir el vicio» (STS de 3 de abril de 1974). Y puesto que esa es la finalidad del plazo del art. 1490 CC, no puede llegarse «a la conclusión de negar acción al comprador para instar la rescisión del contrato ya perfecto y comenzado a ejecutar por él mediante la entrega de parte del precio, si antes de producirse la entrega aquél tiene conocimiento de los vicios o defectos ocultos que hacen inhábil la cosa para su destino» (STS 23 de julio de 1994) [FENOY PICÓN (1996) nota 537 de p. 185; extracté la STS 23.07.1994 en pp. 565-566, la STS 12.03.1986 en pp. 522-523, y la STS 03.04.1974 en pp. 455-456].

legislador prefirió establecer en el artículo 1301 CC un criterio objetivo para el cómputo, criterio que debería cumplir, al menos en abstracto, la función de asegurar el conocimiento del vicio. Respondería esta variación a una preocupación por la estabilidad del tráfico jurídico, dicho de otro modo, hay que evitar discusiones inacabables sobre el momento de cómputo, a las que conduciría la determinación de cuándo se desveló el error, el engaño o la falsedad de la causa./ En definitiva responde a una máxima de la experiencia frente al modo en que considera el Código civil el error, el dolo y la falsedad de la causa en los artículos 1266 y 1269 (veáanse también los artículos 1076 CC [«[I]a acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años, contados desde que se hizo la partición»] y [derogado] 323 III CDCC [que transcribo *infra*, nota 1241 a)]. Cuando se consuma el contrato se conoce la verdadera naturaleza de la prestación, se conocen igualmente las cualidades subjetivas de las partes y las ventajas y desventajas de las estipulaciones pactadas en el contrato (1266 y 1269 CC); es decir, parece que con la ejecución al contratante que padece el vicio le es más fácil reconocer el error o desvelar el engaño. Con la consumación cabe al menos «la posibilidad abstracta de reconocer» el error o el dolo padecido. El error y el dolo se refieren a la prestación, condiciones del contrato o identidad de las partes materialmente consideradas. Con la consumación del contrato cabe contrastar las afirmaciones inexactas o la realidad presupuesta con la verdadera situación; esto es, el despliegue de la eficacia del contrato suministra el necesario término de comparación»⁹⁰⁸.

[B.2] Según informa Parra Lucán, «[e]xplicó Delgado [Echeverría] que el Código [civil] 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 [...]» y el Código civil «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*»⁹⁰⁹.

[114] Y, ¿cuándo se produce la consumación del contrato?

⁹⁰⁸ GARCÍA VICENTE, «Artículo 1301» (2013) p. 9257; a propósito del artículo 1490 CC, la nota inmediatamente anterior a esta.

⁹⁰⁹ PARRA LUCÁN (2022) pp. 896-897.

Pantaleón Prieto, bajo el presupuesto de que los cuatro años se refieren a «la acción o facultad de anulación» del contrato y «no [a] la pretensión de restitución de la prestación ya realizada por quien sufrió el vicio de consentimiento», destaca que la consumación del contrato es «concepto indudablemente diferente al de su celebración», y *puede* «gramaticalmente» *significar* «la completa ejecución de las prestaciones de uno y otro contratante», «la extinción del contrato», «el total acabamiento o agotamiento de la relación contractual», o *significar* «la primera ejecución de la prestación de la contraparte de quien padeció el error o el dolo que al aproximar a este [último] el objeto de aquella prestación, le facilita la toma de conciencia de que, por engaño en su caso de la otra parte, se representó la sustancia o las cualidades de aquel objeto contra la realidad de las cosas»⁹¹⁰. Para el autor, «siempre ha sido indudable» que la segunda interpretación expuesta «*es la única razonable*» (cursiva, negrita en el original), lo que es coherente con la fecha de cómputo dispuesta en el artículo 1490 CC para las acciones edilicias, que es desde la entrega de la cosa⁹¹¹.

Por su parte, M. J. Marín López, que analiza la prescripción extintiva en 2014, por lo que sus referencias al artículo 1301 CC lo son para su versión ahora derogada, pero que siguen siendo útiles para el vigente artículo 1301 CC al recoger este último la misma norma de la consumación del contrato para el dolo, considera que *si, antes de dicha consumación, el que sufrió el dolo* (o el error, o la falsedad de la causa) *lo conoce, o podría haberlo conocido antes de los cuatro años, desde este otro momento se iniciaría el cómputo*. Aclaro que M. J. Marín López *interpreta el artículo 1301 CC en coordinación con la regla general de cómputo del artículo 1969 CC* —que reza, recuerdo, «[e]l tiempo para la prescripción de toda clase de acciones [*el autor lo refiere a pretensiones*], cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día que pudieron ejercitarse»— *y dicho artículo 1969 CC, a su vez, lo interpreta en clave subjetiva* (no objetiva), como el Tribunal Supremo venía haciendo desde hace algún tiempo. Teniendo presente esto, a continuación *comienzo* con el análisis de M. J. Marín López sobre el artículo 1969 CC, y *luego* procedo a su entendimiento del artículo 1301 CC.

Según M. J. Marín López, el artículo 1969 CC «contiene la regla general sobre el inicio del plazo de prescripción, que sólo decae cuando exista una

⁹¹⁰ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 08.04.2021, p. 2.

⁹¹¹ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 08.04.2021, p. 2.

Sobre los artículos 1301 y 1490 CC, las consideraciones de GARCÍA VICENTE, *supra*, [113] [B.1]; para la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 1490 CC y en lo que interesa, *supra*, nota 907 b).

disposición especial que establezca otra cosa», *teniendo dicha regla «una eficacia expansiva»* (cursiva mía)⁹¹². Esto es, el artículo 1969 CC «[o]pera en los casos de prescripción que no tengan una regla propia sobre *dies a quo*, pero también en los casos de caducidad que carezcan de una regla específica sobre inicio del cómputo», y «[e]n consecuencia, a los efectos que aquí nos ocupan (averiguación del *dies a quo*) es indiferente si el plazo de ejercicio de la acción es de prescripción o de caducidad»⁹¹³. Sobre la aplicación jurisprudencial del artículo 1969 CC, el autor explica su evolución, distinguiendo tres fases y caracterizando la tercera y vigente fase (*en 2014*) en el sentido de que el Tribunal Supremo acoge como *dies a quo* el del conocimiento, o aquel en que se debió tener el conocimiento por parte del acreedor. Sin embargo, si hubo ocultación de mala fe por el deudor, la prescripción no comienza hasta que el acreedor conozca los hechos (para las distintas fases jurisprudenciales, me remito a la siguiente [A]). *En cuanto a su opinión*, M. J. Marín López considera «poco afortunada la regla, muy asentada en nuestra doctrina y jurisprudencia, según la cual el art. 1969 CC adopta un criterio objetivo para determinar el inicio del plazo prescriptivo, mientras que para los daños extracontractuales el art. 1968.2.^a CC sigue un criterio subjetivo», ya que «[e]n realidad, el criterio subjetivo debe existir en cualquier pretensión, sea o no de reclamación de daños» (cursiva mía); «[p]ues el plazo prescriptivo *no corre (para ninguna pretensión) si el acreedor desconoce las circunstancias que fundamentan su acción o ignora la identidad del infractor»* (cursiva mía)⁹¹⁴. Además, según M.

⁹¹² M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) p. 80.

⁹¹³ M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) pp. 80-81.

⁹¹⁴ a) M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) pp. 96-97.

Apunta que la aplicación del artículo 1969 CC exige tres requisitos: «(i) que la pretensión haya nacido y sea jurídicamente ejercitable; (ii) *que el titular de la pretensión conozca, o haya debido conocer, de haber actuado con la diligencia debida, las circunstancias que fundamentan su pretensión y la identidad del reclamado*; y (iii) que el titular pueda realmente ejercitar la pretensión, esto es, que no concorra una circunstancia que le impida reclamar» (p. 96). Aclara: «En puridad, la falta de conocimiento del acreedor (segundo requisito) no es sino un caso de imposibilidad real de ejercicio (tercer requisito), pues el acreedor que desconoce la existencia de una pretensión no puede de hecho ejercitarla. Sin embargo, a efectos de su sistematización y estudio resulta oportuno analizarla por separado, pues distinto ha sido el tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia le han dado» (p. 96). *Vid.* además pp. 124-125; de interés, para la acción por daños contractuales y por daños extracontractuales, pp. 202-205.

b) Por su parte, PARRA LUCÁN destaca la actual tendencia de los autores a interpretar en clave subjetiva el plazo de ejercicio del error vicio y que la interpretación de M. J. Marín López sobre el artículo 1969 CC se sitúa en tal línea. Expone: «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 cognoscibilidad) del error, la doctrina española ha venido criticando que el art. 1301 CC atienda 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 pueda 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 inter-*

J. Marín López, la adopción del criterio subjetivo para el artículo 1969 CC «debe ir acompañada de la reducción generalizada de los plazos de prescripción»⁹¹⁵, siendo partidario de uno de tres años⁹¹⁶, y criterio subjetivo de cómputo que exigirá la disposición de otro plazo máximo para el ejercicio⁹¹⁷, de lo que el Código civil carece, siendo partidario que este otro plazo

pretación 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 [...])» [(2022) p. 897].

⁹¹⁵ M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) p. 176.

Argumenta de inmediato: «En efecto, en la medida en que el plazo sólo comienza a correr cuando el titular de la pretensión conoce de su existencia y de las circunstancias que la rodean (lo que beneficia a ese titular), ya no es preciso que los plazos sean largos, por lo que pueden reducirse (lo que beneficia al deudor). Así ha sucedido en otros países de nuestro entorno, en los que la adopción expresa por la ley del criterio subjetivo del conocimiento ha ido acompañada de la reforma (y reducción) de la duración de los plazos, fijando un plazo general que va de los dos a los cinco años.

En nuestro derecho esta reducción de la duración del plazo prescriptivo sí se ha realizado en aquellos sectores normativos que expresamente acogen el criterio subjetivo del conocimiento. Así, por ejemplo, en materia de daños por productos defectuosos, el plazo de prescripción es de tres años (art. 143.1 TRLGDCU). Y el mismo plazo se fija para los daños nucleares (art. 15.2 Ley 12/2011). Pero en el Código Civil los plazos no han sido modificados [recuerdo, el autor escribe en 2014]. Y existen plazos de muy diferente duración; así, para las acciones personales, pueden ser de un año (art. 1968.2.º CC), tres años (art. 1967 CC), cinco años (art. 1966 CC) o quince años [hoy, cinco años] (art. 1964) CC. Es cierto que el criterio subjetivo del conocimiento no encaja bien con un plazo de prescripción tan largo como el de los quince años [hoy, cinco años]. Pero este simple hecho no sirve para rechazar el criterio subjetivo» (pp. 176-177; *vid. además* p. 34); *vid. también* la nota inmediatamente siguiente.

⁹¹⁶ Según M. J. MARÍN LÓPEZ, «[e]s opinión comúnmente aceptada que, en el caso de las obligaciones, el plazo general de quince años es excesivo [hoy, ya es de cinco años], mientras que el plazo de un año para la acción de reclamación de daños extracontractuales resulta insuficiente. Siguiendo a los PECL y al DCFR, y con vistas a una futura reforma normativa, considero [M. J. MARÍN LÓPEZ] adecuado un plazo de tres años. Ese mismo plazo es el que acoge la Propuesta de Código Mercantil de 2013 para exigir el cumplimiento de las obligaciones mercantiles (art. 712-1)» [cursiva mía; (2014) pp. 34-35; *vid. también* p. 205].

⁹¹⁷ M. J. MARÍN LÓPEZ argumenta y considera: «En un modelo ideal de regulación de la prescripción, si se adopta el criterio subjetivo de inicio del *dies a quo* existe el riesgo de que el plazo de prescripción se prolongue en exceso, o incluso indefinidamente, en claro perjuicio del deudor. En efecto, puede que pasen meses o años sin que el titular conozca (o pueda conocer) los hechos que determinan la pretensión, de manera que el plazo prescriptivo no se inicia. Para evitar los efectos negativos que ello conlleva, es necesario establecer un plazo máximo más allá del cual el acreedor no pueda ejercitar su derecho por considerarse prescrito. [...], todos los países o textos internacionales que han acogido el criterio subjetivo del conocimiento han fijado un plazo máximo de duración (*long-stop limitation period*), que oscila entre los diez y treinta años, existiendo a veces un plazo especial (más largo) para los daños personales. Una excepción lo constituye el derecho norteamericano, donde la *discovery rule* no va acompañada de un plazo máximo de preclusión.

Salvo alguna excepción (arts. 144 TRLGDCU, 15.2 Ley 12/2011 y 35.I LCD), nuestro derecho no contempla plazos máximos de duración. Desde luego no se establece ningún plazo de este tipo en las reglas generales sobre prescripción del Código Civil. Esta ausencia impide que nuestra regulación de la prescripción se acerque al «marco común» de la prescripción, y conlleva que el régimen de la prescripción, conformado entre otros por el art. 1969 CC, sea muy beneficioso para el acreedor (titular de la pretensión). Esto no hace sino [sic; sino] incidir en un modelo regulatorio (el español) ya de por sí muy favorable al acreedor, en la medida en que la reclamación extrajudicial de pago constituye un supuesto de interrupción de la prescripción. Se hace necesaria una reforma del derecho español en este punto, para establecer un plazo de preclusión de la prescripción. Pero mientras esta reforma no llegue, debe acogerse el criterio

máximo fuese dos o tres veces el plazo de prescripción y, tratándose de lesiones corporales, el plazo máximo habría de alargarse como mínimo hasta los treinta años⁹¹⁸.

[A] *La evolución interpretativa del Tribunal Supremo sobre el dies a quo del artículo 1969 CC según M. J. Marín López*

Como he adelantado, este autor entiende que «pueden apreciarse [...] tres fases»⁹¹⁹.

*En la primera fase se acoge la doctrina de la actio acta*⁹²⁰. M. J. Marín López informa, que «[d]esde finales del siglo XIX la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que el *dies a quo* para el cómputo del art. 1969 CC es el de la *actio nata*, momento que, además, queda determinado conforme a criterios objetivos»⁹²¹. «[S]on numerosas las sentencias que aluden a la «posibilidad legal» de ejercicio del derecho, añadiéndose en muchas de ellas, como una cláusula

subjetivo del conocimiento del acreedor, a pesar del peligro de que existan situaciones pendientes que se prolonguen durante tanto tiempo que realmente comprometan la seguridad del tráfico. Parte de los riesgos derivados de la ausencia de un plazo máximo de prescripción se evitan con la regla de preclusión por retraso desleal. Sin embargo, los rigurosos requisitos exigidos por la jurisprudencia para que esta regla opere (en particular, la confianza legítima que el deudor tiene en el no ejercicio futuro del derecho y el carácter intolerable del ejercicio tardío) hacen que no puede [pueda] servir para cumplir los fines que persigue el plazo máximo de duración de la prescripción» (cursiva mía; pp. 177-178). Vid. la nota inmediatamente siguiente.

⁹¹⁸ M. J. MARÍN LÓPEZ expone: «El Código Civil español no contiene una regla general sobre duración máxima del plazo de prescripción. [...]».

La inclusión de una medida de este tipo es muy recomendable (y no sólo para la acción de indemnización de daños, sino para cualquier otra), pues da seguridad jurídica al sistema e impide que el plazo de prescripción pueda ser demasiado largo o incluso hacerse indefinido. Por eso este plazo de preclusión (o plazo máximo de duración del plazo de prescripción) debe aplicarse al mayor número posible de supuestos. Sólo cabe su inaplicación cuando existan razones que lo justifiquen. Así, por ejemplo, [...].

Otra cuestión que hay que resolver es cuál ha de ser esa duración máxima, y si es necesario establecer uno o dos (o más plazos) máximos, en función del tipo de pretensión. Es ésta una decisión que compete a cada legislador. Para su fijación ha de tenerse en cuenta el plazo de prescripción. Es evidente que la duración máxima del plazo de prescripción debe ser superior a la del propio plazo de prescripción. Considero razonable que la duración máxima sea unas dos o tres veces el plazo de prescripción. De modo que si el plazo de prescripción general es de tres años, el plazo máximo podría fijarse en los diez años, y si aquél es de cinco años, éste podría ser de diez o quince años. En todo caso, para la indemnización de lesiones corporales (salud, agresiones sexuales y semejantes) ese plazo máximo debe alargarse, al menos, hasta los treinta años. La mayor duración se justifica, no sólo porque con frecuencia existe un periodo de latencia extenso antes de que estos daños personales se manifiesten, sino por el valor especial que la integridad física tiene como objeto de tutela jurídica» [(2014) pp. 50-51].

⁹¹⁹ M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) p. 90.

Por otro lado, *vid.* pp. 82-90, en donde M. J. MARÍN LÓPEZ expone la tesis clásica (la «teoría de la «actio nata» y la posibilidad legal y objetiva de ejercicio de la acción») y la tesis moderna («la posibilidad real de ejercicio de la acción y el conocimiento por el acreedor de la lesión de su derecho») con explicación de las posiciones de distintos autores. *Vid.* también pp. 51-54 sobre las implicaciones, ventajas e inconvenientes de que se adopte, *en abstracto*, el criterio objetivo o el subjetivo para la fijación del *dies a quo*, y pp. 119-124.

⁹²⁰ M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) p. 90.

⁹²¹ M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) p. 90.

la de estilo, que no han de tenerse en cuenta «las condiciones o las circunstancias puramente personales del interesado, salvo cuando la ley así lo determine o prefije como excepción»⁹²². «Como indica la STS 22.3.1971 [...], la posibilidad a que alude el art. 1969 CC «es la posibilidad legal, o sea, exactamente objetiva, esto es, independizada de toda condición o circunstancia subjetiva del interesado, sin que por lo tanto juegue o influya el personal conocimiento de dicha resolución por el interesado»» (cursiva mía)⁹²³.

En la segunda fase, el Tribunal Supremo aplica la teoría de la realización y admite puntualmente el criterio del conocimiento⁹²⁴. El autor explica que «[l]a formulación más acabada de la «teoría de la realización» se contiene, entre otras, en las SSTs 5.6.2008 [...], 25.3.2009 [...] y 4.4.2013 [...]: el derecho no puede realizarse, esto es, no puede ejercitarse para lograr su efecto, «en una época en la que no podría ponerlo normal y eficazmente en ejercicio por no conocer todavía las bases para actuarlo». Se introduce así el elemento subjetivo del conocimiento del derecho para fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción. Pero referido al conocimiento efectivo, y no a la posibilidad de conocer conforme a la diligencia exigible»⁹²⁵. Pero además, «[j]unto a las sentencias que se refieren expresamente a la «teoría de la realización», hay otras que aluden a la posibilidad de ejercicio del art. 1969 CC de una manera diferente. Según la STS 12.12.2011 [...], «el *dies a quo* [día inicial] para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir]. Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar»⁹²⁶. En opinión de M. J. Marín López, «[e]sa «aptitud plena» para litigar, que requiere que el actor tenga todos los «elementos fácticos y jurídicos» adecuados para ejercitar su derecho, parece remitir a la posibilidad real y efectivo [sic], en su doble vertiente de ausencia de impedimentos físicos y jurídicos y de conocimiento del actor sobre los hechos que fundamentan su pretensión» (cursiva mía)⁹²⁷.

⁹²² M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) p. 90.

⁹²³ M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) pp. 90-91.

⁹²⁴ M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) p. 91.

⁹²⁵ M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) p. 92.

⁹²⁶ M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) p. 92.

⁹²⁷ M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) pp. 92-93.

Según el autor, «[e]n conclusión, en esta segunda fase el criterio del conocimiento del acreedor va ganando terreno, hasta consolidarse como requisito del *dies a quo*. En particular, mediante la «teoría de la realización», que vincula el comienzo del plazo al conocimiento por el acreedor «de las bases para actuarlo». Pero también de la doctrina sentada en otras sentencias que se refieren a «los elementos fácticos y jurídicos idóneos» para el ejercicio por el acreedor de su derecho. En ambos casos parece que lo relevante es el conocimiento real del acreedor, y no el potencial (el que tendría de haber actuado con diligencia). Pero más allá de ello no pueden extraerse otro tipo de conclusiones, pues el Tribunal Supremo no ha desarrollado esta «teoría de la realización», ni ha expuesto con precisión su ámbito de aplicación y los efectos que de ella derivan. Se ha limitado a «usarla» cuando lo ha considerado adecuado, por razones de justicia, para tutelar adecuadamente al titular del derecho» (pp. 93-94).

Además y por otro lado, considera M. J. Marín López que «[e]s llamativo que, mientras las alusiones a la doctrina de la «*actio nata*» van desapareciendo en los repertorios jurisprudenciales y se va acogiendo poco a poco la «teoría de la realización», para determinadas acciones el Tribunal Supremo» establece «con claridad que el *dies a quo* se produce cuando el acreedor conoce (o haya debido conocer) los hechos que fundamentan esa acción» (cursiva mía)⁹²⁸. Y así, «el alto tribunal requiere el conocimiento, entre otras, para la acción de resolución del contrato de arrendamiento urbano por obras in consentidas, subarriendos, traspasos o cesiones realizadas por el arrendatario sin el consentimiento del arrendador, para las que el plazo de prescripción no se inicia el día del incumplimiento del arrendatario, sino cuando el arrendador lo conoció o lo pudo conocer de haber actuado con diligencia. En la acción de rescisión por fraude de acreedores, el *dies a quo* no es la fecha en que el deudor celebra con el tercero el contrato que perjudica al acreedor, sino el día en el que el acreedor conoce que el deudor ha celebrado ese contrato y que ello le perjudica al quedar su crédito insatisfecho. Lo mismo sucede en las acciones que traen causa de un acto de competencia desleal, una vulneración del derecho de marcas o patentes, del derecho al honor, en las acciones de anulación del contrato por error o dolo, o de impugnación de la paternidad. En todas ellas la jurisprudencia requiere el conocimiento por el acreedor de determinados hechos para que se inicie el cómputo del plazo prescriptivo» (cursiva mía)⁹²⁹.

Y en la tercera fase, el Tribunal Supremo asume con carácter general el criterio del conocimiento, siendo «doctrina consolidada del Tribunal Supremo que el plazo de prescripción se inicia en el momento en que el titular del derecho «tiene conocimiento de la lesión de su derecho, o debió tenerlo por exigencias de una diligencia básica». Así lo establece la STS 11.12.2012 [...], cuyo ponente es D. Francisco Javier Orduña Moreno, que utiliza un modelo de argumentación que ha sido literalmente reproducido en otras sentencias posteriores, como las SSTS 21.6.2013 [...], 2.12.2013 [...] y 14.1.2014 [...], todas ellas del mismo ponente./ Estas sentencias adoptan el criterio del conocimiento de una manera correcta. El plazo de prescripción sólo se inicia cuando el titular de la pretensión conoce realmente, o debía haber conocido de haber actuado con la diligencia debida, la lesión de su derecho. A diferencia de la fase anterior (segunda fase), se alude ahora no sólo al conocimiento real, sino también al potencial. Y para ello se tiene en cuenta el principio general de la buena fe, que tiene una función informadora en la interpretación y aplicación de la prescripción, de manera que «la posibilidad de ejercicio de la acción» del art. 1969 CC se valora «conforme a unos criterios de ética social en las relaciones jurídica [*sic*] y unos parámetros de diligencia básica y de razonable confianza en la apariencia creada»⁹³⁰. Añade de inmediato, que «[e]l titular de la pretensión debe actuar con diligencia, de modo que comenzará a correr el plazo, aunque ignore los hechos que fundamentan su pretensión, si esa ignorancia se debe a

⁹²⁸ M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) p. 93.

⁹²⁹ M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) p. 93.

⁹³⁰ M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) p. 94; en pp. 157-161 analiza las citadas en el cuerpo del texto sentencias del Tribunal Supremo del ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, además de la STS 11.12.2012.

su negligencia; o dicho de otro modo, si de haber actuado con diligencia habría tenido conocimiento de los mismos. Por otra parte, la conducta contraria a la buena fe del deudor también tiene relevancia en sede de prescripción. Pues si el deudor oculta maliciosamente (esto es, de forma contraria a la buena fe) los hechos que originan el derecho del acreedor (pe., el arrendatario que subarrienda ilegalmente la vivienda y lo oculta deliberadamente), esa mala fe prevalece puede prevalecer [sic] sobre la falta de diligencia del acreedor, de modo que el plazo prescriptivo no se inicia hasta que de hecho el acreedor conozca esos hechos (aunque pudiera haberlos conocido de actuar diligentemente). Precisamente, esto es lo que sucede en la STS 11.12.2012»⁹³¹. El autor concluye afirmando que «conviene ahora destacar que tras una larga evolución la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite en la actualidad sin vacilaciones que el *dies a quo* es aquel en el que el titular de la acción conoce (o debe conocer) los hechos que lesionan su derecho»⁹³².

⁹³¹ M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) p. 95; para el autor: «[e]sta forma de aproximarse al problema del conocimiento es la adecuada. La buena fe modula o limita el ejercicio de los derechos por el acreedor (art. 7) y puede generar obligaciones a cargo del deudor (art. 1258 CC). En el caso que nos ocupa, una actuación conforme a la buena fe *del acreedor* le exige comportarse de tal modo que pueda conocer la infracción de la obligación por el deudor y el alcance de la misma. *En cuanto al deudor*, actúa contra la buena fe si tras incumplir su obligación oculta el hecho mismo del incumplimiento o las consecuencias que éste origina. En lo que a la prescripción atañe, la buena fe del deudor no se predica del hecho mismo del incumplimiento (incumplir de buena o mala fe), sino de su actuación posterior que trata de ocultarlo. No es que el deudor o aquél que viola un derecho ajeno estén «obligados» a informar al acreedor o al titular afectado del hecho del incumplimiento o la violación. Pero la ocultación de esos hechos es contraria a la buena fe, y provocará, entre otras cosas, que el plazo de prescripción no comience a correr hasta que el acreedor o el titular afectado tengan noticia del incumplimiento» (cursiva mía; p. 162).

⁹³² a) M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) p. 95.

b) También y por ejemplo, CAÑIZARES LASO da cuenta, *en 2018*, de la evolución jurisprudencial habida en relación con el artículo 1969 CC. En concreto:

b.1) «La doctrina de la *actio nata* [del art. 1969 CC], que como se ha visto supone el nacimiento de la acción con base en un criterio objetivo, ha sido la seguida por el Tribunal Supremo hasta hace unos años. El Tribunal ha sustentado esta doctrina hasta la primera década del siglo XXI, si bien en una ocasión puntual el Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de enero de 1962, introdujo el criterio subjetivo de la valoración de la imposibilidad de ejercicio del derecho. *Ha sido en este siglo, y de una forma bastante clara a partir de 2012, cuando la jurisprudencia ha evolucionado hacia una admisión general del criterio del conocimiento, dando un paso más allá en la teoría de la realización e introduciendo, no ya el criterio del conocimiento, sino la posibilidad de conocer de acuerdo con una diligencia exigible.* Como se acaba de señalar, ha sido doctrina reiterada del Tribunal Supremo desde el siglo XIX que la prescripción comienza a correr desde que el derecho puede ser ejercitado entendiéndose que no han de tenerse en cuenta las condiciones del individuo u otras circunstancias salvo que la ley lo determine. La mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo han seguido esta doctrina. [...] Esta doctrina es reiteradísima desde la entrada en vigor del Código civil hasta fechas relativamente recientes. [...]» (cursiva mía; p. 110)

b.2) «Como decíamos [CAÑIZARES LASO] con anterioridad, sólo puntualmente el Tribunal Supremo mantuvo en el siglo pasado la denominada, posteriormente, teoría de la realización; concretamente en su sentencia de 25 de enero de 1962» (p. 112). «*A partir de la segunda década de este siglo XXI cuando el Tribunal Supremo gira radicalmente hacia el criterio subjetivo del conocimiento para el inicio del cómputo del plazo de la prescripción. Se acepta, como criterio general, que el plazo de prescripción se inicia en el momento en que el titular del derecho «tiene conocimiento de la lesión de su derecho, o debió tenerlo por exigencias de una diligencia básica».* En concreto, la primera sentencia cuya argumentación se repetirá en varias posteriores, es de 11 de diciembre de 2012 plantea, como cuestión principal, el cómputo del plazo o «*dies a quo*» en orden a la prescripción extintiva de las acciones personales sin término especial establecido, arts. 1964 y 1969 del Código Civil; Todo [sic; todo] ello, en relación a un supuesto de

Trasladándome al artículo 1301 CC, M. J. Marín López considera que la regla dispuesta para el *dies a quo* (en el entonces vigente) artículo 1301 CC, «debe ser interpretada conforme a la finalidad de la misma, que no es otra que concretar para el caso de dolo o error la regla general del cómputo del plazo de prescripción del art. 1969» CC⁹³³. Para el autor, «[I]a ratio del artículo 1301 CC es que, en casos de dolo o error, *la posibilidad de ejercicio de la acción de nulidad coincide con la consumación del contrato, pues en ese instante el contratante que sufre el vicio tiene la posibilidad de percatarse del error o dolo padecido*» y «[p]or esta razón, aunque el contrato no esté consumado (por no haberse cumplido todas las obligaciones que derivan del contrato), si el contratante no afectado por el vicio prueba que el otro contratante tenía conocimiento inequívoco del error padecido o del dolo sufrido, el plazo de nulidad de cuatro años empezará a correr desde ese [sic] fecha (la del conocimiento). En consecuencia el criterio subjetivo del conocimiento también tiene relevancia en la acción de nulidad por dolo o error» (cursiva mía)⁹³⁴. Para su última afirmación, M. J. Marín López cita en nota pie de página a Pertíñez Vílchez⁹³⁵ y, por la relevancia de lo que estoy analizando, conviene conocer como este último autor interpreta, en 2013, el *dies a quo* de los cuatro años del (entonces vigente) artículo 1301 CC en relación con la adquisición de unas participaciones preferentes.

[A] *Las explicaciones de Pertíñez Vílchez*

Según el mismo, hay «casos en los que la entidad que presta el servicio de inversión es la misma entidad emisora de las participaciones preferentes u obligaciones subordinadas y el inversor, por lo tanto, mediante el contrato las ha adquirido directamente de aquella», y aquí «[I]a relación que surge [...] entre ambas partes del contra-

doble venta de la finca objeto de litigio que tuvo acceso al Registro y permitió la sucesiva transmisión a terceros adquirentes de buena fe» (cursiva mía, p. 113). «Esta doctrina [de la STS 11.12.2012] se ha reiterado en decisiones de los últimos años. Sin embargo, hay que distinguir los diferentes casos de los que se ocupa el Tribunal Supremo porque en algunas ocasiones se trata de responsabilidad extracontractual, en otras de rescisión contractual y en otras de vicios del consentimiento, etc. A nuestro juicio [CAÑIZARES LASO] debe partirse de la distinción entre las acciones personales y las acciones reales, y dentro de las primeras, debe entenderse que de acuerdo con el art. 1969 CC el cómputo del plazo de la prescripción de las pretensiones personales sigue el criterio de la *actio nata*, es decir, desde que pudieron ejercitarse» (pp. 114-115).

Todas las citas de RDC (2018).

⁹³³ M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) p. 156.

⁹³⁴ M. J. MARÍN LÓPEZ (2014) pp. 156-157. *Vid.* la nota inmediatamente siguiente.

⁹³⁵ En nota 355 de p. 157, M. J. MARÍN LÓPEZ se refiere a un trabajo de Pertíñez Vílchez (publicado en *La Ley*, 2013, de 26.12.2013) y dice: «Según este autor [Pertíñez Vílchez], aunque el contrato de adquisición de participaciones preferentes sea de tracto sucesivo, y en consecuencia, no pueda considerarse «consumado» mientras la entidad emisora no abone los intereses pactados, el *dies a quo* de la acción de nulidad por error se fijará en el momento en que conste acreditado que el cliente bancario conoció el error respecto a la naturaleza o los riesgos inherentes a estos productos; por ejemplo, cuando presentó una reclamación por esta razón».

to es de tracto sucesivo, puesto que la entidad emisora asume la obligación de retribuir periódicamente al inversor en los plazos y condiciones previstas por la propia emisión»⁹³⁶. Pertíñez Vílchez informa que «alguna resolución judicial aislada, como la SAP Badajoz, Secc. 2.ª, de 26 de julio 2011 [...] ha apreciado que pese a ser la relación surgida entre las partes del contrato de tracto sucesivo, el *dies a quod* ha de ser la fecha de celebración del contrato de suscripción, pues de lo contrario nunca podría prescribir la acción de nulidad, dada la naturaleza perpetua de las participaciones preferentes»⁹³⁷. Sin embargo, dicha interpretación «no es [para Pertíñez Vílchez] de recibo» y «[s]i alguna limitación al *dies ad quod* previsto en el art. 1301 CC [...] para el supuesto de error debiera introducirse por vía interpretativa para evitar la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, ésta debería hacerse de acuerdo con la finalidad de la norma, que no es más que una concreción de la regla general del cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones civiles del art. 1969 CC [...], esto es: «el día en que pudieron ejercitarse»⁹³⁸; «[l]a ratio del art. 1301 CC [...] es que habiendo habido error o dolo el día en que pudo ejercitarse la acción de nulidad coincide con el de la consumación del contrato, que es cuando generalmente la parte que sufrió este vicio pudo percatarse de la concurrencia del mismo»⁹³⁹. De ahí que entienda que «una interpretación de la regla particular del art. 1301 CC [...], acorde con la regla general del art. 1969 CC [...], de la que es una concreción, puede llevar a considerar que la acción de nulidad por vicio de los contratos de adquisición de participaciones preferentes u obligaciones subordinadas no es imprescriptible, pero que el plazo de cuatro años comenzará a computarse desde el momento en que la acción pudo ejercitarse; esto es, desde el momento en que la entidad demandada, a quien interesa la prescripción, pruebe que el demandante tuvo conocimiento inequívoco del error padecido respecto de la naturaleza o de los riesgos inherentes a dichos productos, por ejemplo, por haber presentado una reclamación o por haber formulado la entidad emisora una oferta voluntaria de canje de participaciones preferentes u obligaciones subordinadas por acciones» (cursiva mía)⁹⁴⁰.

B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo

[115] Desde 2015, más concretamente desde la STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015, el Tribunal Supremo viene precisando, frente a la entonces tradicional doctrina, cuándo se entiende producida «la consumación del contrato» del artículo 1301 CC. Si bien, en general, sus pronunciamientos se refieren al error, puesto que el dolo comparte el mismo *dies a quo* que el error por expresa disposición del artículo 1301 CC, aquellos pronunciamientos sirven también para el dolo. Teniendo en cuenta lo que en breve expondré, a la presente

⁹³⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La ley digital*, 10842/2013, p. 6.

⁹³⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Laleydigital*, 10842/2013, p. 7.

⁹³⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Laleydigital*, 10842/2013, p. 7.

⁹³⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Laleydigital*, 10842/2013, p. 7.

⁹⁴⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Laleydigital*, 10842/2013, p. 7.

jurisprudencia puede calificársela de casuística⁹⁴¹, ya que la fijación del momento de la consumación del contrato del artículo 1301 CC se determina en función de las características y contenido del contrato sobre el que se decide (tipo contractual; contrato de tracto único y no complejo, cumplimiento simultáneo; tracto sucesivo e identificación de la prestación esencial, tracto sucesivo y momento en que aflora el real riesgo que el contrato suponía; etc.).

A continuación expongo siete conocidas sentencias del Tribunal Supremo en las que se conoce de distintos contratos (seguro de vida *unit linked* multiestrategia, arrendamiento de terreno, *swap*, bono estructurado ligado a acciones, compraventa de cuadro, adquisición de títulos de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, y préstamo bancario de dinero en divisas). Podrá comprobarse que las sentencias posteriores recuerdan lo ya dicho en las anteriores, situando el debate jurídico en una previa jurisprudencia, que progresivamente se va perfilando; además, se tiene también en cuenta a la doctrina de los autores. Dada la importancia práctica de la cuestión de que ahora trato, esto es, si la acción de anulación del contrato por error había o no caducado, varias sentencias generaron rápidamente comentarios y algunas críticas de autores, los cuales introduzco en las notas a pie de página, dado lo extenso de la propia exposición de las sentencias.

[A] *La STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena)*

[A.1] Se conoce de un contrato *de tracto sucesivo y complejo* (seguro de vida *unit linked* multiestrategia).

En síntesis, el 13.10.2009, el cliente (Loreto, ciudadana alemana) celebra con el *Banco Santander Central Hispano, S.A.* un seguro de vida *unit linked* multiestrategia, produciéndose al cabo de cierto tiempo la suspensión de la liquidación periódica de beneficios de su inversión por haber sido afectada la inversión por el *caso Madoff*. Loreto demanda al banco y ejercita la acción de anulación del contrato por error y pide la restitución del capital (250.000 €) con sus intereses, lo que no se estima en primera instancia por considerar caducada su acción, ya que el cómputo de los cuatro años se hace desde la firma del contrato. Loreto apela la sentencia y en segunda instancia se desestima su recurso, al también entenderse caducada su acción pues la presentación de diligencias preliminares no interrumpe el plazo de caducidad. Loreto interpone recurso de casación y alega infracción del artículo 1301 CC (motivos 1.º y 2.º) e infracción del artículo 1973 CC (motivo 3.º). El Tribunal Supremo considera que la acción de anulación del contrato por error no había caducado y que Loreto sufrió error del artículo 1266 CC, por lo que casa la sentencia y estima su demanda⁹⁴².

⁹⁴¹ Y de «[e]l causismo de las soluciones» habla PARRA LUCÁN [(2022) p. 902].

⁹⁴² Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

[A.2] Según el Tribunal Supremo, la consumación del contrato no es su perfección, y recuerda una serie de sentencias en las que se explica cuándo se produce la consumación del contrato en distintos contratos, tras lo cual acude al diccionario de la RAE para el término consumir, y *señala que cuando se alcanza la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato es cuando cobran pleno sentido los efectos restitutorios y el legitimado puede, con diligencia razonable, conocer del vicio del consentimiento*. Dice así:

«[...]», no es correcta la tesis de las sentencias de instancia en lo relativo al día inicial del plazo del ejercicio de la acción.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil, [...]

Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato, como sostiene la sentencia del Juzgado de Primera instancia (y no corrige adecuadamente la de la Audiencia) al afirmar que *«la consumación del contrato vendrá determinada por el concurso de las voluntades de ambos contratantes»*.

No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio [que extracto *infra*, [116] [B]], que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce *«la realización de todas las obligaciones»* (sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), *«cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes»* (sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando *«se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó»* (sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).

Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 [STS 11.06.2003, que extracto *infra*, [116] [B]]:

«Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que «el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo», y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que «la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra elplazo [sic] durante el cual se concertó»» (cursiva del original; FD 5.º 3).

«El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término «consumar» la de *«ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico»*. La noción de «consumación del contrato» que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción.

Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes» (cursiva del original; FD 5.º 4).

[A.3] Trasladándose a la anulación de los contratos bancarios o de inversión por vicio del consentimiento, el Tribunal Supremo entiende que el artículo 1301 CC debe interpretarse teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que la norma ha de aplicarse, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad (art. 3.1 CC); conecta el artículo 1301 CC con el artículo 1969 CC y para los aludidos contratos, *contratos complejos* (esto es, no son negocio jurídico simple), señala que la consumación del contrato a efectos del *dies a quo* de la acción de anulación del contrato no puede quedar fijada antes de que se haya podido tener conocimiento del error o dolo, fijando unos momentos de inicio de cómputo, si bien la clave es el evento que permita comprender realmente las características y riesgos del producto adquirido. Dice ahora el Tribunal Supremo:

«Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a «la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», tal como establece el art. 3 del Código Civil.

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil, que data del año 1881 [*sic*; 1889], solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los «*contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente*», quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

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 ejerci-

cio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113 [que transcribo *supra*, nota 902 b])).

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» (cursiva del original; FD 5.º 5)⁹⁴³.

⁹⁴³ a) PANTALEÓN PRIETO valora la doctrina de esta *STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015* como «ciertamente muy ingeniosa, [y] solucionó seguramente con justicia el caso concreto, y ha seguido aplicándose con utilidad y acierto en casos semejantes de anulabilidad por error de contratos de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas: veáanse, por citar solo las más recientes, las Sentencias de la misma Sala Primera del Tribunal Supremo 416/2020, de 9 de julio, 424/2020, de 14 de julio, 557/2020, de 26 de octubre, 563/2020, de 27 de octubre, 576/2020, de 4 de noviembre, y 147/2021, de 16 de mayo» (*Almacén de Derecho*, 08.04.2018, p. 6). PANTALEÓN PRIETO propone otra mejor solución que la adoptada por el Tribunal Supremo, considerando su solución «incluso más respetuosa con el texto de la ley [del entonces vigente artículo 1301 CC]» (p. 6), solución que consiste en que el Tribunal Supremo entendiese y generalizase que la consumación del contrato se produce cuando quien sufrió el error o el dolo lo conoce o debía de conocer, subjetivando la consumación del contrato. Explica:

«En lugar de ceñir su nueva doctrina a las «*relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios o de inversión*», para, sin discrepar abiertamente de su jurisprudencia anterior sobre el significado de las palabras finales del párrafo cuarto del artículo 1301 CC, llegar al resultado de 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*, no puede quedar fijada antes [esta redonda, negra y cursiva en el original] *de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo*», el Pleno de la Sala Primera podría –preferiblemente, en mi siempre respetuosa opinión [PANTALEÓN PRIETO] – haber establecido *con carácter general* [esta cursiva, negrita en el original] la doctrina de que la consumación del contrato *debía quedar fijada en el momento en que el contratante que padeció el error o dolo al tiempo de contratar conoció o pudo (debió) tener conocimiento de la existencia de dicho vicio del consentimiento* [esta cursiva, negrita en el original].

¿Y con qué argumentación? Pues muy sencilla: *subjetivar la consumación del contrato en atención a su ratio, según la segunda de las interpretaciones que dejé expuestas al comienzo* [esta cursiva, negrita en el original]; a saber: si la consumación es la ejecución del contrato que, acercando el objeto de la prestación de la contraparte a quien padeció el error o dolo, le facilita llegar a conocer que existió ese vicio del consentimiento [vid. *supra*, [114]], sustituyamos la tan equívoca consumación por el conocimiento, efectivo o razonablemente debido, de la existencia del error o del dolo.

Eso habría impedido que, con base en la vieja jurisprudencia sobre el significado de «*la consumación del contrato*», llegar a plantearse el problema siguiente: ¿quid iuris si el referido conocimiento sobrevenido de la existencia del error o el dolo fuese anterior al total acabamiento o agotamiento de la relación contractual? Pero no sucedió así» (p. 7).

b) *Sobre la jurisprudencia tradicional a ese momento* (esto es, antes de esta *STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015*), PARRA LUCÁN informa que «[l]a jurisprudencia identificó desde el primer momento la consumación del contrato con su agotamiento o completa ejecución de las prestaciones de las partes» y «[e]

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: [...] sentencia 145/1897, de 24 de junio [...] [sobre contrato de préstamo]/ [...] sentencia 94/1928, de 20 de febrero [...] [sobre contrato de sociedad]/ [...] sentencia 261/1989, de 27 de marzo [...] [sobre contrato de compraventa]/ [...] sentencia 569/2003, de 11 de junio [sobre contrato de renta vitalicia]» [(2022) p. 898; la autora ofrece un breve extracto de cada una de esas sentencias, *vid.* hasta p. 899]. PARRA LUCÁN concluye afirmando: «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 el contrato que comprende prestaciones periódicas» (cursiva mía; p. 899).

De las sentencias citadas por PARRA LUCÁN: b.1) sobre la STS, 1.ª, 11.06.2003 (renta vitalicia) me ocupo *infra*, [116] [B]; b.2) sobre la STS, 1.ª, 27.03.1989 me ocupo *supra*, [42] [A], y para la materia que ahora interesa en su FD 5.º se lee: «En efecto, el artículo 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr «desde la consumación del contrato. 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 [...]» (cursiva mía). Extracto los hechos de estas dos sentencias *infra*, en el Anexo de sentencias.

c) MENDIETA GRANDE critica la doctrina de esta STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015 por diversas razones: c.1) porque el contrato celebrado no era de tracto sucesivo (pp. 506-507); c.2) porque es errónea la equiparación entre consumación del contrato y agotamiento del contrato (pp. 507-508) y en su «opinión, la tesis correcta [...] es que la «consumación» se corresponde con el momento en que se ejecuta la prestación a favor de la parte que posteriormente aduce su error. ¿Por qué? La explicación es simple y está directamente vinculada a la *ratio legis* del precepto: en el momento en que el contratante recibe la prestación de su contraparte o ve ejecutado el contrato en lo que a él respecta se encontrará en condiciones de comprobar si efectivamente lo que recibe es aquello que se había representado en el momento de celebrar el contrato. Dicho de otra forma, será en ese momento en el que podrá apreciar su error (si es el caso) o, en palabras del Tribunal Supremo, si los «nuevos acontecimientos producidos» en ejecución del contrato son, o no, «contradictorios con la regla contractual» [...]. Por ello tiene todo el sentido que sea en ese momento cuando se fije el *dies a quo* del plazo de caducidad de cuatro años para el ejercicio de la acción de anulación» (p. 508, *vid.* hasta p. 510); c.3) porque «[l]os antecedentes históricos del artículo 1301» CC «confirman la corrección de la tesis que se sostiene» en la anterior c.2), desvirtuando «el argumento principal de la doctrina sentada» en la STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015 (pp. 50-511) y así, si bien el artículo 1184 PCC 1851 (que transcribo *supra*, nota 900) señala que el cómputo de los cuatro años es desde que se tuvo conocimiento del error o dolo, «sin duda porque no se podía hacer depender el inicio de un plazo de caducidad de algo tan indemostrable como la íntima constatación del error por el contratante, en el artículo 1301» CC «se modificó la norma [del art. 1184 PCC 1851], que pasó a fijar el *dies a quo* en un momento en que sí es verificable o constatable externamente, cual es la de la «consumación». Y ése sólo puede ser, cabalmente, el instante en que el contratante recibe la prestación o ve ejecutado el contrato. Es entonces cuando el contratante puede «salir de su error» (p. 511); c.4) porque la cita en la STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015 de las STS 24.06.1897, STS 20.02.1928, 05.05.1983, 11.07.1984 y 27.03.1989 «no desvirtúan la argumentación expuesta [por MENDIETA GRANDE], ni «prestan apoyo a la tesis de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo» en dicha STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015 (pp. 511-512, *vid.* hasta p. 516); c.5) porque «en relación con los contratos celebrados sin el necesario consentimiento del otro cónyuge, el artículo 1301» CC «sí contempla como *dies a quo* el momento de conocimiento del acto o contrato (si es anterior al de la disolución de la sociedad conyugal). Así, cabe concluir que el momento de conocimiento (del error) y la consumación del contrato no son conceptos equiparables o idénticos, pues si el legislador hubiera querido situar ese *dies a quo* en la fecha de conocimiento efectivo o posible del error, sin duda lo hubiera hecho (bien fuera inicialmente o modificando la expresión «consumación del contrato»)» (pp. 516-517); c.6) para «[l]a crítica del resto de argumentos empleados por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo», porque con el artículo 1301 CC «se desechó la tesis que finalmente ha asumido la sentencia de 12 de enero de 2015.

[B] *La STS, 1.ª, Pleno, 24.05.2016 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán)*

Se conoce de un contrato de *tracto sucesivo y no complejo* (arrendamiento de terreno).

En esencia, el 30.07.2004 se celebra entre *AlberiteLais, S.L.* (arrendataria) y RENFE, luego ADIF (arrendadora) un contrato de arrendamiento de duración cinco años y de un terreno a destinar «exclusivamente a la actividad de unidad de suministro de gasóleo A, centro de lavado, autolavado y *parking* de vehículos

Y es que, precisamente, la interpretación de la «consumación» como el momento en que el contratante puede tener conocimiento de la existencia del error puede entrañar una prolongación indefinida de la posibilidad de claudicación de la eficacia contractual, por cuanto que el inicio del cómputo del plazo depende del propio contratante legitimado para impugnar el negocio jurídico» (p. 517); porque la interpretación del artículo 1301 del Código Civil que aquí se propugna [MENDIETA GRANDE] también es respetuosa con la doctrina de la *actio nata*, consagrada en el artículo 1969 del mismo cuerpo legal» (p. 517), y además, «en la interpretación sistemática de los artículos 1301 y 1969» CC «debe tenerse en cuenta que la norma del segundo sólo es aplicable «*cuando no haya disposición especial que otra cosa determine*» y el artículo 1301 del Código Civil es claramente una norma especial que establece la naturaleza y el *dies a quo* del plazo de la acción de anulación» (p. 517); porque «el contratante cuyo consentimiento estuvo viciado por error puede advertirlo en virtud de la realización a su favor de la prestación correspondiente a la contraparte. Y carece de lógica que haya de concedérsele la protección adicional del plazo necesario para la ejecución de su propia prestación, pues ya nada le impide ejercer la acción» (p. 518); y porque «el empleo del canon hermenéutico sociológico (interpretación de la norma conforme a «*la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada*») que se hace en la sentencia comentada no me parece [MENDIETA GRANDE] técnicamente correcto» (p. 518, *vid.* hasta p. 520).

En cuanto a los posibles momentos de inicio del cómputo que el Tribunal Supremo fija en su *S, 1.ª, Pleno, 12.01.2015*, en opinión de MENDIETA GRANDE, «el problema que plantea o puede plantear esta doctrina es que hace depender la fijación del *dies a quo* del acaecimiento de un suceso o evento que en muchos casos puede ser ajeno a la dinámica de cumplimiento o ejecución del contrato. Dicho de otra forma, se hace depender el comienzo del plazo de caducidad del resultado de la inversión, no de la ejecución por las partes de sus prestaciones contractuales (es decir, la recepción de la prestación esencial). De esta forma, la seguridad jurídica se ve afectada seriamente, ya que el plazo de ejercicio de la acción de anulación se puede prolongar de forma indefinida. Así, el riesgo inherente a todo tipo de inversión es trasladado a una de las partes, pues parece obvio que nadie accionará por error si la inversión es fructífera o exitosa. Además, inmediatamente se plantea la duda de cuál será el *dies a quo* en el caso de que la inversión sea fructífera pero no lo sea tanto como se pudiera haber contemplado inicialmente en el contrato. De igual forma, ¿podría la contraparte del inversor actuar por error en el supuesto de que la inversión sea extraordinaria e inesperadamente favorable para el segundo?

Aún más: ¿por qué, con el mismo precepto legal, un inversor que decidió comprar un bono emitido por Lehman Brothers (sabiendo que era de Lehman Brothers) habrá de tener más protección, desde el punto de vista del plazo de ejercicio de la acción, que el que decidió hacer la misma inversión adquiriendo el último modelo de aeronave para su posterior arrendamiento? Si en el primer caso el *dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción de anulación se situaría en la quiebra de Lehman Brothers, ¿qué respuesta se daría al segundo inversor si intentara fijar el inicio de ese plazo, no en la fecha de entrega de la aeronave, sino en la del fatal accidente que, cinco años después de la entrega, determinó la total destrucción de la aeronave? Si el primer inversor accionara aduciendo que nadie le informó de que Lehman Brothers podía quebrar (riesgo de crédito), con la seguridad de que el *dies a quo* se fija en la fecha de la quiebra de la entidad, ¿qué se le contestará al segundo inversor si, con un razonamiento análogo, sostuviera que nadie le informó de que la aeronave podría sufrir un accidente y destruirse, o que compró con la presuposición de que la aeronave jamás sufriría un accidente?» (pp. 520-521).

Todas las citas de (2015) y cursiva del original.

pesados, ligeros y semiligeros», obligándose la arrendataria (*AlberiteLais, S.L.*) a obtener las oportunas licencias y autorizaciones para poder desarrollar tales actividades. Entregada la parcela, *AlberiteLais, S.L.* solicita licencia de actividad, ausencia de licencia que no le impide realizar la actividad pactada, y solicitud de licencia que se le deniega y no impugna. Ante el impago de la renta a partir de cierta fecha, la arrendadora reclama el pago de las rentas debidas y ejecuta el aval bancario por importe de 21.000 €. La arrendataria *AlberiteLais, S.L.* demanda a ADIF (arrendadora) y ejercita la acción de nulidad por error y dolo (acción principal). En primera instancia se entiende que habían claramente transcurrido los cuatro años desde la consumación del contrato (art. 1301 CC) y se desestima la demanda de la arrendataria *AlberiteLais, S.L.*. Esta última recurre en apelación y en segunda instancia se confirma la sentencia de primera, ya que, con creces, había transcurrido el plazo de ejercicio de la acción. La arrendataria *AlberiteLais, S.L.* recurre en casación y alega infracción del artículo 1301 CC (motivo único). El Tribunal Supremo entiende que la acción había caducado pues el contrato se consuma el 01.10.2004 y la demanda se presenta el 01.07.2009, y no casa⁹⁴⁴.

En lo que interesa, el Tribunal Supremo, tras recordar que hay sentencias que entienden de una manera la consumación del contrato y otras, de otra, apunta *para el arrendamiento, contrato de tracto sucesivo y no complejo*, que los cuatro años del artículo 1301 CC se cuentan *desde que el arrendatario que alega el error o el dolo recibe del arrendador la cesión de la cosa en condiciones de uso o goce pacífico (prestación íntegra)*, lo que para el caso supone que la acción ejercitada había caducado. Lo expone como sigue:

«5.ª) Consistente el problema, pues, en determinar cuándo se produce la consumación del contrato a los efectos de que empieza a correr el plazo de cuatro años, su solución *no presenta especiales dificultades en los contratos de ejecución instantánea o simultánea, cuando se recibe íntegramente la prestación de la única parte obligada, si el contrato no generó obligaciones recíprocas o, en el caso de las recíprocas, cuando ambas partes contratantes reciben íntegramente de la otra la prestación correspondiente.*

En cambio, *cuando el contrato sea de tracto sucesivo, e incluso cuando sea de tracto único pero de ejecución diferida en el tiempo, como sucede con el de compraventa con precio aplazado, sí puede presentar dificultades la determinación del momento de su consumación.*

6.ª) Estas dificultades se reflejan en la doctrina jurisprudencial de esta Sala que, a su vez, aparece citada en las de las Audiencias Provinciales invocadas en el recurso.

Por un lado, hay sentencias que parecen identificar la consumación del contrato con su agotamiento o completa ejecución de las prestaciones de las partes. Así, la sentencia 145/1897, de 24 de junio [...] declara que «[l]as liquidaciones parciales de un préstamo, como acto de ejecución de contrato a que se refieren, no pueden reputarse actos consumados hasta que se consume el contrato, haciéndose efectiva la obligación del deudor, a menos que contuviera pactos

⁹⁴⁴ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

especiales». Y la sentencia 94/1928, de 20 de febrero [...], en relación con un contrato de sociedad por diez años de duración, considera que la consumación no existía «hasta su total extinción», pero no sin distinguir entre perfección, consumación y terminación del contrato para justificar que en el caso examinado coincidirían consumación y extinción por ser «varias las compras y los actos a realizar y dependientes algunos de las otras durante el desarrollo del contrato».

Más recientemente la sentencia 569/2003, de 11 de junio, sobre un caso de contrato de renta vitalicia [de la que me ocupo *infra*, [116] [B]], cita las sentencias de 1897 y 1928 y añade la cita de las sentencias 453/1984, de 11 de julio (consumación, en un contrato de compraventa, como equivalente a «realización de todas las obligaciones», con cita a su vez de las sentencias de 1897 y 1928), 261/1989, de 27 de marzo (la consumación se produce «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes»), y 243/1983, de 5 de mayo (en un contrato de compraventa con parte del precio aplazada sería posible entender que no se produce mientras no se pague el precio en su totalidad), pero lo hace para descartar que no sea posible el ejercicio de la acción durante la vigencia del contrato.

*Por otro lado, hay sentencias aún más recientes que implícitamente no identifican la consumación del contrato con su agotamiento o extinción porque, poniendo el art. 1301 CC en relación con su art. 1969, como también hacía la citada sentencia 569/2003 [que expongo *infra*, [116] [B]], consideran determinante que se haya podido tener conocimiento del error o el dolo. Así lo hace la ya citada sentencia de Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015 [que extracto en la anterior [A]], pero no sin puntualizar que la doctrina que sienta *se refiere a los contratos bancarios o de inversión que presenten una cierta complejidad* y en virtud de una interpretación del art. 1301 CC ajustada a la presente realidad social, pues «[e]n 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»*

7.^a) Pues bien, «*siguiendo la línea marcada por esta doctrina jurisprudencial más reciente, reiterada por ejemplo en las sentencias 376/2015, de 7 de julio, 489/2015, de 16 de septiembre, y 19/2016, de 3 de febrero, procede declarar 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.º CC).*

8.^a) De aplicar todo lo antedicho al motivo examinado se desprende que la sentencia recurrida no infringe el art. 1301 CC, pues al margen de que algunas de sus consideraciones sobre el momento de la perfección del contrato, con cita de los arts. 1254, 1258 y 1257 CC, puedan hacer pensar que identifica consumación con perfección, *lo cierto es que al añadir que, «todo lo más», el plazo habría transcurrido «a los cuatro años del comienzo de la vigencia pactada», es decir cuatro años desde el 1 de octubre de 2004, resuelve con acierto al identificar la consumación con el comienzo de la vigencia, entendido como comienzo de la ejecución del contrato, que desde el punto de vista del arrendatario [Alberite-Lais, S.L.] supuestamente víctima del dolo o el error no exigía el pago por él de las correspondientes mensualidades de renta, para el que inicialmente tenía un periodo de carencia de seis meses posteriormente ampliado hasta el 30 de abril de 2005. En consecuencia, producida la consumación del contrato el 1 de octubre de 2004 y presentada la demanda el 1 de julio de 2009, en esta última fecha ya habían transcurrido los cuatro años de duración de la acción»* (cursiva mía; FD 4.^o)⁹⁴⁵.

[C] *La STS, 1.^a, Pleno, 19.02.2018 (Pte. Excm. Sra. D.^a M.^a de los Ángeles Parra Lucán)*

Se conoce de un contrato de tracto sucesivo y complejo (*swap*).

⁹⁴⁵ a) En 2017, a CASASAYAS RAMIS, esta doctrina de la STS, 1.^a, Pleno, 24.05.2016 le plantea, teniendo en cuenta la doctrina de la anterior STS, 1.^a, Pleno, 12.01.2015 [que extracto en el cuerpo del texto en la anterior [A]], las siguientes consideraciones:

«- No tiene en cuenta el momento en el que «se tiene o pueda tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción» (como sí ocurre en los contratos complejos); lo que implica que podría caducar la acción sin que se tenga conocimiento del vicio invalidante.

- Este diferente tratamiento en los contratos no complejos parece adoptarse con la finalidad de garantizar y preservar la seguridad jurídica en el tráfico contractual y, en definitiva, para no perpetuar excesivamente el plazo de impugnación. En cambio, en los contratos complejos parece primar la necesidad de proteger a determinadas partes contratantes cuya falta de conocimiento o de información esencial del contrato les impide ser conscientes, desde un primer momento de la ejecución del contrato, del vicio invalidante en la formación del consentimiento, y donde no les es exigible una mayor diligencia.

- Solo exige que la parte que no alega el dolo o el error haya cumplido con su prestación esencial, sin exigir que quien lo alegue haya hecho lo mismo (en el caso de que se trate de un contrato con obligaciones recíprocas).

- También implica conocer qué debe entenderse por «prestación esencial».

- Al no exigir que se hayan cumplido todas las prestaciones, sino solo la esencial, implica en cierto modo no perpetuar de forma indefinida la posibilidad de ejercitar la acción, pero debe plantearse qué ocurre si la realización de la prestación esencial se fija o se produce en un momento lejano en el tiempo.

- También cabe preguntarse si sería posible adelantar el inicio del cómputo del plazo del artículo 1301 del Código Civil en aquellos casos en los que se tiene conocimiento del vicio invalidante en un momento anterior al de la realización de la prestación esencial por la otra parte» [RDC (2017) pp. 158-159].

b) Para PARRA LUCÁN, «[c]on 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 la nulidad hubiera recibido la prestación «esencial»– y aquellos [contratos] 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–»* [cursiva mía; (2022) p. 908].

En esencia, en 2005, el cliente (*Construcciones Poncelas S.A.*) y el *Banco Santander Central Hispano, S.A.* celebran un contrato marco de operaciones financieras. A lo largo del tiempo celebran, además, tres contratos de *swap*. La duración del tercer contrato de *swap* es desde el 20.11.2006 hasta el 20.11.2011 y las liquidaciones netas anuales fueron: el primer año el saldo es favorable para el cliente en 15.386,11 €; el segundo año el saldo es favorable para el cliente en 125,21 €; el tercero año el saldo es desfavorable para el cliente en 82.405,42 €; el cuarto año el saldo es desfavorable para el cliente en 82.405,42 €; el quinto año el saldo es desfavorable para el cliente en 136.058,33 €; y el sexto y último año del contrato el saldo es desfavorable para el cliente en 104.874,00 €. Entre las partes hubo un préstamo hipotecario, que se amortiza totalmente en 2007. El tercer contrato de *swap* terminaba en 2011, y en 2014, el cliente *Construcciones Poncelas S.A.* demanda al banco y pide (petición principal) la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y de las permutas financieras y de todas las obligaciones derivadas de ella, por error provocado por el incumplimiento del banco de su deber de información sobre los riesgos de los contratos celebrados; sus pérdidas ascendían a 307.851,87 €. En primera instancia se estima la demanda del cliente *Construcciones Poncelas S.A.*, pero en segunda instancia se considera caducada la acción ejercitada para los dos primeros contratos de *swap*, y no para el tercer contrato de *swap*, ni para el contrato marco de operaciones financieras. El banco recurre en casación y alega infracción del artículo 1301 CC en relación con la *STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015* (que extracto en la anterior [A]), por considerar que, cuando *Construcciones Poncelas S.A.* interpone su demanda, su acción de anulación para el tercer contrato de *swap* había caducado (motivo 2.º). El Tribunal Supremo no casa⁹⁴⁶.

En lo que interesa, el Tribunal Supremo *recuerda la doctrina sentada en la STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015* [que extracto en la anterior [A]] y *aclara, pensando en los contratos complejos del actual mercado financiero, que de sus afirmaciones no resulta que el cómputo de la acción de anulación haya de adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato porque el cliente pueda haber conocido su error, ya que sería ir en contra del tenor del artículo 1301 CC. Y sobre cuándo se consuma el contrato de swap, el Tribunal Supremo entiende que es cuando el mismo se agota (cuando se extingue), explicando la razón de ello (es entonces cuando se ven las efectivas consecuencias del contrato)*. Lo anterior, lo señala el Tribunal Supremo como sigue:

«2. En un caso en el que la sentencia de primera instancia consideró (y la Audiencia no corrigió) como día inicial del cómputo del plazo el de la perfección de un contrato de seguro de vida «unit linked multiestrategia» en el que el cliente había perdido toda la inversión realizada, la sentencia del Pleno de esta sala 769/2014, de 12 de enero de 2015 [que extracto en la anterior [A]], en la que la ahora recurrente [*Banco Santander Central Hispano, S.A.*] apoya su recurso de casación: i) negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección; ii) citó sentencias de la sala en las que se ha precisado cuándo se

⁹⁴⁶ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

produce la consumación en ciertos contratos de tracto sucesivo como la renta vitalicia, la sociedad o el préstamo; y iii) sentó como doctrina la de que «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».

Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige 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.

De esta doctrina sentada por la sala no resulta 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, lo que 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».

3. A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida *en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.*

En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo [que extracto en la anterior [B]], ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato).

En los contratos de swaps [esta cursiva del original] o «cobertura de hipoteca» 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 da lugar al presente recurso, el cliente [Construcciones Poncelas S.A.] recibía trimestralmente el Euribor fijado al principio de cada período trimestral a cambio de pagar anualmente un tipo fijo, excepto si el Euribor 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 alcanzaron resultados diversos en cada uno de los años de vigencia del contrato, tal y como ha quedado

reflejado en los antecedentes recogidos en el primer fundamento jurídico de esta sentencia.

4. La aplicación de esta doctrina lleva a rechazar el segundo motivo del recurso de casación.

En el presente caso, en el contrato celebrado el 10 de noviembre de 2006, único contrato al que se refiere el recurso de casación [del *Banco Santander Central Hispano, S.A.*], se determina un plazo contractual de cinco años, convencionalmente pactado, de manera tal que el plazo de vigencia terminaba el 21 de noviembre de 2011, por lo que en esta fecha tuvo lugar la consumación del contrato. Puesto que la demanda se interpuso el 30 de enero de 2014 no había transcurrido el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato y la acción de impugnación se ejercitó dentro del plazo legalmente previsto» (cursiva mía; FD 3.º)⁹⁴⁷.

⁹⁴⁷ a) PARRA LUCÁN (recuerdo, es ponente de la presente sentencia) explica que «[l]a aplicación automática y acrítica de la doctrina sentada por la sentencia 769/2014 [es decir, por la STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015 que extracto en el cuerpo del texto en la anterior [A]], 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 de julio [que extracto infra, en el Anexo de sentencias])» (cursiva mía; p. 901). Tras esto, PARRA LUCÁN extracta la presente STS, 1.ª, Pleno, 19.02.2018 y concluye: «[e]n definitiva, a partir de la interpretación sentada por la sentencia 89/2018, de 19 de febrero [STS, 1.ª, Pleno, 19.02.2018] 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» (cursiva mía, p. 902). Añade, que «[c]on 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 de 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 el 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 que aflora el riesgo congénito del negocio cuyo desconocimiento pudo viciar el consentimiento, con el momento en que materializa el riesgo y la inversión realizada cumple su función económica» [cursiva mía; (2022) p. 902].

b) Por su parte, PANTALEÓN PRIETO se muestra crítico con la solución adoptada para el contrato de *swap* en esta STS, 1.ª, Pleno, 19.02.2018, al entender que permite la especulación del que lo contrató frente al banco (no impugnará el contrato si su resultado final le es beneficioso; lo hará, en caso contrario). La solución del Tribunal Supremo no le parece buen derecho. Explica:

«Me parece que esa doctrina [de la STS, 1.ª, Pleno, 19.02.2018] fue establecida por la Sala Primera del Alto Tribunal porque sintió como una exigencia de justicia proteger a los pequeños prestatarios con hipoteca a los que ciertas entidades financieras endosaron masivamente contratos de *swap* que, muy probablemente, aquellos no habrían celebrado si hubiesen recibido de las entidades información precontractual suficiente sobre los riesgos de tal producto. Y esa Excm. Sala quiso llevar la protección hasta el extremo de evitarles la caducidad de la acción de anulabilidad por error, habida cuenta de que los pequeños prestatarios no tienen fácil acceso a buenos abogados, y siguen cumpliendo fielmente sus obligaciones contractuales aun después de descubrir el error que padecieron al contratar. Y de ahí también la reiterada jurisprudencia que, en el mismo ámbito contractual se ha negado sistemáticamente a considerar esos actos de cumplimiento confirmaciones tácitas.

Ahora bien, me parece [PANTALEÓN PRIETO] igualmente claro que los contratos de *swap* que están llegando y van a llegar al conocimiento de la Excm. Sala no son ya esos endosados a pequeños prestatarios hipotecarios a los que acabo de referirme: son y serán contratos de *swap* celebrados por grandes prestatarios a interés variable, muchas veces a petición propia, con el fin de estabilizar los costes de la financiación del proyecto empresarial de que se trate; una financiación, por cierto, que las entidades finan-

cieras no habrían concedido en la generalidad de los casos sin esa estabilización que limitaba el riesgo de impagos por parte de los empresarios prestatarios.

Pero, [...], no puedo acabar este apartado sin intentar convencer a los lectores de estas páginas de que, *en buen Derecho, resulta descabellado que el plazo de caducidad de la facultad de anular un contrato por error o dolo no comience a computarse hasta el total acabamiento o agotamiento de la relación contractual* [esta cursiva, negrita en el original]. El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha sido sin duda bien consciente de ello en sus Sentencias 339/2016 (contrato de arrendamiento de cosa [que extracto en el cuerpo del texto en la anterior [B]]) y 417/2020 (contrato de préstamo hipotecario [que extracto en el cuerpo del texto en la siguiente [G]]). Yo voy a confirmarlo con un ejemplo referido precisamente a un contrato de *swap*.

Imagínese que el cliente de la entidad financiera que alega que celebró un tal contrato por error o por dolo, cuando comenzara a recibir liquidaciones negativas (causadas por descensos sobrevenidos de los tipos de interés), las abonase a la entidad con una carta que dijera más o menos lo siguiente:

«Yo celebré el contrato de *swap*, porque Ustedes no me suministraron información precontractual suficiente sobre las características de ese producto financiero. Sin embargo, voy a abonarles la liquidación negativa que me han girado, y las eventuales negativas que me giren Ustedes en el futuro, como estoy seguro de que Ustedes me abonarán las liquidaciones positivas. Pero ni se les ocurra interpretar mi conducta como una confirmación tácita del contrato, porque no quiere serlo de ningún modo. Estoy sencillamente ejerciendo la facultad que me reconoce la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de esperar a la terminación del contrato de *swap* para decidir, en los siguientes cuatro años, si anulo dicho contrato, o no» (este párrafo, en caja más pequeña en el original, como reproduzco en mi transcripción).

Y, como es obvio, lo anulará si el total de las liquidaciones negativas resulta mayor que el total de las liquidaciones positivas, y no lo anulará en el caso contrario. Y de ese modo podrá jugar sobre seguro al «juego del *swap*» hasta el final: si al final gana, gana él; si al final pierde, pierde el Banco; que, por cierto, carece de legitimación para anular él el contrato de *swap* (artículo 1302 *in fine* CC) y librarse, por lo menos, del coste de la usual cobertura del mismo con un derivado espejo.

Espero que el ejemplo anterior muestre también lo insensato de construir la defensa de la línea jurisprudencial instaurada por la Sentencia 89/2018 [esto es, por la presente *STS, 1.ª, Pleno, 19.02.2018*] sobre el argumento de que sólo tras la terminación del contrato de *swap* alcanza el prestatario un completo conocimiento de las consecuencias económicas que el contrato le ha producido. Este es, cabalmente, el problema.

Como avancé al comienzo, *lo más grave de la interpretación de las palabras «la consumación del contrato» del hoy párrafo cuarto del artículo 1301 en el sentido de su extinción o agotamiento, es que permite a aquel que había padecido el vicio de consentimiento que, habiendo venido a conocerlo, especule con la facultad de anular el contrato a la espera del resultado económico final del mismo para él* [esta cursiva, negrita en el original]. Eso no puede ser buen Derecho» [*Almacén de Derecho*, 08.04.2021, pp. 13-15].

c) Por último BERGEL SAINZ DE BARANDA explica que la doctrina de la *STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015* [que extracto en el cuerpo del texto en la anterior [A]] es *corregida* por la *STS, 1.ª, Pleno 19.02.2018*, ya que la doctrina de la primera no se aplica a todos los contratos complejos, lo que expone y argumenta así:

«Esta interpretación del artículo 1301 C.c. que hizo el Tribunal Supremo en 2015 se centró en la naturaleza especialmente compleja de estos contratos y en la dificultad que supone para los clientes detectar el error en estos casos. *Más que determinar el momento de consumación del contrato, parece que el Tribunal Supremo lo que hizo es abandonar la regla de la consumación y sustituirla por la regla del conocimiento.* Y esto ha dado lugar a problemas posteriormente debido al carácter de tracto sucesivo de muchos de estos contratos complejos.

Por esta razón, *esta nueva doctrina sentada en 2015, que introdujo un criterio subjetivo en el cómputo del plazo, ha sufrido una evolución, al constatarse que podía plantear problemas por el tracto sucesivo de ciertos contratos bancarios o financieros complejos (v.gr. ¿el hecho de que se produzcan liquidaciones negativas de un producto constituye el momento de consumación del contrato por haber podido conocer el cliente su error?). Así la doctrina se «aclaró y amplió» a partir de la STS del Pleno de 19 de febrero de 2018 [...], entendiendo que el día del cómputo inicial del plazo de la acción de anulabilidad*

[D] *La STS, 1.ª, 09.07.2019 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo)*

Se conoce de un bono estructurado ligado a unas acciones.

Brevemente, en 2007, Ernesto y Paula (clientes) adquieren un bono estructurado ligado a unas acciones del *Banco Popular* y del *BBVA* por 50.000 € y a cancelar a los cinco años (vencimiento el 27.07.2012). El bono estructurado lo emite *BNP Paribas Arbitrage Issuance, B.V.* y lo comercializa *Banco Baniff, S.A.* (luego *Banco Santander, S.A.*). En 2010, la cotización de los valores bajan notablemente y Ernesto envía un e-mail al banco en el que viene a decir que adquirió

por error debía ser, en los contratos de cobertura de tipos de interés (swaps), no ya el del conocimiento o posible conocimiento del error, sino el momento en que finaliza la relación contractual» [cursiva mía; RDC (2020) pp. 196-197].

Y «[e]n la STS 19-2-2018 el Tribunal corrige lo establecido en la STS 12-1-2015 [que extracto en el cuerpo del texto en la anterior [A]] para los contratos de cobertura de tipos de interés en los que «el cliente no recibe en un único momento y puntual una prestación esencial». El Tribunal Supremo señala que en la consumación de los contratos de swap se produce en el momento de *agotamiento o extinción de la relación contractual* [esta cursiva del original], porque es entonces cuando se cumplen las prestaciones de ambas partes y se producen las consecuencias económicas del contrato. Esto porque en estos contratos no se da una prestación fija en un momento único, sino liquidaciones variables a favor de una u otra de las partes dependiendo de la evolución de los tipos de interés. Y fundamental en esta Sentencia es que el Tribunal señala que, *producida la consumación del contrato en un momento posterior a aquél en el que el que sufre el error podía haberlo conocido, debe estarse al momento de consumación, pues ese es el establecido en el art. 1301 C.c.*

La solución dada al caso enjuiciado en la STS 19-2-2018 no ha estado exenta de críticas. La doctrina y jurisprudencia emanante de la STS 12-1-2015 [que extracto en el cuerpo del texto en la anterior [A]] se basaba en una interpretación ciertamente forzada del artículo 1301 C.c., aunque en línea con las propuestas más modernas al respecto, y había establecido la consumación del contrato en el momento en que se produjera un evento que permitiera conocer las características del producto. Lo que ocurre es que, en el supuesto de la STS 19-2-2018, el descubrimiento del error era razonablemente posible para el cliente antes del fin del contrato (en el caso concreto las liquidaciones negativas eran de un valor muy considerable). Se podía haber aplicado la doctrina de la STS de 12-1-2015 [que extracto en el cuerpo del texto en la anterior [A]] y estimar caducada la acción, como por otra parte ya se había hecho en 2017 para otros contratos de swap (v.gr. STS de 12 de julio de 2017 [que extracto infra, en el Anexo de sentencias] [...]). Sin embargo, el Tribunal Supremo se aparta en la STS 19-2-2018 de lo establecido en 2015 y de esas sentencias de 2017, y retrasa el día a quo a un momento posterior al del descubrimiento del error; el momento de terminación del contrato. Se intenta justificar tal retraso señalando que en 2015 no se dijo que el cómputo del plazo deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato, pero lo cierto es que en 2015 se dijo que el día inicial del plazo para el ejercicio de la acción era el de cualquier evento que permita la comprensión de las características del contrato. Probablemente lo ocurrido es que el Tribunal se da cuenta de que la doctrina sentada en 2015 podía resultar perjudicial para los clientes bancarios (eso sí, para los no muy diligentes que pudieron conocer, pero no ejercitaron la acción), materializándose dicho perjuicio en el caso de la en la [sic] STS 19-2-2018, y suponer un agravio comparativo con los contratos de tracto sucesivo no complejos que, [...], se tienen por consumados cuando se recibe la prestación esencial. Este cambio o «aclaración» en la doctrina ha generado inseguridad jurídica ya que se habían fundamentado muchos recursos de casación en la doctrina sentada en 2015; recursos que ahora se ven desestimados o inadmitidos a trámite por falta de fundamento al no encontrar apoyo en la nueva doctrina establecida en la STS 19-2-2018 para contratos de swap (v. gr. Auto de 15 de enero de 2020 [...]), o estimados o admitidos en caso de encontrarlo (v. gr. STS de 16 de diciembre de 2019 [...]) y Auto de 15 de enero de 2020 [...], respectivamente). La STS 19-2-2018 ha venido a mostrar que el criterio establecido en la STS 12-1-2015 [que extracto en el cuerpo del texto en la anterior [A]] no es un criterio nuevo aplicable a todos los contratos complejos, sino que se aplica sólo en beneficio del que sufre el error» [cursiva mía, salvo que indique otra cosa; pp. 198-199; vid. hasta p. 202].

el bono estructurado por la insistencia del banco y con la promesa de que el interés que percibiría era superior al común y que su cotización hoy era de 15.040 €, teniendo desde hace tiempo la convicción de ser engañado⁹⁴⁸. El 18.11.2015, Ernesto y Paula demandan al banco y piden entre otras cosas la nulidad por error de su orden de compra del bono estructurado. En primera instancia se desestima su demanda, entre otros extremos («[a] mayor abundamiento»), porque se considera caducada su acción al computarse desde 2010, esto es, cuando Ernesto manifiesta al banco su conocimiento de los riesgos del contrato celebrado y la demanda se interpone en 2015. En cambio, en segunda instancia se entiende no caducada la acción ya que la jurisprudencia iniciada con la *STS, 1.ª, Pleno 12.01.2015* (que extracto en la anterior [A]) no podía aplicarse retroactivamente, estimándose la demanda de Ernesto y Paula (clientes). El banco recurre en casación y alega infracción del artículo 1301 CC al no haberse apreciado la excepción de caducidad de la acción, acción que se computa desde que se conoce del error sufrido, lo que sucedió en 2010 cuando Ernesto envía su e-mail al banco (motivo único). El Tribunal Supremo no casa.⁹⁴⁹

En lo que interesa, el Tribunal Supremo considera no caducada la acción cuando Ernesto y Paula presentan su demanda, ello por aplicación de la jurisprudencia de las *STS, 1.ª, Pleno, 19.02.2018* (que extracto en la anterior [C]) y *STS, 1.ª, 09.05.2018*, en las que se conoce de contratos de *swap* y, aplicándolo al contrato de bono estructurado, la consumación de este se produce cuando el mismo se cancela (se termina) en 2012, no habiendo caducado la acción, pues la demanda se interpone en 2015. Según el Tribunal Supremo, que va comparando los bonos estructurados y las participaciones preferentes a efectos del *dies a quo* para la acción de anulación:

«2. [...] En la interpretación del art. 1301.IV CC, la jurisprudencia ha mantenido que el cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad empieza a correr «desde la consumación del contrato», y no antes (sentencias 89/2018, de 19 de febrero [que extracto en la anterior [C]], y 264/2018, de 9 de mayo⁹⁵⁰). Sin perjuicio de que en la contratación de algunos productos financieros, por ejemplo una participación preferente, puede ser que al tiempo de la consumación del negocio todavía no haya aflorado el riesgo congénito al negocio cuyo desconocimiento podía viciar el consentimiento prestado. Es en estos casos, en que la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015 [que extracto en la anterior [A]], entendió que el momento de inicio del cómputo del plazo debía

⁹⁴⁸ En concreto, Ernesto decía en su *e-mail*: «Hoy sé que adquirí un producto muy sofisticado, al que accedí más llevado por la insistencia (4 ó cinco llamadas diarias) que por los posibles beneficios. En cualquier caso, la promesa, casi con certeza empírica, era la cancelación del mismo al año y que el interés a devengar era superior al común; aún así, había un horizonte a cinco años (...) que en el peor de los casos, no haría más que multiplicar el beneficio; se te cae el alma al suelo al ver que hoy la cotización es de 15.040 €. La argumentación de Victorino, junto con los números y gráficos los guardo como oro en paño, porque más vale que ese estructurado tenga buen fin (...), pero ya hace mucho que tengo la convicción moral de que fui engatusado, como no y más exacto, engañado...» (FD 1.º 1).

⁹⁴⁹ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

⁹⁵⁰ En esta *STS, 1.ª, 09.05.2018* su ponente es también el *Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo* (*Cendoj, Roj STS 1622/2018*), *vid.* FD 3.º, 1 y 2.

referirse a aquel en que el cliente hubiera podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

3. Es cierto que la interpretación que hace la sentencia recurrida de que esta jurisprudencia iniciada desde la citada sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015 [que extracto en la anterior [A]], no puede aplicarse de forma retroactiva, resulta inconsistente a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en la STC 16/2015, de 16 de febrero:

[...].

4. [...]. *En aplicación de la jurisprudencia mencionada sobre el comienzo del cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad, contenido en el art. 1301 CC, la demanda se habría puesto a tiempo, pues el contrato de adquisición del bono estructurado se consumó con la cancelación del producto.*

Así como en el caso de las participaciones preferentes o las obligaciones subordinadas, el negocio se consuma con la propia adquisición de estos productos, no ocurre lo mismo con los bonos estructurados, 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.

A estos efectos de considerar cuándo se entiende consumado el negocio de adquisición, el bono estructurado guarda relación con la permuta financiera, respecto de la que hemos considerado que se consumaba a su vencimiento. Así lo declaramos en la sentencia 89/2018, de 19 de febrero [que extracto en la anterior [C]]:

«A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de *swaps* debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.

[...]

«En los contratos de *swaps* o «cobertura de hipoteca» 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 (...).»

De este modo, como el vencimiento del bono estructurado se produjo el 27 de julio de 2012, desde entonces hasta que se presentó la demanda (18 de noviembre de 2015), no se advierte que hubiera transcurrido el plazo legal de cuatro años» (cursiva mía; FD 2.º 4)⁹⁵¹.

⁹⁵¹ a) Por otro lado, *vid.* el extracto que PARRA LUCÁN lleva a cabo de la STS, 1.ª, 20.07.2020, sentencia que se refiere, entre otras cosas, a bonos estructurados y bonos no estructurados [(2022) p. 903].

b) En la STS, 1.ª, 02.03.2020 (Pte. Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg) se cita la sentencia que expongo en el cuerpo del texto en esta [D], esto es, la STS, 1.ª, 09.07.2019, además citarse otras.

Brevemente, en la STS, 1.ª, 02.03.2020 (extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias) se conoce de un bono estructurado, contrato tridente celebrado entre Camilo y el Banco Santander, S.A. el 20.05.2009 y de duración cinco años («hasta el 20 de mayo de 2014»). El Tribunal Supremo entiende que el 20.05.2014 es cuando se consuma el contrato, «al ser la data en que se producen las liquidaciones fina-

[E] *La STS, 1.ª, 17.12.2019 (Pte. Excm. Sra. D.ª María de los Ángeles Parra Lucán)*

Se conoce de un contrato de tracto único y consumación instantánea (compraventa de un cuadro).

En síntesis, el 14.12.1999, Arcadio, coleccionista de arte, compra en una subasta el cuadro *Gitana* de Isidro Nonell y de fecha 1909, pagando 97.601,34 € lo que incluye la comisión de la Sala de subastas. El cuadro contaba con certificado de autenticidad y lo subastaba *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, siendo luego su sucesora *Fundación Caja Madrid*. Posteriormente, teniendo intención de vender el cuadro, Arcadio descubre en 2014 que el cuadro adquirido no lo pintó Isidro Nonell, se trataba de una copia. El 04.03.2015, Arcadio demanda a *Bankia, S.A.* (luego desiste en relación con ella) y a la *Fundación Caja Madrid* y pide la nulidad de la compraventa por error vicio, acción que pudo ejercitar a partir de que conoció la falsedad del cuadro en 2014, así como la condena solidaria a la devolución de los 97.601,34 € más intereses. En primera instancia se desestima su demanda por considerarse caducada la acción, ya que la consumación del contrato se produce con la entrega del cuadro, lo que tuvo lugar desde que lo compró, no siendo aplicable la doctrina de la *STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015* [que extracto en la anterior [A]]. En cambio, en segunda instancia se estima la demanda de Arcadio porque la acción por error no había caducado dado que su plazo se computa desde que Arcadio conoce de la falsedad del cuadro en 2014. *Fundación Obra Social y Monte de Piedad de Madrid* recurre en casación y alega (motivo único) infracción del artículo 1301 CC y oposición de la sentencia recurrida a la doctrina sobre la fecha de inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulación por error vicio «en contratos y materias ajenas a la inversión en instrumentos financieros complejos» (la *STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015*, que extracto en anterior [A]), solo se aplica a esos contratos financieros complejos; FD 3.º). El Tribunal Supremo casa y desestima la demanda de Arcadio por considerar caducada la acción de anulación por error.⁹⁵²

les del valor subyacente que determina el rendimiento del producto estructurado contratado, y en consecuencia se puede reputar jurídicamente consumada la relación contractual pactada./ Así lo ha establecido la STS 160/2018, de 21 de marzo, igualmente en un producto estructurado tridente del Banco de Santander, en el que se razonó:/ «Como recuerda la sentencia del Pleno 89/2018, de 19 de febrero [que extracto en el cuerpo del texto en anterior [C]], [...] / [...]». *En el mismo sentido se expresa la ulterior STS 409/2019, de 9 de julio, [cursiva mía] en un caso de uno [sic; un] bono estructurado del Banco Santander, en el que, con cita de la STS 89/2018, de 19 de febrero [que extracto en el cuerpo del texto en anterior [C]], de nuevo se hizo constar:/ [...] / De igual manera podemos finalizar la cita jurisprudencial con la STS 36/2019, de 17 de enero, que se expresa en iguales términos./ Por todo el conjunto argumental expuesto no podemos considerar que haya transcurrido el plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por dolo ejercitada por la parte actora [el cliente Camilo], al interponerse la demanda el 30 de diciembre de 2015; por consiguiente, dentro del fatal plazo de los cuatro años del art. 1301 CC» y «el motivo de casación [1.º]», en el que Camilo alega infracción del artículo 1301 CC y jurisprudencia interpretativa sobre el *dies a quo* del plazo para la anulación del contrato, se estima (cursiva mía; FD 2.º). Por lo anterior, el Tribunal Supremo entra a analizar si hubo dolo omisivo (lo que alega Camilo en su motivo de casación 2.º) y considera que no lo hubo (el banco no ocultó maliciosamente información relevante) [FD 3.º; en relación con el dolo y para esta *STS, 1.ª, 02.03.2020, supra, nota 332 c)*].*

⁹⁵² Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

En lo que interesa, el Tribunal Supremo señala que el contrato es de tracto único y consumación instantánea; el mismo día en que se paga el precio, se entrega el cuadro, produciéndose ahí la consumación del contrato e iniciándose el plazo para la acción de anulación del contrato. Precisa además, que la interpretación del comprador (Arcadio), de que el *dies a quo* comienza con el conocimiento de que el cuadro adquirido es falso, supone forzar el concepto de consumación del contrato y conduciría a la indeseable consecuencia de la imprescriptibilidad práctica de la acción de anulación. Lo anterior lo explica el Tribunal Supremo como sigue:

«i) *Norma aplicable*

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 pudieren 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 el vigente 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».

El Código civil de 1889, siguiendo el antecedente del anteproyecto 1882-88, que se apartó del proyecto de 1851 y del modelo francés (que atendían al momento del conocimiento del error)⁹⁵³, trató de buscar un término claro y seguro, adelantándolo al momento de la consumación, respondiendo muy probablemente a la idea de que, a partir de ese momento, quien ha padecido el vicio del consentimiento está en condiciones de detectarlo.

La solución del art. 1301 CC ha sido objeto de críticas doctrinales y se aleja de otros sistemas jurídicos en Derecho comparado⁹⁵⁴, de los modelos de «soft law»⁹⁵⁵ y de las propuestas legislativas y académicas de la Comisión General de Codificación y de la Asociación de Profesores de Derecho Civil⁹⁵⁶. Aunque de manera no uniforme, en estos textos se aprecia una tendencia 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 se suspende el cómputo

⁹⁵³ Sobre las reglas del Anteproyecto de Código civil 1882-1888, *supra*, [113] y nota 901, del Proyecto Código civil de 1851, *supra*, [113] y nota 900, y para el vigente derecho francés, *supra*, nota 902 a.2).

⁹⁵⁴ *Por ejemplo*, del derecho alemán, *supra*, nota 902 a.1); para el francés la nota inmediatamente anterior.

⁹⁵⁵ *Por ejemplo*, para los *Principles of European Contract Law*, *supra*, nota 902 b).

⁹⁵⁶ a) Para la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009 de la Sección civil de la Comisión General de Codificación y en lo que interesa, la transcripción del artículo 1304, *supra*, [106] [A].

b) Para la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil, según su artículo 527-12: «*Prescripción de la anulación*/ 1. 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./ 2. [...]» [sobre su redacción, como componentes del grupo ANDREU MARTÍNEZ/GARCÍA PÉREZ/MACANÁS VICENTE/PLANA ARNALDOS y como coordinadores del grupo ATAZ LÓPEZ/GONZÁLEZ PACANOWSKA (2018) p. 690; *vid.* además pp. 7 y 10].

del plazo hasta ese momento. 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 de su conocimiento. De esta forma se alcanza un equilibrio entre los intereses encontrados y se evita que, de hecho, la acción sea imprescriptible.

Con todo, 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 contrato⁹⁵⁷.

ii) Doctrina de la sala sobre cuándo se considera consumado el contrato

A estos efectos, la sentencia del pleno 339/2016, de 24 de mayo [que extracto en la anterior [B]], sentó como doctrina sobre el «dies a quo» del plazo del art. 1301 CC:

[...]

Con posterioridad, en la sentencia del pleno 89/2019 [*sic*: 89/2018], de 19 de febrero [que extracto en la anterior [C]], en atención a que en el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, dijimos [...]. La misma doctrina se ha reiterado a efectos de considerar, por ejemplo, cuándo se entiende consumado el negocio de adquisición de un bono estructurado (por ejemplo, en la sentencia 409/2019, de 9 de julio [que extracto en la anterior [D]]).

iii) Aplicación de la anterior doctrina al caso

En el caso que da lugar al recurso de casación el contrato celebrado por las partes es de tracto único y de consumación instantánea. El 14 de diciembre de 1999 el actor [Arcadio] 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 [Arcadio].

Al no entenderlo así la sentencia recurrida debe ser casada y, al asumir la instancia, desestimamos el recurso de apelación del actor [Arcadio] y su demanda.

No pueden ser atendidas las alegaciones del recurrido [Arcadio] que, [...] sostiene que no hubo consumación del contrato hasta que no descubrió que el cuadro era falso.

Lo cierto es que se le entregó el cuadro que compró, el que estaba anunciando públicamente en el catálogo, como él mismo [Arcadio] sostiene en su demanda a efectos de demostrar que, a pesar de los años transcurridos desde que la adquirió, reclama por la misma obra que se le entregó, que era falsa (en definitiva,

⁹⁵⁷ PANTALEÓN PRIETO reproduce los dos últimos párrafos, que por mi parte reproduzco en el cuerpo del texto de esta *STS*, *1.ª*, *17.12.2019*, tras lo cual hace su exhorto al legislador de cambiar la consumación del contrato del artículo 1301 CC por las «desde que el legitimado para anular el contrato hubiese conocido o debido conocer la causa de la anulabilidad» (*supra*, [112] [A]).

para argumentar que no le era imputable a él la falsificación de la obra). La interpretación que propone el recurrido [Arcadio], 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 también se evita, como hemos señalado, mediante los correspondientes mecanismos correctores, 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.

En realidad, lo que pretende ahora en su escrito de oposición el recurrido [Arcadio] es cambiar la acción ejercitada, pues al decir que no hubo consumación lo que argumenta es que no se le dio el cuadro que compró, que se le entregó otra cosa. Ya ha quedado dicho que la acción ejercitada fue exclusivamente, y sin duda alguna, la de anulación por error, sin que se acumularan eventualmente a la acción de nulidad por error otros remedios, como la acción resolutoria por incumplimiento o la de indemnización de daños, que no están sujetas al art. 1301 CC, sin que proceda analizar si en el caso concurren sus respectivos presupuestos, al no ser las acciones ejercitadas» [cursiva del original; FD 3.º2.4]

[F] *La STS, 1.ª, 08.06.2020 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres)*

Se conoce de un contrato complejo (adquisición de títulos de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes).

En esencia, en 2009, César (cliente) da orden de compra a *Caja Madrid* (luego *Bankia, S.A.*) para la adquisición de títulos de obligaciones subordinadas y participaciones de la propia entidad por un valor de 82.000 €, produciéndose resolución administrativa del FROB que dio lugar al canje el 18.04.2013 y recuperando César la cantidad de 18.314,55 €. El 24.10.2013, César demanda al banco y ejercita distintas acciones, entre ellas y con carácter subsidiario, la de error vicio del consentimiento, y pide, en todas las acciones que ejercita, la devolución de su inversión, más el interés legal desde su suscripción hasta el canje de las acciones, o subsidiariamente desde la interposición de la demanda. En primera instancia se desestima la demanda de César, considerándose, entre otras cosas, caducada la acción de anulación por error. En segunda instancia se desestima la apelación de César. En el recurso de casación que César interpone alega, entre otras cosas, infracción de la jurisprudencia en relación con los artículos 1261, 1262, 1265, 1266, 1269, 1270, 1300 y 1303 CC en orden a la nulidad de los contratos por error vicio del cliente (motivo 2.º). El Tribunal Supremo casa y declara, entre otras cosas, la nulidad de las adquisiciones de César, ordenando la restitución de la inversión a César, descontándose la cantidad obtenida por el canje, y que César reintegre los rendimientos percibidos⁹⁵⁸.

En lo que interesa, el Tribunal Supremo, que considera que César sufrió error («desconoció las dificultades de la efectividad de un mercado de reventa y la práctica imposibilidad de recuperación de la inversión, por la falta de solvencia

⁹⁵⁸ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

de la entidad emisora de las obligaciones subordinadas y las participaciones preferentes»), entiende no caducada la acción de anulación por error, ya que su *dies a quo* es el de la resolución administrativa del FROB de 18.03.2013 que producía el canje obligatorio, fecha en la que César podía conocer los riesgos de lo adquirido y este interpone su demanda el 24.10.2013. El Tribunal Supremo se apoya en su doctrina de las *STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015* [que extrato en la anterior [A]] y *STS, 1.ª, Pleno, 19.02.2018* [que extracto en la anterior [C]]. Dice así:

«1. En primer lugar, debemos pronunciarnos sobre la caducidad de las órdenes de compra de 2009. La jurisprudencia de esta sala, plasmada básicamente en las sentencias de pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015 [que extracto en la anterior [A]], y 89/2018, de 19 de febrero [que extracto en la anterior [C]], reiteradas por otras muchas posteriores, establece que una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero debe 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, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error.

Por tal razón, *cuando en este tipo de relaciones negociales complejas no esté determinada contractualmente la fecha de consumación o se trate de contratos perpetuos, la consumación del contrato, a los mismos efectos indicados, no puede quedar fijada antes de que el cliente estuviera en disposición de conocer los riesgos patrimoniales de la operación, que en este caso consistían en las dificultades de la efectividad de un mercado de reventa y la práctica imposibilidad de recuperación de la inversión, por la falta de solvencia de la entidad emisora de las obligaciones subordinadas y las participaciones preferentes. En tales supuestos, el día inicial del plazo de ejercicio de la acción será 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 semejante que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado*⁹⁵⁹.

⁹⁵⁹ a) A propósito de la consumación del contrato en los contratos de adquisición de participaciones, PARRA LUCÁN informa que «la jurisprudencia ulterior ha introducido algunas precisiones» [(2022) p. 904].

Así, la *STS, 1.ª, 12.07.2021*, «(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 dejaran 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 una cosa es no percibir los rendimientos de un capital y otra 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» (pp. 904-905).

Y en «la sentencia 542/2021, de 19 de julio, [se] 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 preferentes continuó produciendo efectos hasta que,

2. En aplicación de dicha jurisprudencia, el día inicial de cómputo del plazo debe ser el de la resolución administrativa del FROB que dio lugar al canje, 18 de abril de 2013. Por lo que al haberse interpuesto la demanda el día 24 de octubre de 2013, es patente que no habían transcurrido los cuatro años fijados en el art. 1301 CC» (cursiva mía; FD 3.º)⁹⁶⁰.

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 de 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, acogiéndose a la resolución del FROB, lo que iría seguido del canje por otros productos financieros» (p. 905).

b) En la reciente *STS, 1.ª, 21.07.2023* (precisamente, de la *Pte. Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán*) se conoce de una orden de compra de obligaciones subordinadas, ejercitando el cliente como acción principal la de anulación del contrato por error vicio, desestimada por su caducidad (que es lo que ahora interesa; en cambio, el Tribunal Supremo estima la indemnización de daños y perjuicios pedida por el cliente con fundamento en el art. 1101 CC, por el incumplimiento del banco de su deber de informar sobre los riesgos del contrato celebrado; extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias). En lo que interesa, el Tribunal Supremo expone y resuelve:

«1. Respecto a la caducidad de la acción y la interpretación a estos efectos del art. 1301 CC, hemos establecido entre otras, en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 [que extracto en el cuerpo del texto, en anterior [A]]; 376/2015, de 7 de julio; 489/2015, de 16 de septiembre, y 102/2016, de 25 de febrero, que:

«[e]n 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 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 la suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de la aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordados 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 error».

2. Conforme a la jurisprudencia de esta sala, *el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por vicio del consentimiento debe computarse desde que los clientes estuvieron en disposición de conocer los riesgos patrimoniales de la operación, que en este caso consistían en la inexistencia de un mercado efectivo de reventa de los títulos y en la práctica imposibilidad de recuperación de la inversión, por falta de solvencia de la entidad emisora de los títulos. En asuntos semejantes referidos a la comercialización de participaciones preferentes u obligaciones subordinadas* (sentencias 734/2016, de 20 de diciembre; 204/2019, de 4 de abril; 573/2022, de 18 de julio; y 600/2022, de 14 de septiembre) *hemos referenciado esta fecha al momento en que la entidad emisora tuvo que ser intervenida por el FROB, que en el caso que nos ocupa fue el 30 de septiembre de 2011.*

3. *Como quiera que la demanda se presentó el 11 de julio de 2017, resulta patente que la acción de anulación por error vicio estaba caducada. Lo que supone la estimación del recurso de casación y la asunción de la instancia para resolver el recurso de apelación [...]*» (cursiva mía; FD 3.º).

⁹⁶⁰ Como contrapunto a la extractada en el cuerpo del texto y en este [F], *STS, 1.ª, 08.06.2020*, son por ejemplo oportunas las explicaciones de JUAN GÓMEZ (en 2014) y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (en 2013) sobre la consumación del contrato de adquisición de participaciones preferentes. En concreto:

a) Según JUAN GÓMEZ, «[p]uede apreciarse dos posicionamientos jurisprudenciales distintos que discrepan acerca del momento en el que ha de fijarse la consumación del contrato de suscripción de participaciones preferentes» (p. 3). En uno, se «atiende a la naturaleza del negocio jurídico que subyace a la adquisición de participaciones preferentes –que no es otra que la compraventa–, para afirmar que la consumación del contrato se produce en el momento mismo de la suscripción, con el pago del precio y la

[G] *La STS, 1.ª, Pleno, 10.07.2020 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena)*

Se conoce de un contrato de tracto sucesivo y complejo (préstamo bancario de dinero en divisas).

En esencia, el 04.05.2007, Ginés, Agustina y Heraclio (prestatarios) firman con el *Banco de Valencia, S.A.* (luego *Caixabank, S.A.*, su sucesor) un préstamo referenciado en yenes y con garantía hipotecaria. Según la sentencia de primera instancia, «en octubre de 2010, la parte demandante [Ginés, Agustina y Heraclio,

entrega de la cosa» (p. 3). *En el otro*, se «desplaza la consumación del contrato en un momento posterior, afirmando que al tiempo de la suscripción de los títulos se produce únicamente la perfección del contrato, sin que pueda tenerse por consumado hasta un momento más avanzado, que generalmente anudan a la facultad unilateral del emisor de amortizar las participaciones» (p. 3). *En su opinión*, «[e]sta es una cuestión en la que se hace preciso que el TS se decante con rotundidad por una u otra postura, a fin de que los operadores jurídicos sepan a qué atenerse» (cursiva mía, p. 3).

Para el primer posicionamiento jurisprudencial, JUAN GÓMEZ considera que «[l]a aplicación más rigurosa y menos emocional de las reglas de la prescripción conlleva unir la consumación del contrato al momento en el que se produce la transmisión de la cosa y el pago del precio», encontrándose «muchos ejemplos en la jurisprudencia» como la *SAP Zaragoza, Secc. 4.ª, 31.01.2013*, la *SAP Badajoz, 26.07.2011*, *SAP Asturias, Secc. 7.ª, 29.07.2013* (p. 4). El autor valora, «[c]iertamente esta postura es susceptible de generar cierta sensación de injusticia entre los adquirentes de este tipo de productos bancarios en tanto que, en ocasiones, se percatan de la naturaleza jurídica de lo adquirido con posterioridad al vencimiento del plazo de prescripción» y «[a]cogiéndonos a esta tesis, quedará cerrada la vía de la acción de nulidad, debiendo optar el consumidor por otras vías alternativas como la reclamación de responsabilidad contractual» (p. 4).

Y para el segundo posicionamiento, JUAN GÓMEZ considera que «[u]n sector doctrinal se ha decantado por separar la consumación del contrato del momento en el que se produce el cambio de titularidad de las acciones» y que «[a]lgunas sentencias sostienen que no se producirá el cumplimiento de todas las obligaciones hasta el momento en que se exceda el plazo de amortización facultativa por parte del emisor de las participaciones»; también que «[o]tras sostienen que el contrato es de tracto sucesivo en tanto se generan derechos económicos en beneficio del titular de las participaciones» (cursiva del original); y que «[o]tras defienden que el plazo debe empezar a correr cuando el adquirente tome conciencia de lo adquirido y el perjuicio que le ocasiona» (p. 4). Todas las citas de *La Ley* (2014).

b) Según PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, para los contratos de adquisición de participaciones preferentes u obligaciones subordinadas «conviene distinguir dos hipótesis» (p. 3).

Una, en la «que la entidad que presta el servicio de inversión actúa como mera intermediaria que ejecuta un mandato de compra de participaciones preferentes u obligaciones subordinadas emitidas por otra entidad, la calificación jurídica del contrato realizado puede ser de mandato o de comisión mercantil (art. 244 CCom. [...]) y consecuentemente la relación surgida entre las dos partes es de tracto único y se consume con la ejecución de la orden de compra, momento a partir del cual empezaría a computarse el plazo de cuatro años del art. 1301 CC» (p. 6; en este sentido el autor cita a la *SAP, Zaragoza, Secc. 4.ª, 30.03.2012*).

Otra situación es aquella en la que «la entidad que presta el servicio de inversión es la misma entidad emisora de las participaciones preferentes u obligaciones subordinadas y el inversor, por lo tanto, mediante el contrato las ha adquirido directamente de aquella» (p. 6); «[l]a relación que surge en este caso entre ambas partes del contrato es de tracto sucesivo, puesto que la entidad emisora asume la obligación de contribuir periódicamente al inversor en los plazos y condiciones previstas por la propia emisión» (p. 6). Para esta otra situación, la consumación del contrato a efectos del artículo 1301 CC, entendía PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, comenzaba cuando el adquirente «tuvo conocimiento inequívoco del error padecido respecto de la naturaleza o de los riesgos inherentes a dichos productos, por ejemplo, por haber presentado una reclamación o por haber formulado la entidad emisora una oferta voluntaria de canje de participaciones preferentes u obligaciones subordinadas por acciones» (p. 7). Todas las citas *laleydigital* (2013).

prestatarios] «toma conciencia de haber suscrito un préstamo que no entiende», pues en esa fecha el banco le informa tanto de que las cuotas se han elevado por la apreciación del yen frente al euro como de que el importe pendiente de amortizar es superior al del capital prestado» (FD 1.º4). En 2011 se hace novación modificativa del contrato. Y el 19.12.2014, Ginés, Agustina y Heraclio demandan al banco y piden, con carácter principal y entre otras cosas, la nulidad parcial del préstamo por error, y subsidiariamente y entre otras cosas, la nulidad de todo el préstamo por error. En primera instancia se estima la excepción de caducidad de la acción que el banco alega, pues han transcurrido más de cuatro años desde que en octubre de 2010 Ginés, Agustina y Heraclio se dan cuenta de su error (interponen su demanda en diciembre de 2014), apreciación de caducidad que se confirma en segunda instancia. Ginés, Agustina y Heraclio recurren en casación, pues consideran no caducada su acción, dado que en el préstamo la consumación del contrato se produce «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, sin que el hecho de que los prestatarios tuvieran conocimiento del error en un momento anterior pueda anticipar el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de nulidad», por lo que hubo infracción del artículo 1301 CC al aplicarse la doctrina de la STS, 1.ª Pleno, 12.01.2015 (que extracto en la anterior [A]) (motivo 2.º). El Tribunal Supremo, que considera caducada la acción ejercitada por Ginés, Agustina y Heraclio, no casa.⁹⁶¹

Para el Tribunal Supremo, *el préstamo bancario de dinero*, contrato consensual, *se consuma cuando el prestamista entrega el dinero al prestatario o a quien este último hubiera designado (la entrega del dinero es la prestación esencial con la que se consuma este contrato, separándose así de su doctrina de la STS 24.06.1897). Para el préstamo en divisas*, el Tribunal Supremo aplica su doctrina de la STS, 1.ª Pleno, 12.01.2015 (que extracto en la anterior [A]) *dado que el préstamo en divisas es contrato que tiene especial complejidad y su consumación, a los solos efectos del inicio del plazo de la acción anulación del contrato por error o dolo, no puede ser antes de que el cliente haya podido conocer los hechos que determinaron su error o dolo*, lo que en el caso sucede cuando los prestatarios conocen que su cuota mensual supera los 2.000 € y ante su petición de explicación, el banco les informa de que adeudan un capital superior al inicialmente entregado, interponiendo su acción pasados los cuatro años. De manera extensa y como sigue, el Tribunal Supremo lo explica:

«Decisión del tribunal: el inicio del plazo de ejercicio de la acción de anulación por error vicio en los préstamos hipotecarios en divisas [esta cursiva del original].

1. Como consideración preliminar, debemos recordar que en nuestra sentencia 89/2018, de 19 de febrero [que extracto en la anterior [C]], afirmamos que la jurisprudencia sentada a partir de la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015 [que extracto en la anterior [A]], *no establece 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 cono-*

⁹⁶¹ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

cimiento del mismo, pues ello iría contra lo dispuesto en el art. 1301.IV del Código civil.

2. La sentencia de pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015 [que extracto en la anterior [A]], hizo una interpretación del art. 1301.IV del Código Civil ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero. Al 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, se evita que este quede privado de dicha acción por causa que no le es imputable.

3. *Pero la aplicación de la línea jurisprudencial iniciada en esa sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015 [que extracto en la anterior [A]], no tiene como consecuencia que en los casos en que el contratante tenga conocimiento del error o del dolo que vició su consentimiento, o pudo razonablemente tenerlo, antes de la consumación del contrato, el inicio del plazo de ejercicio de la acción que establece el art. 1301.IV del Código Civil se anticipe a ese momento en que se tuvo, o se pudo tener, conocimiento del error, sino que el día inicial del plazo de ejercicio de la acción sigue siendo el de la consumación del contrato.* Así lo declaramos en la sentencia 89/2018, de 19 de febrero [que extracto en la anterior [C]], en relación con un contrato de swap.

4. Los recurrentes [Ginés, Agustina y Heraclio, prestamistas] afirman que el contrato de préstamo es un contrato real *cuya consumación se produce cuando se agotan sus efectos, esto es, cuando el prestatario paga la última cuota.* Y que, por tal razón, la jurisprudencia que se inicia en la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015 [que extracto en la anterior [A]], aplicada por la sentencia recurrida, no puede servir para anticipar el momento inicial del plazo de caducidad de la acción de anulación por error vicio al día en que tuvieron, o pudieron tener, conocimiento de los hechos determinantes de la existencia del error que vició su consentimiento.

5. *La tesis de los recurrentes [Ginés, Agustina y Heraclio, prestamistas] no se acepta.* Como hemos declarado al resolver el primer motivo del recurso de casación, *la jurisprudencia reciente ha aceptado el carácter consensual del préstamo bancario en dinero*⁹⁶². En él, el banco y el cliente prestan, por lo general, su consentimiento contractual, fijando los elementos del contrato (sujetos intervinientes, importe del préstamo, plazo, interés, garantías, etc.), antes de la entrega del dinero por el prestamista al prestatario. En el caso del préstamo hipotecario celebrado con un consumidor, el contrato de préstamo se perfecciona cuando el prestatario acepta la oferta vinculante del banco. Más adelante, normalmente de forma simultánea a la formalización del contrato por escrito (que, en el caso de tratarse de un préstamo hipotecario, se hace por escritura pública), el prestamista ejecuta su prestación y entrega el dinero al prestatario (o a los prestatarios, o a alguno de los prestatarios) o a la persona que este designe.

⁹⁶² Vid. además el FD 4.º, y la STS, 1.ª, 11.07.2018 (Pte. Excma. Sr. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán; Cendoj, Roj STS 2551/2018; FD 2.º).

6. Teniendo en cuenta lo anterior, a estos efectos, *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 febrero [que extracto en la anterior [C]], denominó como una «prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato.*

7. *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 como el que es objeto del recurso, 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, que justifican la exigencia de una información más completa.

8. La consecuencia de lo expuesto es que, en el contrato de préstamo bancario en dinero, el contrato haya de considerarse consumado cuando el prestamista hizo la 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.

9. Consideramos que esta doctrina (que ciertamente supone, para el supuesto de préstamos bancarios de dinero, separarse de la contenida en la sentencia de 24 de junio de 1897) se ajusta a la reciente jurisprudencia que ha modulado el art. 1301.IV del Código Civil en atención al tipo de contrato de que se trate (contrato de seguro de vida *unit linked*, sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015 [que extracto en la anterior [A]]; contrato de arrendamiento de inmueble, sentencia 339/2016, de 24 de mayo [que extracto en la anterior [B]]; contrato de swap, sentencia 89/2018, de 19 de febrero [que extracto en la anterior [C]]; contrato de adquisición de bono estructurado, sentencia 365/2019, de 26 de junio, etc.); a la jurisprudencia que ha afirmado que el contrato de préstamo bancario de dinero tiene por lo general un carácter consensual (sentencia 432/2018, de 11 de julio [*vid. supra*, nota 962]); y, finalmente, supone una interpretación del art. 1301.IV del Código Civil 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 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.

10. Es aplicable, por tanto, la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015 [que extracto en la anterior [A]], tal como hizo la sentencia recurrida. Un préstamo denominado en divisas, 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.*

11. En el presente caso, tal como ha resultado fijado en la instancia, los prestatarios [Ginés, Agustina y Heraclio] 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» (salvo indicación en contrario, la cursiva mía; FD 7.^o)⁹⁶³.

[116] Expuesto todo lo anterior en [115], si *antes* de que se produzca la consumación del contrato, el afectado conoce de su error (de su error a causa del dolo), *¿podría ya mismo anular el contrato? No estoy planteando que los cuatro años para anular el contrato comiencen a computarse antes de la consumación del contrato* (el art. 1301 CC dice que el *dies a quo* es la consumación del contrato), sino si, en aquellos casos en los que antes de que se produzca la consumación del contrato, el contratante afectado se da cuenta de su error, *¿podría ya mismo anular el contrato? Sí, y en este sentido, por ejemplo, las STS, 1.^a, 28.03.1973 y STS, 1.^a, 11.06.2003.*

En la *STS, 1.^a, 28.03.1973* se conoce de una compraventa de chinchillas y, no habiendo los compradores adquirido su posesión, estos pretenden anular el contrato por dolo, admitiendo el Tribunal Supremo su ejercicio una vez per-

⁹⁶³ PARRA LUCÁN informa que «[e] criterio [de esta *STS, 1.^a, Pleno, 10.07.2020*, que por mi parte extracto en el cuerpo del texto, en esta [G]] ha sido seguido en sentencias posteriores» [(2022) p. 907]. En este sentido, la autora señala que «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)» (p. 907). Además, «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» (p. 907).

feccionado el contrato y *antes de su consumación, o consumado solo en parte*. En cuanto a la STS, 1.^a, 11.06.2003 (de la que doy cuenta *supra*, [36] [C], a propósito de que el dolo debe existir al celebrar el contrato), se conoce de dos contratos de renta vitalicia, contrato de tracto sucesivo, y se señala que la acción de anulación del contrato *no debe entenderse en el sentido de que la misma nazca a partir de la consumación del contrato, sino en el sentido de que podrá ejercitarse hasta que transcurra el plazo de los cuatro años desde la consumación del contrato*. Además, *la aplicación al contrato de renta vitalicia de la doctrina del agotamiento de todas las prestaciones del contrato para ejercitar la acción de anulación implica una conclusión ilógica, pues ello sucedería cuando el rentista falleciere*. En el entender del Tribunal Supremo, el rentista puede, en vida, ejercitar la acción de anulación del contrato (su acción está viva, al no haberse consumado aun el contrato). De ambas sentencias doy cuenta a continuación.

[A] *La STS, 1.^a, 28.03.1973 (Pte. Excmo. Sr. D. Julio Calvillo Martínez)*

En esencia, los sujetos implicados celebran, el mismo día 28.07.1970, dos contratos de compraventa (uno de viviendas y otro de chinchillas), siendo en cada uno de ellos distinta parte (si en uno se es comprador, en el otro se es el vendedor, y viceversa). En cuanto al contrato que interesa, por ser el que se discute, José Carlos y Claudio compran a Lorenzo diez chinchillas machos y sesenta hembras de determinado tipo (Lanigera, A-15) y setenta jaulas con accesorios. Cuando los compradores José Carlos y Claudio aún no habían tomado posesión de lo comprado, Lorenzo les demanda y pide que se les condene a recoger o hacerse cargo de las chinchillas, jaulas y accesorios y al abono del resto del precio e intereses legales. José Carlos y Claudio reconviene y piden a Lorenzo el pago de cierta cantidad e intereses legales. En primera instancia se estima en parte la demanda de Lorenzo y se desestima la demanda reconventional de José Carlos y Claudio. En segunda instancia se entiende que la compraventa de las chinchillas es nula por dolo, dado que Lorenzo no podía acreditar el pedigrée de las chinchillas al no tener la oportuna documentación oficial (Libro Registro o genealógico) y José Carlos y Claudio, de haberlo sabido, no hubieran celebrado el contrato (error provocado)⁹⁶⁴. Lorenzo recurre en casación y alega, entre otras cosas, aplicación indebida del artículo 1256 CC en relación con los artículos 1115 y 1270 (motivo 3.º), pues para que José Carlos y Claudio pudieran alegar que hubo dolo, tendrían

⁹⁶⁴ Advierto que el documento, que de esta STS, 1.^a 28.03.1973 del *Cendoj* manejo, está plagado de erratas; en este sentido, se repite un resultando de la sentencia, están desordenados, y en el resultando que se dedica a la sentencia de segunda instancia solo se indica que «revocand[o] en parte la sentenci[a] apelada y en su consecuencia desestimando la demanda absuelve a los demandados [José Carlos y Claudio y] desestimando igualmente la reconvenición ejercitada por los demandados [José Carlos y Claudio], absuelve de la misma a[ll] reconvenido [Lorenzo]». La argumentación de la sentencia de segunda instancia se conoce a través del recurso de casación de Lorenzo (*vid. infra*, la nota inmediatamente siguiente a esta, y nota 967) y de la sentencia del Tribunal Supremo (que expongo en el cuerpo del texto en esta [A]).

que haber recibido la cosa comprada; no se pueden alegar dolo antes del cumplimiento del contrato⁹⁶⁵. El Tribunal Supremo, que entiende que hay un vicio del consentimiento, considera que el contrato puede anularse antes de su consumación, o cuando se haya consumado en parte, y no casa⁹⁶⁶.

En lo que interesa, el Tribunal Supremo dice:

«[...] que uno de los fundamentos específicos del fallo recurrido, en cuanto desestim[a] la demanda [de Lorenzo] y absuelve de ella a los interpellados compradores [José Carlos y Claudio] es la ineficacia del convenio de 2 de julio de 1970, determinada por la nulidad del consentimiento (Considerando tercero de l[a] sentencia impugnada), ya que tal convenio, con su complementado del de igual fecha referente a l[a] transmisión de las viviendas, propiedad de dichos demandados [José Carlos y Claudio, los compradores] y de sus cónyuges, está afectad[o] por «dolo civil como producto de maquinaciones realizadas por el demandante-vendedor [Lorenzo]», «cuy[o] dolo, en cuanto además de provocar error en los mentados compradores y provenir tan sólo de l[a] actividad del vendedor, es grave y causante, puesto que de haber sido conocido por dicho[s] compradores el supuesto que lo origina, el convenio en cuestión indudablemente no se hubier[a] realizado, pues no respondería.. [sic] a la finalidad contractual contemplada al tiempo del concierto d[e] dicho convenio, y en su virtud procede la secuencia de nulidad del tan repetido contrato, d[e] conformidad con la normativa que acoge el párrafo primero del artículo 1270 del Código Civil (Considerando quinto de la misma resolución[...])» (cdo 1.º).

«[...] que esta fundamentación autónoma e independiente del fallo de instancia no e[st] combatida más que marginalmente en el motivo tercero [del recurso de casación de Lorenzo⁹⁶⁷], en el que a propósito de la supuest[a] infracción por aplicación

⁹⁶⁵ En el motivo 3.º de su recurso de casación, Lorenzo, entre otras cosas, argumenta: «Y, además antes de que el comprador haya recibido la cosa –a lo que se han negado los compradores de la[s] chinchillas [José Carlos y Claudio]–, afirmar, como afirma la sentencia [recurrida], que se ha producido dolo del vendedor [Lorenzo], lo que hac[e] nula la obligaciones, es –asimismo– mucho afirmar, porque invierte él [sic; el] principio jurídico de que la buen[a] fe se presupone siempre mientras no se demuestre lo contrario. La cita, por ello, que la sentenci[a] recurrida efectúa del artículo 1270 en el sentido de que dicho dolo, por ser dolo grave, origina l[a] nulidad de los contratos, no es acertada. Resulta prematuro que la sentencia. [sic] haga tal declaración porque el contrato está en fase de ejecución, y como se ha dicho, los vendedores –sic– [compradores, José Carlos y Claudio] aún no ha[n] recibido la cosa comprada –a lo que se niegan–, cuando la reciban la examinarán si responde o no a l[a] clase contratada 15-A, y entonces, sólo entonces y no antes, podría hablarse de dolo, d[e] incumplimiento, pero no de nulidad de la obligaci[ón]» (vid. también los motivos 1.º, 2.º del recurso de casación de Lorenzo, en el resultando de la sentencia en que se exponen los motivos de su recurso de casación; en cuanto al motivo 4.º del recurso de casación de Lorenzo, *infra*, nota 967).

⁹⁶⁶ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

⁹⁶⁷ Para el motivo 3.º del recurso de casación de Lorenzo, *supra*, nota 965.

En el motivo 4.º del recurso de casación de Lorenzo, en el que se alega interpretación errónea del artículo 1124 CC en relación con el artículo 1101 CC y doctrina aplicable, explica Lorenzo: «[...] Que afirma la sentencia [recurrida] que el vendedor [Lorenzo] no puede acreditar la certeza de la cos[a] vendida, porque carece de libros de registro y documentos oficiales que sirvan para demostrar l[a] idoneidad de las chinchillas vendidas, y que esto constituye el dolo manifiesto [...] [de] Lorenzo zo [lo] qu[e] indujo a error a los compradores, quienes de haberlo sabido, no hubieran contraído la obligación d[e] compra. Que la carencia de tales documentos dará lugar a la responsabilidad –si ésta procede.– co[n] determinados Organismos oficiales a cargo del vendedor, pero entre las partes, sobre todo cuand[o] está reconocida le-

indebida del artículo 1256 del Código mencionado, se la pone en relación con la del expresado artículo 1270 [CC], pues entiende el recurrente [Lorenzo] que la cita de este precepto en l[a] sentencia atacada no es acertada, por prematura, dado que, a su juicio, solamente cuando los ho[y] recurridos [José Carlos y Claudio] hubiesen recibido las chinchillas compradas podrían examinar si respondían o no a l[a] clase contratada y podría hablarse de dolo; *argumentación a todas luces inconsistente, toda vez que concurriendo un vicio en el consentimiento, no tiene, por qué esperar el contratante, víctima del mismo, a la fase de consumación del contrato para esgrimir otras acciones contra el vendedor como la «rehabilitatoria» y la «quantum minoris» o «estimatoria», originadas por la existencia de defectos ocultos en la cosa entregada, puesto que nada le impide ejercitar antes la de anulabilidad de contrato, una vez perfecto y todavía no consumado, o consumado sólo en parte»* (cursiva mía; cdo 2.º).

[B] *La STS, 1.ª, 11.06.2003 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda)*

Reitero los hechos. En esencia, Constanza celebra dos contratos de renta vitalicia en escritura pública con su hijo Paulino (deudor de la renta) de fechas, respectivamente, 18.01.1989 y 21.02.1989. Constanza (rentista, acreedora) demanda a Paulino (deudor) y solicita, entre otras cosas, la declaración de nulidad (anulabilidad) de los contratos celebrados por haber prestado su consentimiento por dolo e intimidación. Según Constanza, Paulino le incitó a una falsa representación, la de un falso estado de necesidad, lo que le conminó a contratar como única salida para salir de él. En primera instancia se desestima la demanda de Constanza, desestimándose en segunda instancia la apelación que esta interpone. José Francisco, heredero de Constanza, recurre en casación y alega, entre otros extremos, aplicación errónea del artículo 1301 CC e inaplicación del artículo 1969 CC (motivo 2.º) e inaplicación de los artículos 1261.1.º, 1265 y 1269 CC (motivo 3.º). El Tribunal Supremo no casa⁹⁶⁸.

El Tribunal Supremo se ocupa de estas dos cuestiones. *Una*, del momento de inicio del plazo de los cuatro años para anular el contrato por dolo del artículo 1301 CC, manteniendo que dicha acción no nace a partir del momento de la consumación del contrato, sino que puede ejercitarse hasta que no haya transcurrido el plazo de los cuatro años desde la consumación del contrato y puesto que la rentista Constanza ejercita la acción en vida, lo hizo en plazo, estimándose el motivo 2.º de casación. *Y la otra cuestión* consiste en determinar si hubo dolo de

galmente la posibilidad de venta de cosa existente o que pueda existir, aquell[a] carencia de documentación oficial no es obstáculo alguno para que, una vez perfeccionado e[l] contrato, se entre en su fase de cumplimiento o ejecución. Que en la «Granja del Pasaje» existen porque así lo dice el perito y acepta la sentencia recurrida, chinchillas de la clase 15-A, pero au[n] cuando no existieran la compraventa es perfectamente válida y eficaz, ya que será en el moment[o] de la entrega de los animales cuando haya de acreditar que los mismos son de la clase pactada. Que hablar antes de que los compradores tengan en su posesión el objeto de la compra, del [sic] dolo del vendedor, tan grave, que produjo error a la contraparte y decretar, a su vista, la nulidad de l[a] obligación, es no solo prematura –como se dijo–, sino afirmación casable pues se insiste por e[l] recurrente [Lorenzo] que hasta que las cosas no entren en el patrimonio de los compradores, éstos no podrán saber si son o no de la clase 15-A, que deseaban adquiri[r]» (*vid.* el resultando de la sentencia en que se exponen los motivos del recurso de casación de Lorenzo).

⁹⁶⁸ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

Paulino (el perceptor del capital y deudor de la renta), entendiendo el Tribunal Supremo que no, entre otras cosas porque *los impagos de las rentas fueron posteriores a la celebración del contrato y los requisitos del dolo deben apreciarse cuando aquel se celebra*. De esta segunda cuestión me ocupo, como adelanté, *supra*, [36] [C], centrándome ahora en la primera cuestión, sobre la que el Tribunal Supremo manifiesta:

«Se argumenta en el motivo [2.º del recurso de casación de José Francisco, heredero de Constanza, la rentista] que, ejercitada la acción de anulabilidad de los contratos por dolo, el plazo de prescripción de la acción comienza a contarse desde la consumación del contrato y no desde la fecha de su celebración como entiendo la sentencia recurrida.

Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que «es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que «el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr «desde la consumación de contrato». 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», criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, «en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...». Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que «el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no comienza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo» y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que «la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó».

Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no 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 solo podría ejercitarse «desde la consumación del contrato, llevaría ala [sic; 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 bene-

ficiaria de la renta. Ejercitada, por tanto, la acción en vida de la beneficiaria de las rentas pactadas [Constanza], estaba viva la acción en el momento de su ejercicio al no haberse consumado aún los contratos» (cursiva mía; FD 2.º).

4.3 La indemnización de daños y perjuicios

[117] En su análisis, diferencio si el dolo fue causal o incidental.

4.3.1 SIENDO EL DOLO CAUSAL

4.3.1.1 *El dolo causal y la indemnización de daños y perjuicios: las posibles opciones en el ejercicio de acciones*

A) *La doctrina de los autores*

[118] *¿Cómo se relacionan las acciones de anulación del contrato y de indemnización de daños y perjuicios? Antes de que comience a responder, conviene conocer cómo, en 1955 y en unas conocidas palabras suyas, lo planteaba De Cossío y Corral.*

Decía:

«El C.c. admite desde luego la acción de resarcimiento cuando de dolo incidental se trata (art. 1270). *¿Habremos de estimarla igualmente procedente en los casos en que proceda la anulación?* O, lo que es lo mismo, ¿son compatibles una [la acción de indemnización] y [la] otra acción [la de anulación] en los casos de dolo causante de la contraparte? En principio, parece que siendo las maniobras y artificios dolosos un delito civil, [...], la comisión del mismo ha de ser fuente de daños y perjuicios, tanto si lo reputamos como una forma de dolo contractual, como si lo consideramos constitutivo de dolo extracontractual: el artículo 1101 en un caso, y el 1902 en otro, ofrecerán fundamento a la acción de indemnización de daños y perjuicios. *Ningún precepto del Código civil, por otra parte, excluye esta acción [de indemnización de daños y perjuicios], y estamos por lo tanto obligados a admitirla como procedente.* La cuestión sin embargo se complica, si distinguimos los dos supuestos que pueden presentarse, *según se inste o no la anulación del acto o contrato.* [...].

Puede el planteamiento del problema reducirse a los siguientes términos:
 1.º *¿La acción de resarcimiento y la acción de anulación, sustancialmente distintas, son dos acciones independientes, de las cuales puede ser ejercitada cualquiera de ellas, a elección del perjudicado?* 2.º *¿Son, por el contrario, dos acciones dependientes una de otra, y subordinada la primera [la de resarcimiento] a la segunda [la de anulación], en el sentido de que sólo ejercitada ésta [la de anulación], puede cumulativamente ejercitarse la segunda [la de resarcimiento]?*

3.º ¿Están, y ésta es la última posibilidad, vinculadas de forma alternativa? Es decir, ¿qué el ejercicio de una excluya el ejercicio de la otra?» (cursiva mía)⁹⁶⁹.

[119] A las iniciales preguntas de [118] de *cómo se relacionan las acciones de anulación del contrato y de indemnización de daños y perjuicios, los autores responden admitiendo que la víctima del dolo pueda ejercitar simultáneamente ambas (primera opción)*. Por tanto, la víctima del dolo podrá acumular el ejercicio de la anulación del contrato y de la indemnización de los daños y perjuicios. Son dos acciones *distintas e independientes*⁹⁷⁰. En este sentido, Rojo Ajuria destaca, con insistencia y para el dolo, que una cosa es el problema de la validez del contrato (*norma de validez*) y otro, el de la indemnización de los daños y perjuicios (*norma de responsabilidad*)⁹⁷¹. Los autores

⁹⁶⁹ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) pp. 365-366; *vid.* p. 302.

⁹⁷⁰ *Por ejemplo y continuando con DE COSSÍO Y CORRAL (vid. la nota inmediatamente anterior a esta), este manifiesta: «Es indudable que se trata de dos acciones [sic; acciones] distintas, cuya causa última es la misma (el acto o conducta doloso); pero cuyo supuesto de actuación son diferentes. [...] [Son] independientes, además, en sus efectos [...]; independientes en cuanto al plazo de su ejercicio [...]. Pero, si son dos acciones distintas [la de resarcimiento y la de anulación], ¿podemos, a pesar de esto considerarlas vinculadas de alguna forma? Falta todo precepto legal que establezca tal vinculación, y existen en cambio muchas razones para negarla»* [cursiva mía; (1955) pp. 366-367].

⁹⁷¹ *Por ejemplo y bajo un parámetro amplio en mi selección, los siguientes textos de ROJO AJURIA:*

a) «Pues bien, una construcción en principio tan estructurada y basada en unas distinciones de honda raigambre histórica, se revela en seguida mucho más frágil de lo que aparenta. El propio término «dolo», con distintos significados en el lenguaje jurídico, se presta a equívocos. La distinción, y relaciones, entre el dolo vicio como norma de validez y el dolo como norma (criterio de imputación) de responsabilidad resulta de capital importancia, sobre todo después de la consolidación de la doctrina de la responsabilidad precontractual» [(1994) p. 21].

b) «La afirmación de que el dolo es un vicio de consentimiento tipificado en los códigos, que permite la anulación del contrato (norma de validez) no agota la cuestión. Los mismos hechos que configuran el dolo vicio, en cuanto ilícitos, generan la obligación de reparar el daño causado. El dolo es ahora criterio de imputación de la responsabilidad por daños (norma de responsabilidad). Así el tratamiento del dolo vicio se plantea usualmente tanto desde la perspectiva de la norma de validez, como desde la de la norma de responsabilidad, como normas diferentes pero perfectamente compatibles» (p. 76).

c) «[...] se expondrá como, de forma universal, se distinguen la acción de anulación y la acción de reparación de daños, que pueden coexistir, siendo perfectamente compatibles. La acción de anulación, consecuencia de la ineficacia estructural del contrato, no es una acción que pretenda reparar el daño causado, ni exige la provocación de un daño (art. 1300 CC). Otra cosa es que, privado de efectos el contrato, los daños producidos sean diferentes a los que existirían manteniendo la eficacia del contrato» (p. 103).

d) «La ilicitud de la conducta del causante del dolo vicio supone que las consecuencias jurídicas de tal acto no tienen por qué agotarse en los efectos legales del vicio del consentimiento. En cuanto acto ilícito genera responsabilidad y obligación de reparar el daño causado. En todo el Derecho comparado se admite la distinción entre norma de validez y norma de responsabilidad, así como su compatibilidad, ya que cada una tiene unos presupuestos y finalidades distintas. Siendo normas compatibles su aplicación está interrelacionada, pues el daño no es lo mismo en el caso de anulación que en el de mantenimiento del contrato. [...] Pese a la, en principio, tajante distinción entre norma de validez y responsabilidad, no se pueden negar ciertas semejanzas aparentes. La anulación provoca una acción de restitución que, a efectos prácticos, se puede confundir con una acción de responsabilidad. Esta confusión está favorecida por la incorporación a la doctrina de los vicios de la voluntad de la valoración de las conductas de las partes, lo cual es inherente al dolo y la intimidación, pero que también se ha dado en el error a través de los requisitos de la excusabilidad o la reconocibilidad. Creemos [ROJO AJURIA] que tales semejanzas no impiden

también admiten que la víctima del dolo decida no anular el contrato y exigir, del que lo llevó a cabo, la indemnización de los daños y perjuicios (segunda opción). Y asimismo admiten que la víctima del dolo solo ejercite la acción de anulación contractual (tercera opción). Lo expuesto es doctrina asentada entre los autores, si bien sus argumentaciones no son idénticas, como paso a exponer.

a) De Cossío y Corral lo justifica, *entre otras razones*, en «una aplicación analógica, perfectamente admisible en este caso, ya que donde se da la misma razón legal, debe aplicarse la misma solución de derecho, de la doctrina contenida en el artículo 1124 [CC] en materia de obligaciones recíprocas, [y] vemos [De Cossío y Corral] que tal precepto admite como perfectamente compatibles, y al mismo tiempo independientes, la acción de resolución y la

seguir distinguiendo entre una norma de validez (y sus consecuencias, como la restitución), y la norma de responsabilidad [...] Mientras el Derecho positivo no cambie parece que es ineludible el seguir manteniendo la distinción entre norma de validez y norma de responsabilidad, cada una con un régimen jurídico distinto [...]» (pp. 118-119).

e) «Si el dolo precontractual cumple todos los requisitos del dolo vicio (causante, grave, proveniente de la otra parte y no recíproco) el supuesto de hecho puede subsumirse en la norma que permite demandar la anulación del contrato. En tal caso, si se ha causado un daño (la hipótesis más probable), se cumplen todos los requisitos de la responsabilidad precontractual. La víctima tiene a su disposición dos acciones independientes: la de anulación del contrato y la de reparación de daños. Podrá optar por cualquiera de ellas o ejercitarlas conjuntamente. El contenido de la acción de reparación será diferente según se haya optado por mantener el contrato o anularlo» (p. 124).

f) «La consolidación de la doctrina de la responsabilidad precontractual en los últimos años, así como la relevancia de los principios de la buena fe o de la confianza en la aplicación de los vicios del consentimiento, no deben ser obstáculo para el mantenimiento de la distinción entre norma de validez y norma de responsabilidad. La justificación para superar tal distinción parece poderosa: la consecución de mayor justicia o equidad en la formación del contrato. Pero el precio parece demasiado alto: superando tal distinción estamos afectando a principios básicos y puntos cardinales de toda la construcción del contrato en el Derecho moderno. [...] Pero, aunque las normas de validez y la responsabilidad precontractual se basen en el mismo principio equitativo, y concurren ambas en la búsqueda de la justicia sustancial, se trata de remedios claramente diferentes. Es más, respondiendo el auge de la responsabilidad precontractual a un mayor énfasis en la buena fe en las relaciones contractuales, y, por lo tanto, a la idea de justicia sustancial y no formal, la propia configuración de tal doctrina demuestra que no se ha retornado a la identificación, propia de todo dogma, entre negocio válido y negocio justo. Es decir, *la necesidad de la responsabilidad precontractual demuestra que la aplicación de las normas de validez no asegura la realización de la justicia sustantiva adecuada a la buena fe de ambas partes*. Ni toda mala fe precontractual tiene que implicar la invalidez del negocio, ni la validez del negocio implica la existencia de buena fe en ambas partes y la ausencia de una responsabilidad precontractual. Son remedios paralelos, autónomos, pero *complementarios*, cada uno con su propio régimen jurídico» (cursiva del original, pp. 133-135).

g) «Reconociendo sus límites, y su propia evolución, optamos [ROJO AJURIA] por dar sentido a una interpretación actual de los artículos 1269 y 1270 (1265, 1300, etc...) Cc. Y, por todo lo dicho, creemos [ROJO AJURIA] que cabe seguir diferenciando plenamente entre dos regímenes jurídicos distintos: el de las normas de validez y el de las normas de responsabilidad» (pp. 135-136).

h) «La *autonomía de las acciones de nulidad y responsabilidad*, además de las posibles combinaciones y consecuencias procesales que conlleva, supone la aplicación de dos regímenes jurídicos distintos. [...] A nosotros [ROJO AJURIA] nos basta constatar que son dos *reglamentaciones jurídicas diferentes*, y autónomas, aunque se apliquen a un mismo supuesto, [...]» (cursiva del original; pp. 138-139).

de resarcimiento, las cuales pueden ser ejercitadas, conjunta o independientemente, y sin que la posibilidad de resolución excluya la de exigir el resarcimiento, ni el hecho de ejercitar aquélla impida además, cumulativamente, el ejercicio de ésta» (cursiva mía)⁹⁷². No obstante, De Cossío y Corral reconoce que, «[c]iertamente que no es lo mismo la resolución de un contrato bilateral [,] que el incumplimiento de las obligaciones en él pactadas determina, y la anulación de un contrato por estar viciado el consentimiento; pero cierto también que las consecuencias en uno y en otro caso serán las mismas: la ineficacia del contrato, no existiendo razón alguna que aconseje dar una solución diferente a dos supuestos que, aunque diferentes en sus fundamentos, se dirigen a una misma finalidad» (cursiva mía)⁹⁷³.

[A] *Ahora bien, De Cossío y Corral se ocupa específicamente de negar que la víctima del dolo, que haya ejercitado la acción de indemnización de daños y perjuicios derivados del contrato, e indemnización que le haya sido concedido, pueda luego ejercitar la acción de anulación del contrato:*

«Cuestión distinta es la que suscita el ejercicio previo de la acción de daños y perjuicios: ¿habiéndose dado lugar a ésta, se podrá después exigir la anulación del contrato? A nuestro juicio [De Cossío y Corral], si al pedirse los daños y perjuicios derivados del contrato concluído por inducción dolosa, se dió lugar a una indemnización que los comprendía todos, habrá de entenderse que el perju-

⁹⁷² DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 367.

⁹⁷³ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 367. Como apunto en el cuerpo del texto, DE COSSÍO Y CORRAL ofrece más razones, que justifican que la anulación del contrato y la indemnización de los daños y perjuicios sean dos acciones distintas e independientes (vid. *supra*, nota 970):

a) «Por otra parte, si no se reconociese esta posibilidad de exigir el resarcimiento con independencia de la anulación, tendríamos que carecerían de sentido todas las complejas cuestiones suscitadas por la existencia de dolo en los contratos, ya que, en todo caso, sería suficiente una mera aplicación de la teoría del error, con el que tal finalidad podría ser con mayor facilidad conseguida, y quedaría en plena impunidad el acto doloso, ya que si bien se privaría al autor del engaño de su ilícita ganancia, se haría gravitar sobre la víctima todos los daños y perjuicios, dándose la incongruencia de que cuando el dolo fuese meramente incidental, sería posible la indemnización, y no en cambio cuando tuviese la mayor gravedad y trascendencia que supone el dolo causante. Lo mismo podemos afirmar cuando ha mediado dolo de un tercero: contra este tercero podría en todo caso instarse el resarcimiento, con lo que siendo la situación prácticamente la misma, los resultados serían totalmente diferentes. Finalmente, aunque la cuestión fuese dudosa, que no lo es a nuestro juicio [DE COSSÍO Y CORRAL], la duda no debería nunca resolverse a favor de la parte culpable, porque ello sería contrario a los más elementales principios de justicia./ No es válido, a nuestro parecer [DE COSSÍO Y CORRAL], el argumento de que resuelto el contrato, o anulado, quedan salvados los perjuicios que se hubieren podido causar, porque esto ocurrirá en muchas ocasiones, pero no en todas; en definitiva, si así fuese, no procedería la indemnización, pero no porque ambas acciones fuesen incompatibles, sino porque faltaría uno de los supuestos de la indemnización: la existencia de un daño indemnizable» (pp. 367-368).

b) «[E]l dolo, además de la anulabilidad, e independientemente de ella, determina una obligación de resarcimiento por parte del agente, en cuanto constituye un delito civil, y, como luego veremos, aunque de esta obligación se habla sólo en el Código cuando de dolo incidental se trata [art. 1270.II CC], una recta interpretación de la ley exige la misma consecuencia, y con mayor motivo cuando se trata de dolo causante» (p. 320).

dicado no podría en modo alguno pedir después la anulación, y que si lo hiciese, el autor del dolo podría siempre oponer a su vez la excepción de dolo, pues dolo sería en tal supuesto exigir la indemnización sobre la base de la totalidad de los daños producidos por la celebración del contrato, y luego la resolución de éste; ello equivaldría a ir contra sus propios actos el actor en el segundo procedimiento, ya que el primero implicaría una renuncia a la acción de impugnación.

En este punto interesa distinguir entre los daños producidos por el contrato, y los daños causados por la anulación del contrato o ineficacia del mismo; si se solicitan los primeros [los daños producidos por el contrato], no cabe luego la impugnación; solicitada ésta [la impugnación], en cambio, es perfectamente posible los segundos [los daños causados por la anulación del contrato]. Es decir, que el contenido de la responsabilidad es distinto en cada uno de estos casos: en el primero [los daños producidos por el contrato], se extiende al llamado interés contractual positivo, y en el segundo [los daños causados por la anulación del contrato] únicamente abarca el interés contractual negativo. [...].

Por lo tanto, la reclamación del interés positivo del contrato supone una confirmación del contrato anulable. Y ello no sólo en el supuesto de dolo causante, sino también cuando el dolo es de tercero: ejercitada contra éste la acción de dolo en los términos indicados, se entiende realizado un acto de confirmación y, por lo tanto, no es posible ya solicitar la nulidad, pues el defecto del contrato ha quedado subsanado al producirse el resarcimiento»⁹⁷⁴.

b) *Otros autores prefieren argumentar con el artículo 1270.II CC las distintas opciones de la víctima del dolo, en lo que se refiere a la anulación del contrato y la indemnización de daños y perjuicios*⁹⁷⁵. Por ejemplo, Morales Moreno explica que «[l]a manera de expresarse el art. 1270 [II CC] («el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios») no significa que la indemnización sea un efecto *exclusivo* del dolo incidental, *sino* más bien que es el único *efecto* admitido en esta forma de dolo» y de ahí, la posibilidad (opción) de «que el contratante que ha padecido el dolo causal no impugne el contrato, porque le convenga más mantenerlo o porque haya transcurrido el plazo correspondiente, pero exija indemnización», y «[t]ambién [al contratante que ha padecido el dolo causal,] le cabe pedir la indemnización, además de la anulación del contrato, en la medida que lo justifique la satisfacción de su interés» (cursiva del original)⁹⁷⁶.

Con anterioridad a Morales Moreno, Alonso Pérez, que se refiere al artículo 1270.II CC, admite la acumulación entre las acciones de anulación e

⁹⁷⁴ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) pp. 368-369. *Vid.* además MORALES MORENO (1993a) p. 434.

⁹⁷⁵ *Ahora bien, advierto*, que además del argumento de DE COSSÍO Y CORRAL de la aplicación analógica del artículo 1124 CC [que expongo en el cuerpo del texto, en este [119], a)], DE COSSÍO Y CORRAL también señala el argumento del artículo 1270.II CC [*vid. supra*, nota 973 b)].

⁹⁷⁶ MORALES MORENO, *ADC* (1982) p. 603; continúa: «No es posible establecer, por tanto, una absoluta contraposición entre el dolo causal y el dolo incidental».

indemnización de daños y perjuicios⁹⁷⁷. *Con posterioridad a Morales Moreno*, por ejemplo, Gómez Calle apunta, que «[e]l hecho de que el Cc [art. 1270.II] haya establecido expresamente en este caso [de dolo incidental] –y no en el de dolo causal– la obligación de indemnizar suscita la cuestión de *si la pretensión indemnizatoria del art. 1270.II puede hacerse valer también en las hipótesis de dolo causal*» (cursiva del original), a lo que responde que «[c]omúnmente se admite que sí», lo que «se explica, de un lado, por una interpretación literal: en dicho precepto, el adverbio «sólo» va referido al verbo «obliga» y no al sujeto «dolo incidental»; pero, además, porque si un dolo menos trascendente –como es el incidental– sirve para imputar responsabilidad, con mayor razón habrá de producir tal efecto el que lo es más –el causal–»⁹⁷⁸. Para el dolo unilateral, Fuenteseca considera que «[l]o que pretende el art. 1270. 2.º C.c. es apuntar la posibilidad de simultanear la acción de anulabilidad con la reclamación de reparación de daños y perjuicios causados por una conducta contractual dolosa con ocasión de la celebración de un negocio»⁹⁷⁹.

[A] *De Verda y Beamonte critica el apoyo justificativo del artículo 1270.II CC.* Para este autor, no es «necesario (en orden a fundamentar dicha responsabilidad [precontractual por dolo grave]) recurrir a una interpretación extensiva del art. 1270.II CC, el cual, expresamente, se refiere, tan sólo, al dolo incidental»⁹⁸⁰ [adelanto y advierto, que De Verda y Beamonte fundamenta la responsabilidad precontractual en el art. 1902 CC; al respecto *infra*, [122] b)]. Para De Verda y Bemonte, el artículo 1270.II CC «no está concediendo una acción al «deceptor», sino que, *dada la sede donde se ubica (vicios del consentimiento), tiene como única finalidad la de delimitar negativamente el concepto de dolo-vicio*», y «[p]or ello, pienso [De Verda y Beamonte] que no hay por qué pensar que la acción para hacer efectiva la responsabilidad precontractual del «deceptor» tiene su fundamento jurídico en el art. 1270.II CC, *pudiéndose llegar a la conclusión de*

⁹⁷⁷ Según ALONSO PÉREZ, «[e]l dolo, como maquinación fraudulenta que puede perjudicar, causar un daño a la otra parte contratante en la etapa preparatoria, engendra la obligación precontractual de resarcir, al amparo del artículo 1270, ap. 2.º, del Código civil. Si la maniobra dolosa provocó el consentimiento, procedería la acción de anulabilidad, mas también la de rescimiento por los daños que las maquinaciones previas al consentimiento originaron en la contraparte» [RCDI (1971) p. 916].

⁹⁷⁸ GÓMEZ CALLE (1994) pp. 43-44; continúa: «no cabe olvidar que la anulabilidad que éste [el dolo causal] determina puede no bastar para reparar los perjuicios que pueda haber padecido la víctima del dolo./ De este modo, la víctima de cualquier tipo de dolo (causal o incidental) puede exigir la reparación de los daños que haya sufrido a consecuencia del mismo ejercitando la acción indemnizatoria prevista en el art. 1270.II»; *vid. además* p. 43.

⁹⁷⁹ FUENTESECA (2002) p. 110 (*vid. supra*, nota 468, en donde transcribo lo que ahora reproduzco en el cuerpo del texto, dentro de una transcripción más amplia), pero *vid.* hasta p. 117. Con anterioridad y de modo genérico, según FUENTESECA: «[c]oncluyendo, la culpa *in contrahendo* se extiende sobre los daños causados negligentemente mientras que el dolo se caracteriza, principalmente, por constituir un vicio de la voluntad. Si, además, surge algún resultado dañoso derivado del comportamiento doloso, también aparecerá la correspondientes responsabilidad, pero por daño doloso que no culposo» (p. 98).

⁹⁸⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, CCJC (2007) p. 1326.

que su función [la del art. 1270.II CC] es, tan sólo, la de excluir la relevancia invalidante del «dolus incidens»» (cursiva mía)⁹⁸¹.

B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo

[120] A propósito de la relación entre la acción de anulación por dolo y la de indemnización de daños y perjuicios (esto es, sobre las posibles opciones), voy a ocuparme, *por ejemplo*, de las STS, 1.^a, 18.01.2007 y STS, 1.^a, 24.04.2009.

La STS, 1.^a, 18.01.2007 es muy conocida y de obligada cita, con independencia de las críticas que pueden hacerse, como después expongo. *En cuanto al caso*, el mismo se enjuicia como incumplimiento contractual doloso. Un acreedor (primera sociedad) cede el 03.03.1993 un crédito a una segunda sociedad, la cual nunca hizo su pago, siendo el deudor cedido otra sociedad (tercera sociedad) y, poco más tarde, concretamente el 24.09.1993, la segunda sociedad vende un inmueble a una cuarta sociedad quedando descapitalizada la segunda sociedad (las sociedades segunda, tercera y cuarta están entre sí vinculadas). El acreedor (primera sociedad) pide que la cesión del crédito se declare hecha en fraude de acreedor por dolo del cesionario (segunda sociedad) y del deudor cedido (tercera sociedad) y que, la posterior transmisión patrimonial del inmueble también se declare hecha en fraude de sus derechos, pidiendo la condena solidaria de las segunda, tercera y cuarta sociedad y de sus administradores al pago de cierta cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Se condena al pago de la indemnización.

Según el Tribunal Supremo, «[n]o se pide la nulidad de ningún negocio jurídico, ni se ejercita la acción rescisoria por fraude de acreedores, ni se reclama el pago de aquella cesión del crédito» (FD 1.º)⁹⁸², y en lo que me interesa,

⁹⁸¹ DE VERDA Y BEAMONTE, *CCJC* (2007) p. 1326.

⁹⁸² LYCZKOWSKA, y CARRASCO PERERA destacan de la STS, 1.^a, 18.01.2007, que el deudor había *incumplido* dolosamente, y critican que se confunda el dolo en el incumplimiento y el dolo en la formación del contrato. Dicen respectivamente:

a) Según LYCZKOWSKA, «[h]ay resoluciones que confunden los conceptos de dolo, como por ejemplo, la STS de 18 de enero de 2007 [...] en la que estamos en presencia de varios contratos celebrados en fraude del acreedor, una sociedad de *leasing*, cuyo crédito acaba frustrado porque su deudora queda descapitalizada, debido a las operaciones llevadas a cabo entre las sociedades del grupo. El demandante alega que las operaciones han sido concluidas con fraude, pero no pide su rescisión ni nulidad, sino responsabilidad solidaria de las tres sociedades por la deuda, aunque lo que procedería ejercitar en este caso es la acción rescisoria del artículo 1291 CC. La sentencia evidentemente confunde el concepto de deudor que dolosamente incumple con el dolo *in contrahendo*, tal vez debido a la demanda defectuosa. El Tribunal baraja la opción de nulidad de contratos que habría sido concedida si se hubiera pedido, para finalmente conferir en su defecto la indemnización de daños y perjuicios ex 1107 CC, calificando al deudor como doloso» [ADC (2009) pp. 450-451].

b) Según CARRASCO PERERA, «[h]ay otras acepciones del término *dolo* en el ámbito del Derecho de contratos. El dolo como *incumplimiento voluntario del contrato* (art. 1102 CC) es sistemáticamente diver-

el Tribunal Supremo reconoce expresamente a la víctima del dolo las opciones de *anular el contrato junto con la exigencia de la indemnización de daños y perjuicios* (primera opción), la de *solo exigir la indemnización de daños y perjuicios, sin la anulación del contrato* (segunda opción) y la de *solo anular el contrato, sin exigir indemnización de daños y perjuicios* (tercera opción). Para ello, el Tribunal Supremo *argumenta que* no hay una norma que excluya lo anterior y *que*, para el remedio de la resolución por incumplimiento así lo admite el artículo 1124 CC (párrafo II, primera regla). Resulta claro y evidente que el Tribunal Supremo recoge algunos de los argumentos que en su día (en 1955) ofreció De Cossío y Corral y que expuse *supra*, [119] a)⁹⁸³. *Sobre el recurso argumentativo del artículo 1124 CC utilizado por el Tribunal Supremo*, García Rubio y Otero Crespo lo consideran «discutible [...], existiendo otras posibilidades como la interpretación extensiva del art. 1270.2 CC», si bien admiten «que la respuesta dada en la sentencia [STS, 1.ª, 18.01.2007] es [...] adecuada»⁹⁸⁴. Además de lo hasta ahora señalado, el Tribunal Supremo afirma que es la *primera vez* que en la jurisprudencia se plantea la cuestión del ejercicio de las acciones por dolo, cuestión conocida por los autores desde hacía poco más de medio siglo. Esto último es para Díez-Picazo y Ponce de León *afirmación dudosa* y señala que «[n]o es fácil saber si es verdad o no que lo anotado [en dicha STS, 1.ª, 18.01.2007] es [sea] la primera sentencia del Tribunal Supremo en que el tribunal afronta el problema de las acciones deri-

so del dolo causante de un vicio de la voluntad. Hay también un *dolo como mala fe* en el ejercicio de los derechos (contractuales), que se fundamenta en el art. 7 CC, y que sólo comparte con el dolo del art. 1269 CC el desvalor de la conducta. Mas ni el dolo del art. 1102 CC ni la mala fe del art. 7 CC se definen como «engaño». Si el engaño (o reticencia dolosa) se produce después de que el contrato haya sido perfeccionado, pero antes de que se consume (por formalización de la escritura, por ejemplo), porque sólo en el tiempo intermedio ha llegado a tener el contratante un conocimiento del vicio o defecto de la cosa, el contrato no podrá ser anulado por dolo, y éste sólo podrá ser relevante, en su caso, como dolo de incumplimiento del art. 1102 CC o como abuso de derecho del art. 7 CC. Por eso, no se puede concluir la inexistencia de dolo en el incumplimiento del hecho probado de que el deudor no hubiere incurrido en dolo precontractual. Pero nuestra jurisprudencia parece actuar con una comprensión ubicua e indiferenciada del dolo. De esta forma se ha querido tratar como un supuesto de nulidad por dolo una hipótesis como la resuelta en la STS 18 enero 2007 [...], que es un caso claro de incumplimiento del contrato. Lo que el actor solicitaba era una indemnización de daños, pero no la indemnización de daños compatible, como cree el TS, con una acción de nulidad por dolo, sino la de responsabilidad contractual simple del art. 1107 CC» [(2021) 8/4, pp. 375-376].

⁹⁸³ Ya lo destacó Díez-Picazo y Ponce de León: «La misma sentencia [STS, 1.ª, 18.01.2007] alude, sin embargo, a tratamientos doctrinales de esta materia, que en general, son bastantes antiguos y se refiere, sin duda, al primero de ellos que se encuentra en el libro de Alfonso de Cossío *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955» [ADC (2009) p. 1044].

⁹⁸⁴ GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO, *InDret* (2010) p. 47; además, GARCÍA RUBIO (2022a) nota 84 de pp. 382-383.

vadas del dolo civil»⁹⁸⁵. Por su parte, De Verda y Beamonte considera que tal «declaración» de la *STS, 1.ª, 18.01.2007* debe *matizarse*, «pues la jurisprudencia española ya *había admitido* que quien demandara la anulación del contrato por dolo grave pudiese, *además*, pedir la reparación de los daños que no estuvieran cubiertos por la restitución recíproca de las prestaciones, aneja a la sentencia de anulación» (cursiva mía), citando, y comentando al respecto, un conjunto de sentencias⁹⁸⁶. Para De Verda y Beamonte, lo «*novedoso*» de esta

⁹⁸⁵ a) Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *ADC* (2009) p. 1044.

b) Con apoyo en Díez-Picazo y Ponce de León, GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO apuntan que «con alguna exageración afirma [el Tribunal Supremo] que [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 dolo» [*InDret* (2010) p. 47 y nota 200; además, GARCÍA RUBIO (2022a) p. 382].

⁹⁸⁶ a) DE VERDA Y BEAMONTE, *CCJC* (2007) p. 1323. En cuanto al conjunto de sentencias que cita y comenta (pp. 1323-1325):

a.1) *Para el Tribunal Supremo*, DE VERDA Y BEAMONTE se refiere a las siguientes:

a.1.1) *STS 28.10.1974*, sobre la que apunta que se estima que hubo causa ilícita (inexistencia del contrato; venta de local abuhardillado como habitable, uso que estaba prohibido), no analizándose «los motivos en los que el recurrente denunciaba aplicación o interpretación errónea de los arts. 1266, 1269 y 1270 CC «porque estimada la existencia de causa ilícita en el contrato, la concurrencia de dolo en el vendedor y error in substancia en el comprador resulta inoperante a efectos del fallo»» (p. 1323).

a.1.2) *STS 26.10.1981*, sobre la compraventa de todas las acciones de una sociedad en cuyo patrimonio aparecía una porción de monte que no era suyo por ser monte público y en la que se confirma la anulación del contrato de la sentencia recurrida, y «al mismo tiempo, la Audiencia había condenado a la entidad vendedora a indemnizar al comprador daños y perjuicios (según parece deducirse de la lectura del considerando undécimo de la sentencia del Supremo, con apoyo en los arts. 1101, 1102 y 1107 CC)» (p. 1324, *vid.* desde p. 1323; extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias y me ocupo de ella, *supra*, [80] [B]).

a.1.3) *STS 01.10.1986*, en la que el vendedor silencia que parte de la finca se destinaba, según plan urbanístico, a Centro de Enseñanza General Básica y se considera que hubo dolo, además de que se confirmó «la sentencia recurrida, la cual había condenado al vendedor a la devolución de parte del precio percibido con el abono de los intereses legales «en calidad de daños y perjuicios» (aunque, más bien parece que dicha indemnización de daños y perjuicios no es otra cosa que el efecto restitutorio recíproco de las prestaciones «ex» art. 1303 CC)» (p. 1324; extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias y me ocupo de ella *supra*, [34] [B]).

a.2) *Para los Tribunales Superiores de Justicia*, la *STSJ Navarra 23.06.1992* (compraventa de una granja, ocultando el vendedor la grave enfermedad de los animales) que confirma la anulación por dolo del contrato y condena al vendedor «al pago del importe del vaciado sanitario efectuado por el comprador (3.400.000 ptas.), así como al pago del daño, constituido por el lucro cesante» cifrado en 13.246.628 pesetas. Apunta DE VERDA Y BEAMONTE que el Tribunal «declara [...] expresamente» y «frente a lo postulado por el recurrente [que] «no existe incompatibilidad de clase alguna entre ambas acciones», esto es, «entre la de anulación del contrato, y la de indemnización de daños y perjuicios»» (p. 1324).

a.3) *Para las Audiencias Provinciales*:

a.3.1) *SAP Lugo 09.12.2002* que «anuló, por dolo, el contrato de compraventa de un automóvil» (el vendedor había maliciosamente ocultado que estaba en malas condiciones, adaptado para «minusválidos»), condenándose «también al vendedor a pagar a la compradora el importe de una reparación, argumentando que la misma no la hubiese realizado, «de haber conocido la realidad del estado del turismo y la antieconomicidad de la reparación» (p. 1234; pero en p. 1235, el autor vuelve a extractar esta sentencia y añade «el importe de una reparación que, resultó tontamente antieconómica, pues ascendió a 226.840 pesetas, cuando, el precio de venta había sido de 525.000 ptas.»).

a.3.2) *SAP Orense 06.06.2003* que «anuló el contrato de compraventa de una vivienda, al considerarse doloso el comportamiento de la vendedora» (silenció el gravamen de una hipoteca y en el

STS, 1.^a, 18.01.2007 es que plantea y admite «la posibilidad de que el «deceptus» pueda *ejercitar exclusivamente, la acción de indemnización de daños y perjuicios, derivada del «dolo in contrahendo» del «deceptor», sin que, al mismo tiempo, tenga que demandar la anulación del contrato, solución esta, que me parece [De Verda y Beamonte] totalmente correcta, en cuanto que es consecuencia del carácter autónomo de la acción indemnizatoria» (cursiva mía)⁹⁸⁷.*

contrato se decía que estaba libre de cargas), confirmándose «la condena de la vendedora a satisfacer a los compradores, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, los gastos de pintura y de mudanza, que resultaron inútiles tras la anulación, y, así mismo, la cantidad de 3.005,06 euros por daño moral» (p. 1324).

Vid. también, DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) pp. 65-66.

b) *Con anterioridad* a De Verda y Beamonte, otros autores también destacan que el Tribunal Supremo admite el ejercicio *conjunto* de la anulación del contrato por dolo y la indemnización de daños y perjuicios. *Por ejemplo*:

b.1) ASÚA GONZÁLEZ informa que «[e]n [los] supuestos de anulación por dolo es cuando se producen con mayor asiduidad las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios junto con la acción de anulación» (p. 268). La autora se refiere a las *SSTS 04.12.1956, 16.11.1967, 28.10.1974, 18.08.1988*, en las «que, habiéndose declarado la nulidad por dolo en la primera instancia o en apelación, se concedió al mismo tiempo una indemnización de daños, criterio que fue confirmado sin especiales pronunciamientos por el Tribunal Supremo» y, «[e]n las cuatro ocasiones se solicitaba la reparación de gastos (daño emergente, si bien en las tres últimas su fijación definitiva quedó para el periodo de ejecución de sentencia)» (p. 269). ASÚA GONZÁLEZ también comenta, a distintos efectos, las *SSTS 31.05.1921, 26.10.1981 y 18.06.1955* (pp. 268-269). Todas las citas de (1989).

b.2) ROJO AJURIA expone que «[l]a jurisprudencia española, tal como ha señalado Asúa [apellido, mayúsculas en el original], reconoce la existencia de dos acciones en caso de invalidez contractual: la acción de anulación y la de resarcimiento. Aunque también se puede dar en supuestos de error, el dolo vicio es el caso más claro en el que se podrán plantear simultáneamente ambas acciones. Recordemos que la sentencia de 31 de mayo de 1921 planteaba el problema, pero, al pretender el demandante la indemnización por la vía de la acción restitutoria (art. 1306), la solución no era posible. Pero sentencias posteriores han admitido la indemnización de daños y perjuicios causados por la anulación del contrato por dolo vicio», y cita y comenta al respecto las «sentencia de 4 de diciembre de 1956 [...] [me ocupo de ella *supra*, [73] [A]] sentencia 18 de junio de 1955 [...] [me ocupo de ella *supra*, [72] [A]] sentencia de 28 de octubre de 1974 [...] / [...] sentencia de 26 de octubre de 1981 [...] sentencia de 1 de octubre de 1986 [...], y [...] sentencia de 18 de julio de 1988» [(1994) pp. 136-137; de las tres últimas sentencias me ocupo, respectivamente, *supra*, [80] [B], [34] [B], y nota 499 b)].

Vid. además GÓMEZ CALLE (1994) pp. 45-46.

c) La STS, 1.^a, 02.03.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares) es otro ejemplo de sentencia en la que se estima las acciones de anulación del contrato e indemnización de daños y perjuicios; me ocupo de ella, *infra*, nota 1101 b).

⁹⁸⁷ a) DE VERDA Y BEAMONTE, *CCJC* (2007) p. 1325.

b) Y en 2014, ASÚA GONZÁLEZ entiende: «Entre nosotros [Código civil] también podría existir responsabilidad a cargo de quien conocía o debía conocer una causa de nulidad del contrato o de quien ha actuado dolosamente o motivado el error si el contrato resulta anulado. Ello parte de la *indiscutida compatibilidad entre las normas de responsabilidad civil y las relativas a la validez*. Exageraba la STS de 18 de enero de 2007 cuando venía a considerar entonces pendiente en la jurisprudencia la cuestión de la compatibilidad de la acción de anulación y de la indemnización de daños y perjuicios (su favorable declaración a ese respecto era, por otra parte, *obiter dictum* pues en el caso no se había producido la anulación). La invalidez y la indemnización ya eran reconocidas hace décadas como posibilidad conjunta en casos no solo de anulación por dolo sino también por error» [cursiva del original; (2014) pp.159-160].

En cuanto a la segunda sentencia, la *STS, 1.ª, 24.04.2009*, un socio minoritario y miembro del Consejo de Administración de la sociedad, tras diversas discrepancias y reuniones con la familia que tenía la mayoría de las acciones de la sociedad y después de acceder a la información que se le facilitó (Balance cerrado a 31.12.1987) vende en 1988 sus acciones a la hija del Presidente, la cual adquiere a través de un hermano suyo como mandatario y por el precio de 16.680 pesetas/acción. Cuatro meses después, la familia vende las acciones (93,29 %) a 27.372 pesetas/acción y cuatro años después (en 1992) vende el resto de acciones a 40.529 pesetas/acción. En 2002, luego, casi catorce años desde la venta de sus acciones por el socio minoritario (recuerdo, se hizo en 1988), el socio minoritario demanda a la compradora y pide que le indemnice los daños y perjuicio en cuantía que fija, pues, a su entender, la compradora actuó con dolo (ocultación de una oferta de compra y de las negociaciones que se llevaban a cabo con la empresa a la que luego la familia vendió las acciones). Con lo expuesto, se evidencia un primer problema, si la acción ejercitada por el vendedor había o no caducado/prescrito. En primera instancia se entiende que sí, por considerarse que el vendedor ejercita la anulación del contrato (art. 1301 CC) con apoyo en los artículos 1269 y 1270 CC y de sobra, han transcurrido los cuatro años. En segunda instancia, si bien también se considera prescrita la acción del socio minoritario, se entiende que el problema es de tratos preliminares y que el vendedor reclama una responsabilidad precontractual (o por culpa *in contrahendo*) a la que se aplica la responsabilidad extracontractual (y el plazo del año del art. 1968.2.º CC había transcurrido); asimismo se considera que se ejercita la acción de nulidad del artículo 1301 CC. Por su parte, el Tribunal Supremo considera no aplicables los artículos 1968.2.º y 1301 CC, y que el dolo es acto ilícito que obliga a indemnizar daños y perjuicios (dolo *in contrahendo*), acción contractual que se rige por el artículo 1964 CC (en aquel entonces, disponiendo un plazo de quince años). El Tribunal Supremo afirma que la acción indemnizatoria es distinta de la anulación del contrato, acciones estas que pueden ejercitarse conjunta o separadamente. Entre las sentencias que al respecto cita el Tribunal Supremo, está la antes mencionada *STS, 1.ª, 18.01.2007*. Además, en esta *STS, 1.ª, 24.04.2009* se precisa que *la acción restitutoria derivada de la anulación del contrato* «que, a efectos prácticos, podría producir los efectos de una acción de responsabilidad [...; cfr. art. 1307 CC] *no es una acción de reparación de daños*» (cursiva mía). *En cuanto al caso, el Tribunal Supremo considera que no hubo dolo omisivo de la compradora* (pues, al vendedor le era imputable un defecto de autoinformación; *supra*, [55] [C.2] doy cuenta de esta sentencia, a efectos de la no obligación de informar al otro contratante).

Procedo a la exposición de las dos señaladas sentencias.

[A] *La STS, 1.ª, 18.01.2007 (Pte. Excmo Sr. D. Xabier O'Callaghan Muñoz)*

[A.1] En esta ocasión expongo los hechos, según los extracta Díez-Picazo y Ponce de León, completados con algún apunte mío en las oportunas notas a pie de página:

«El demandante era una sociedad llamada Infoleasing, Sociedad de Arrendamiento Financiero, S.A., que había sido declarada en suspensión de pagos el 17 de enero de 1992. En el expediente se incluyó como acreedor preferente con derecho de abstención a tal sociedad por un crédito del que era titular frente a otra sociedad llamada Juguetes Feber. La sociedad de leasing cedió este crédito por su importe nominal a Comercial Roiffer, que tenía contraída una deuda con Juguetes Feber, aportó el crédito mencionado y lo compensó con su deuda en marzo de 1993. Por otra parte, Comercial Roiffer por las mismas fechas vendió a Creatividad y Diseño, S.A. una nave industrial que tenía arrendada a Juguetes Feber. Como consecuencia de ello se produjo una descapitalización de las sociedades demandadas todas ellas enlazadas entre sí y gobernadas por los mismos administradores.

La sociedad de *leasing* presentó demanda contra las tres sociedades mencionadas y contra los administradores, pidiendo que se declarara que la cesión del crédito había sido realizada en fraude de sus derechos y con dolo. De ello eran responsables las personas jurídicas y físicas demandadas y se pedía la condena de todos los demandados a abonarle, solidariamente, la mencionada cantidad⁹⁸⁸. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda⁹⁸⁹. La Sentencia

⁹⁸⁸ En concreto, lo que *Infoleasing, Sociedad de Arrendamiento financiero* demanda contra Juan Enrique, Jose Ramón, David, Teresa, Diana, *Juguetes Feber, S.A., Comercial Roiffer y Creatividad y Diseño, S.A.* es: «1.º Declarar que el contrato suscrito por las sociedades Infoleasing, S.A.F., S.A. y Comercial Roiffer, S.A. sobre la cesión del crédito mantenido por la primera frente a la mercantil Juguetes Feber, S.A. por importe de 37.318.191 pesetas, [...], ha sido otorgado en fraude de Infoleasing, S.A.F., S.A. con consecuencia del dolo empleado por la entidad cesionaria del crédito (Comercial Roiffer, S.A.) y la obligada al pago del mismo (Juguetes Feber, S.A.). 2.º Declarar que la transmisión efectuada por parte de Comercial Roiffer, S.A. a favor de Creatividad y Diseño, S.A. de la totalidad de su patrimonio, mediante escritura de fecha 24 de septiembre de 1993, se ha efectuado en fraude de los derechos de Infoleasing, S.A.F., S.A. como acreedora de Comercial Roiffer. 3.º Declarar que [...] Juan Enrique, [...] Jose Ramón, [...] David, [...] Teresa y [...] Diana son responsables directos de tales actuaciones dolosas, en su calidad de administradores de las sociedades demandadas Juguetes Feber, S.A., Comercial Roiffer, S.A. y Creatividad y Diseño, S.A. 4.º Condenar a Juguetes Feber, S.A., Comercial Roiffer, S.A., Creatividad y Diseño, S.A., [...] Juan Enrique, [...] Jose Ramón, [...] David, [...] Teresa y [...] Diana a estar y pasar por las anteriores declaraciones. 5.º Condenar solidariamente a todos los demandados a pagar a Infoleasing, S.A.F., S.A. la cantidad de 37.318.191 pesetas, más los intereses devengados por la misma desde el día 17 de enero de 1992 al tipo del 2% mensual, como indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la demandante por las actuaciones descritas en los tres primeros pronunciamientos de este suplico de la demanda. 6.º [...]» (cursiva mía; AH 1.º1).

⁹⁸⁹ El fallo de primera instancia es: «Que estimando como estimo en su integridad la demanda formulada por Infoleasing [...] contra [...] Juan Enrique, [...] Jose Ramón, David, [...] Teresa, [...] Diana, Juguetes Feber, S.A., Comercial Roiffer, S.A. y Creatividad y Diseño, S.A. [...], debo declarar y declarar: 1.º Que el contrato suscrito el 3 de marzo de 1993 por la sociedades Infoleasing, S.A.F., S.A. y Comercial Roiffer, S.A. sobre la cesión del crédito mantenido por la primera frente a la mercantil Juguetes

de la Audiencia Provincial de Madrid consideró que, en efecto, existía un entramado urdido por los demandados para perjudicar el crédito del demandante, pero que no se había declarado nulidad alguna, por lo que revocó la sentencia del juzgado y desestimó la demanda⁹⁹⁰. El recurso de casación lo propuso la sociedad de *leasing*⁹⁹¹ y el Tribunal Supremo declaró lugar al mismo⁹⁹², pues en la segunda instancia solo se había condenado al pago de intereses y no al pago de la cantidad principal, condenándose también al pago de ese principal y confirmándose el fallo de la sentencia de primera instancia.

Feber, S.A. por importe de 37.318.191 pesetas, [...], ha sido otorgado en fraude de Infoleasing, S.A.F., S.A. con consecuencia del dolo empleado por la entidad cesionaria del crédito, que lo fue Comercial Roiffer, S.A., y la entidad obligada al pago del mismo, que lo fue Juguetes Feber, S.A. 2.º- Que la transmisión efectuada por parte de Comercial Roiffer, S.A. a favor de Creatividad y Diseño, S.A. mediante escritura de fecha 24 de septiembre de 1993 se ha efectuado en fraude de los derechos de la actora como acreedora de Comercial Roiffer, S.A. siendo responsables directos de tales actuaciones dolosas descritas, en su cualidad de administradores de las tres sociedades demandadas, los hermanos Juan Enrique, [...] Jose Ramón, [...] David, [...] Teresa y [...] Diana. 3.º- Por todo lo cual debo condenar y condeno a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, así como al pago de modo solidario en favor de Infoleasing, S.A.F., S.A. de la cantidad de 37.318.191 pesetas, más los intereses devengados desde el día 17 de enero de 1992 al tipo del 2% mensual, como indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la demandante por las actuaciones descritas en los apartados 1 y 2 de esta parte dispositiva. [...]» (AH 1.º3).

⁹⁹⁰ El fallo de segunda instancia es: «Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por [...] Juguetes Feber, S.A., Comercial Roiffer, S.A., Creatividad y Diseño, S.A., [...] Juan Enrique, [...] Jose Ramón, [...] David, [...] Teresa y [...] Diana [...] debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, y, en su lugar desestimando la demanda interpuesta por Infoleasing, S.A.F., S.A. hoy Leasing Cataluña, Establecimiento de Crédito, S.A., contra la codemandada Creatividad y Diseño, S.A., debemos absolver y absolvemos a dicha demandada, [...]. Al mismo tiempo, estimando en parte la demanda interpuesta por Infoleasing, S.A.F., S.A. hoy Leasing Cataluña, Establecimiento de Crédito, S.A., contra los codemandados Juguetes Feber, S.A., Comercial Roiffer, S.A., [...] Juan Enrique, [...] Jose Ramón, [...] David, [...] Teresa y [...] Diana, debemos declarar y declaramos. 1.º Que el contrato suscrito por las sociedades Infoleasing, S.A.F., S.A. hoy Leasing Cataluña, Establecimiento de Crédito, S.A. y Comercial Roiffer, S.A. sobre cesión de crédito mantenido por la primera frente a la mercantil Juguetes Feber, S.A. por un importe de 37.318.191 pesetas, [...] ha sido otorgado en fraude de Infoleasing, S.A.F., S.A. hoy Leasing Cataluña, Establecimiento de Crédito, S.A. como consecuencia de el [sic] dolo empleado por la entidad cesionaria del crédito (Comercial Roiffer, S.A.) y la obligada al pago del mismo (Juguetes Feber, S.A.). 2.º- Que los demandados [...] Juan Enrique, [...] Jose Ramón, [...] David, [...] Teresa y [...] Diana son responsables directos de tales actuaciones dolosas, en su cualidad de administradores de las sociedades demandadas Juguetes Feber, S.A., Comercial Roiffer, S.A. 3.º- Por todo lo cual debemos condenar y condenamos a Juguetes Feber, S.A., Comercial Roiffer, S.A., [...] Juan Enrique, [...] Jose Ramón, [...] David, [...] Teresa y [...] Diana, a estar y pasar por las anteriores declaraciones, así como a pagar solidariamente, a Infoleasing, S.A.F., S.A. hoy Leasing Cataluña, Establecimiento de Crédito, S.A. en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la suma que resulte de aplicar el interés legal del dinero a las siguientes cantidades [...], devengando la cantidad que resulte el interés legal del dinero desde la fecha de presentación de la presente demanda hasta su completo pago, [...]» (cursiva mía; AH 2.º).

⁹⁹¹ Entre otros motivos, *Leasing Cataluña Establecimiento de Crédito, S.A.* alega en su recurso de casación la «no aplicación del artículo 1106 del Código civil y la aplicación indebida del art. 1107 del Código civil» (motivo 5.º; AH 3.º).

⁹⁹² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *ADC* (2009) pp. 1043-1044; son los mismos hechos que reproduzco *infra*, en el Anexo de sentencias.

Otro extracto de los hechos de esta sentencia por LYCZKOWSKA, *ADC* (2009) pp. 420-421, que también reproduzco *infra*, en el Anexo de sentencias, nota 19.

[A.2] *Sobre qué acción ejercitó y no ejercitó* Infoleasing, Sociedad de Arrendamiento Financiero, S.A. y *qué se estima en primera y en segunda instancia*, el Tribunal Supremo aclara:

«La sociedad LEASING formuló demanda [...] y [...], conviene destacar, evitando confusiones, que se peticionan: primero, la declaración de que la cesión de crédito [...] y la venta [...] fueron realizadas en fraude de los derechos de aquella y con dolo y que son responsables las personas jurídicas y físicas demandadas y, segundo, la condena de todos ellos a abonarle, solidariamente, la mencionada cantidad. *No se pide la nulidad de ningún negocio jurídico, ni se ejercita la acción rescisoria por fraude de acreedores, ni se reclama el pago de aquella cesión del crédito. La sentencia de primera instancia estima íntegramente la demanda por el breve razonamiento, tras unas disquisiciones previas (en las que afirma que se ha ejercitado una acción de nulidad, lo que no es cierto) [...].*

La sentencia [...] de la Audiencia Provincial revoca la anterior (aparte de que afirma que no se impugna la nulidad declarada por la sentencia de primera instancia, lo que no es cierto, pues ésta estima la demanda íntegramente y no declara nulidad alguna) condenando al pago de los intereses de cantidades que fueron impagadas, pero no condena al pago de éstas [...]. Tampoco declara nulidad alguna, puesto que no se ha pedido nunca» (cursiva mía; FD 1.º)⁹⁹³.

[A.3] *Y sobre la relación y posible combinación entre la anulación del contrato y la indemnización de daños y perjuicios por dolo*, explica el Tribunal Supremo:

«Distinto es el caso del motivo quinto del recurso de casación, que sí debe ser estimado. [...] por infracción de los artículos 1106 y 1107 del Código civil que señalan la indemnización que procede en caso de incumplimiento de las obligaciones por dolo; señala esta parte recurrente [*Leasing Cataluña Establecimiento de Crédito, S.A.*] [...], que la Audiencia Provincial en su sentencia recurrida declara la realidad del fraude de los derechos de la misma y el dolo de los demandados, pero sólo condena a indemnizar los intereses, sin alcanzar el principal por la razón de la nulidad de la cesión de crédito inicial, nulidad que ni se pidió ni se declaró y que en ello, tal como se ha insistido, yerra.

⁹⁹³ En el FD 2.º de esta STS, 1.ª, 18.01.2007, el Tribunal Supremo vuelve a insistir en que no se pidió nulidad alguna: «Los cuatro primeros [motivos del recurso de casación de *Leasing, Cataluña Establecimiento de Crédito, S.A.*] estiman infringidos distintos artículos de los que en el Código civil regulan la anulabilidad del negocio jurídico [...], artículos 1300 y siguientes. *Todos ellos se desestiman en bloque, porque, referidos a la nulidad (rectius, anulabilidad) ésta no se ha declarado ni aplicado. Efectivamente, hay que insistir en que la nulidad ni la pidió la parte ni la declaró la sentencia: no hay aplicación, pues, de los artículos 1300 y siguientes. La sentencia de la Audiencia Provincial, objeto de este recurso, dice una y otra vez que la sentencia de primera instancia declara «la nulidad por dolo del contrato de cesión de crédito», que «es nulo, que es la primera pretensión de la actora», lo cual no es cierto. Atendiendo al suplico de la demanda, no se pretende nulidad alguna, sino responsabilidad derivada de dolo; atendiendo al fallo de la sentencia del juzgado no se declara nulidad alguna, sino que estima íntegramente la demanda. Por tanto, no hay aplicación ni infracción del artículo sobre nulidad»* (cursiva mía; FD 2.º; vid. el resto del FD 2.º).

Partiendo, pues, de la existencia del dolo en los dos negocios jurídicos expresados –cesión del crédito [...] y transmisión de su patrimonio [...]– quedando incumplidas las obligaciones respecto a la primera, que perdió el crédito cedido, no cobró la cesión y se descapitalizó la cesionaria, todo por la actuación dolosa de las sociedades demandadas y de las personas que ejercía[n] la administración de las mismas, procede declarar la responsabilidad de todas ellas, tal como hace la sentencia de primera instancia.

Se plantea aquí, por primera vez en la jurisprudencia, una cuestión que había presentado la doctrina hace poco más de medio siglo, que es el ejercicio de acciones derivadas del dolo. Sobre si cabe, primero, la acción de anulación de contrato y reclamación de indemnización de daños y perjuicios (acumulación de dos acciones), segundo, la acción de anulación, sin reclamación de indemnización (una sola acción) y, tercero, la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, sin ejercitar la acción de anulación (una sola acción, es el caso presente). La respuesta debe ser afirmativa, tanto porque no hay norma que excluya cualquiera de las tres posibilidades, como porque sí hay una norma aplicable a un caso similar de ineficacia, que es la resolución que contempla el artículo 1124 del Código civil, que admite como perfectamente compatibles y, al tiempo, independientes, la acción de resolución y la de resarcimiento, que pueden ser ejercitadas conjunta o independientemente, sin que la posibilidad de ineficacia excluya la indemnización, ni viceversa, ni la acumulación. En el presente caso no se ha pedido la nulidad de negocio jurídico alguno, sino se ha ejercitado la acción de indemnización de daños y perjuicios por una actuación dolosa de los demandados y tales perjuicios son la falta de posibilidad de cobro de aquel crédito que fue cedido con sus intereses.

Es decir, la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido los artículos del Código civil mencionados [arts. 1106 y 1107 CC] en el sentido de que, habiendo apreciado y declarado la existencia del dolo y habiéndose incumplido las obligaciones respecto a la entidad demandante y recurrente, fija una indemnización sin comprender la parte principal, que es el capital impagado y sólo alcanza a la accesoría, que son los intereses pactados» (cursiva mía; FD 3.º).

[B] *La STS, 1.ª, 24.04.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés)*

Reitero los hechos que expongo supra, [55] [C.2]. En síntesis, la familia Antonio posee el 58,78% del capital de una sociedad, encontrándose el resto del capital en manos de accionistas minoritarios, uno de los cuales era Marino con el 7,41% del capital (5.780 acciones) y miembro del Consejo de Administración. Tras diversas discrepancias y reuniones con la familia Antonio, se propone a Marino la compra de sus 5.780 acciones, lo que este acepta después de solicitar información sobre la situación patrimonial societaria y acceder a la información del Balance cerrado a 31.12.1987. El 06.07.1988 Marino vende su participación por 96.410.040 pesetas (16.680 pesetas por acción) a Aida (hija del Presidente de la compañía, haciendo esta la compra mediante un hermano suyo como mandatario). Cuatro meses después (el 30.11.1988), la familia Antonio vende el 93,29% del capital a una sociedad alemana a 27.372 pesetas por acción, y cuatro años después (julio de 1992) vende el resto de las acciones a 40.529 pesetas. El 06.09.1991, Marino se querrela por estafa y apropiación indebida contra

Lázaro y Jose Carlos, archivadas por sobresimiento. El 24.04.2002 Marino (vendedor) demanda a Aida (compradora) y pide que se la condene a que le indemnice los daños y perjuicios por cuantía de 1.434.615 € (o subsidiariamente a 733.835 €, o subsidiariamente a 642.485 €) dado que se le ocultó dolosamente la oferta de compra y negociaciones con la empresa alemana, así como la auténtica situación patrimonial de la empresa y si lo hubiera sabido, no hubiera vendido sus acciones, pudiendo retener su venta hasta 1992 o vender unos meses después a precio muy superior. En primera instancia se desestima la demanda de Marino al considerarse prescrita la acción ejercitada, acción difícil de individualizar, si bien se considera que es de naturaleza contractual y es la del artículo 1301 CC en relación con los artículos 1269 y 1270 CC. En segunda instancia también se desestima la demanda de Marino, centrándose el debate en la responsabilidad precontractual (o *culpa in contrahendo*) a la que se aplica el tratamiento de la responsabilidad extracontractual y la acción de Marino había prescrito (art. 1968.2.º CC); también se considera que la acción ejercitada fue la de nulidad del artículo 1301 CC, habiéndose aplicado correctamente el plazo de cuatro años. El vendedor Marino recurre en casación por vulneración de los artículos 7.1 y 1258 CC (motivo 1.º) e infracción del artículo 1964 CC (que en aquel entonces disponía un plazo de quince años; motivo 2.º). El Tribunal Supremo, que considera *que Aida* (la compradora) *no tenía que haber informar a Marino* (el vendedor, pues este era miembro del Consejo de Administración y de ahí que tuviera acceso a los libros y cuentas de la compañía; tuvo un defecto de autoinformación que le era imputable), entiende que no hubo dolo omisivo de Aida y no casa⁹⁹⁴.

En lo que ahora interesa, la relación entre la anulación por dolo y la indemnización de daños y perjuicios, el Tribunal Supremo manifiesta:

«El dolo genera responsabilidad, en cuanto acto ilícito, que algún autor ha calificado como «delito civil», con obligación de reparar los daños y perjuicios. Aunque es cierto que la aplicación al caso de las normas de validez y de las de responsabilidad está interrelacionada, pues el daño no ha de ser el mismo en el caso de anulación que en el de mantenimiento del contrato, *las acciones para exigir una u otra consecuencia (anulación o reparación de los daños) son distintas y pueden ejercitarse conjunta o separadamente. No empece la distinción el hecho de que la anulación provoque una acción de restitución (artículo 1307 CC) que, a efectos, prácticos, podría producir los efectos de una acción de responsabilidad, pues la acción de restitución, consecuencia de la acción de anulación, no es una acción de reparación de daños*⁹⁹⁵.

⁹⁹⁴ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

⁹⁹⁵ Como acabo de exponer en el cuerpo del texto, en esta *STS, 1.ª, 24.04.2009* se alude al artículo 1307 CC, según el cual, si el obligado a devolver la cosa por la declaración de nulidad no puede hacerlo por haberse perdido, ha de restituir los frutos percibidos y el valor de la cosa cuando esta se perdió con los intereses desde esa fecha, acción que se califica de restitutoria y no de indemnizatoria. La razón de tal precisión del Tribunal Supremo tiene que ver con que «[l]a Sala de instancia fundamentalmente trata de demostrar que no puede el actor y recurrente [Marino] justificar que no ha acudido a la acción de nulidad *porque las acciones están en poder de tercero*, dado que el artículo 1307 CC prevé que ante la imposibilidad de devolución de la cosa por pérdida entra en juego el deber de resarcimiento de daños y perjuicios» (FD 1.º, 2.4).

ROJO AJURIA, que reiteradamente diferencia entre normas de validez y normas de responsabilidad (al respecto, *supra*, nota 971), también se refiere a la restitución derivada de la anulación contractual que, a efectos prácticos, puede confundirse con una acción de responsabilidad [*supra*, letra d) de nota 971].

Para la expresión delito civil, *supra*, [28] y nota 279.

[...]

La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido la existencia de las acciones de anulación y de resarcimiento en los supuestos de invalidez. Cabe citar, entre otras, las Sentencias de 31 de mayo de 1921, en que se planteaba el problema, aunque no se accede a la solución propuesta por el actor; que pretendía una indemnización por la vía de acción de restitución, y las posteriores de 18 de junio de 1955, 4 de diciembre de 1956, 28 de octubre de 1974, 26 de octubre de 1981, 1 de octubre de 1986, 18 de julio de 1988 y 31 de octubre de 2001⁹⁹⁶. De ellas, son especialmente interesantes para el caso que nos ocupa la de 26 de octubre de 1981 y la de 31 de octubre de 2001. En la primera de ellas [STS 26.10.1981], se examina un supuesto de reticencia dolosa en que una de las partes calla o no advierte debidamente a la contraparte, en pugna con el deber de informar exigible por la buena fe, y se conceden daños, si bien aceptando la exclusión, declarada en la instancia, de aquellos daños en los que no se aprecia el nexo o relación de causalidad entre el acto doloso causante y el gasto que se reclama como perjuicio indemnizable. La última de las citadas [STS 31.10.2001] se refiere también a un caso en que la parte recurrente denuncia haberse producido reticencia dolosa y la Sala estima que «los tratos negociales preparatorios han de estar salvaguardados por la buena fe y pueden generar responsabilidad civil por razón de culpa in contrahendo, que cabe proyectar al caso del daño ocasionado por incumplimiento del contrato perfeccionado», pero la responsabilidad contractual que se pide no resulta aceptada porque «las conductas conformadoras del ilícito civil omisivo por el silencio y reticencia que se imputa a IQA, y actuaciones de ocultación en su cartera económica, no se probaron de forma adecuada y convincente». La cuestión sobre el ejercicio de acciones derivadas del dolo ha sido examinada, por otra parte, en la Sentencia de 18 de enero de 2007 [que extracto en la anterior [A]], en la que se decide que cabe el ejercicio acumulado de las acciones de anulación y de reclamación de daños y perjuicios, como cabe el ejercicio de la acción de anulación sin reclamar ninguna indemnización y también cabe el ejercicio de la acción de reclamación de daños y perjuicios, sin ejercitar acción de anulación como ocurre en el presente caso» (cursiva mía; FD 3.º).

4.3.1.2 *La acción de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad precontractual: aplicación de las normas de la responsabilidad contractual o de la extracontractual. Particular atención al plazo de ejercicio y cómputo*

A) *La doctrina de los autores*

[121] El Código civil no contiene un tratamiento específico para la acción de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad

⁹⁹⁶ Para el conjunto de sentencias que el propio Tribunal Supremo cita, salvo para la STS, 1.ª, 31.10.2001, *supra*, nota 986.

precontractual, planteándose si se aplican las normas de la responsabilidad contractual o de la extracontractual, y, la respuesta que se dé supone evidentes e importantes consecuencias prácticas, pues, entre tales responsabilidades, median diferencias de régimen jurídico. Una importante es el plazo de ejercicio. Un año para la extracontractual (art. 1968.2.º CC), cinco para la contractual (vigente art. 1964 CC; antes, sabido es, quince años), y en ambos casos son plazos de prescripción. A su vez, esos plazos no coinciden con el de cuatro años y de caducidad para la acción de anulación contractual (art. 1301 CC; *supra*, [111]-[111 bis]). Si la víctima del dolo puede decidir anular o no el contrato (*supra*, [118]-[120]), la indemnización de daños y perjuicios que, en su caso, exija de su contratante que actuó con dolo, ¿tiene naturaleza extracontractual o contractual (o se le aplican unas u otras normas)?

Entre los autores se encuentran defensores de ambas naturalezas.

[122] a) *Comenzando por los que defienden la naturaleza extracontractual*, incluyo aquí a De Cossío y Corral, si bien advierto que Llobet I Aguado lo sitúa entre los defensores de la naturaleza contractual de la indemnización de daños y perjuicios. En mi opinión, tal y cómo De Cossío y Corral se expresa, el mismo no es contundente en cuanto a cuál sea su posición, lo que podrá comprobarse en lo que sigue.

Según De Cossío y Corral, «a primer vista», si la víctima del dolo *mantiene el contrato* podría pensarse en la naturaleza contractual de la acción de indemnización de daños y perjuicios, y si ejercitare *la anulación del contrato*, la indemnización de daños y perjuicios sería extracontractual, pero esto es «*un tanto contradictorio y carente de sentido*. ¿Cómo explicar que una misma acción [la indemnizatoria de daños y perjuicios] *varía[e] de naturaleza, según se ejercite o no se ejercite un derecho* [el de anulación] *perfectamente ajeno a la misma acción* [indemnizatoria], y *que en un caso ésta prescriba al año y la otra a los quince años* [cuando escribía el autor; hoy cinco años]? *La solución sería* [entiende De Cossío y Corral] *estimar que en ambos casos se trata de una acción* [de indemnización de daños y perjuicios] *extracontractual, en cuanto que el dolo se había causado fuera del contrato, es decir, no en la ejecución del mismo, sino en el momento de perfeccionarse*» (cursiva mía)⁹⁹⁷. Sentado lo anterior, el siguiente problema que a De Cossío y Corral le surge es que el plazo de ejercicio de la acción indemnizatoria extracontractual es un año y el de la anulación por dolo cuatro años, y «[...]

⁹⁹⁷ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) pp. 370-371.

ello nos llevaría a la consecuencia, siendo el término reconocido para el posible ejercicio de la acción de nulidad el de cuatro años, a una abreviación práctica del mismo, ya que si esta acción [de anulación] no era ejercitada dentro del año de la *celebración del contrato* [sic], no sería posible exigir los daños y perjuicios mediante la acción delictual, sino solamente la nulidad del contrato; pero tal consecuencia nos viene dada precisamente por la misma naturaleza extracontractual del dolo» (cursiva mía)⁹⁹⁸.

De inmediato De Cossío y Corral se refiere a la otra hipótesis, la de la naturaleza contractual de la acción de indemnización de daños y perjuicios, y argumenta, de nuevo, con el artículo 1124 CC. Dice:

«a no ser que admitiésemos la teoría de Ihering sobre el dolo «in contrahendo», la cual parece más justa, pero carece en nuestra legislación positiva de una base sólida en que poder apoyarse. Únicamente podría argüirse que un contrato anulable no es un contrato inexistente, ya que de él nace un negocio claudicante, susceptible de producir algunos efectos: todos si posteriormente se confirma o se deja transcurrir el plazo de cuatro años sin impugnarle, o algunos –concretamente este del resarcimiento– si se llevaba a efecto tal impugnación. En el fondo, no parece que haya razón para dar a este caso una solución distinta que la que se da a los casos de resolución de los contratos [art. 1124 CC]: la acción resolutoria, lo mismo que la de anulación, produce la ineficacia del contrato revocado, y, sin embargo, se estima que es una acción derivada del propio contrato, un efecto que excepcionalmente se le hace producir al mismo. La confusión se produce por la defectuosa técnica de nuestro C. c. en relación a los diversos supuestos de ineficacia –tanto en la terminología como en la regulación– ha de ser superada por la construcción doctrinal» (cursiva mía)⁹⁹⁹.

b) De Verda y Beamonte es claramente partidario de la naturaleza extracontractual de la indemnización de daños y perjuicios. Considera reconducibles al artículo 1902 CC los supuestos de responsabilidad precontractual no contemplados en otra norma, lo que es el caso del dolo causal¹⁰⁰⁰. Apunta, que «[l]a doctrina suele dar por sentado que, en el caso del dolo incidental, la acción de indemnización de daños y perjuicios nace del art. 1270, II CC, lo que le lleva a explicarla en clave contractual», pero, en su opinión, el artículo 1270.II CC «no está concediendo una acción al «deceptus», sino que, dada la sede donde su ubica (vicios del consentimiento), tiene como única finalidad la de delimitar negativamente el concepto de dolo-vicio»; esto es, su finalidad es excluir la relevancia invalidante del dolo inci-

⁹⁹⁸ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 371.

⁹⁹⁹ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) pp. 371-372.

¹⁰⁰⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, CCJC (2007) p. 1326.

dental [cfr. *supra*, [119] b) [A]]¹⁰⁰¹. Por lo anterior, De Verda y Beamonte considera que la acción por responsabilidad precontractual «no hay porqué pensar que [...] tiene [tenga] su fundamento jurídico en el art. 1270, II CC» y «[p]uede, en definitiva, interpretarse que la acción de responsabilidad precontractual, también en el caso de dolo incidental, encuentra fundamento en el art. 1902 CC, al que, en mi opinión [De Verda y Beamonte], son reconducibles, con carácter general, los supuestos de culpa in contrahendo, y cuya aplicación no excepciona, sino que confirma el art. 1270, II CC» (cursiva mía)¹⁰⁰².

Al ser partidario de la naturaleza extracontractual, a De Verda y Beamonte, como le sucedía a De Cossío y Corral en la anterior a), le preocupa determinar desde cuándo se computa el plazo del año del artículo 1968.2.º CC. En su opinión, si la víctima de dolo *no anula* el contrato, el año se cuenta «desde que el «deceptus» haya tenido conocimiento del daño sufrido como consecuencia de la actuación dolosa de la otra parte contratante (art. 1968.2.º CC)», y si la víctima del dolo *anula* el contrato, para lo que «dispone de cuatro años, a contar desde su consumación (art. 1300 [*sic*; 1301] CC), el plazo de prescripción anual de la acción indemnizatoria no comenzará a contarse hasta que no haya recaído la sentencia de anulación, ya que, al ser dicha sentencia constitutiva de la invalidez, es presupuesto necesario de la causación del daño, cuyo resarcimiento se pide, esto es, el que sufre el «deceptus», por haber sido inducido maliciosamente a celebrar un contrato que, al ser anulado, le resulta inútil»¹⁰⁰³.

c) No limitándose al dolo, sino pensando en los diferentes supuestos de *culpa in contrahendo*, García Vicente considera, que «[e]n nuestro sistema es más sencillo inclinarse por su consideración [la del daño, como] extracontractual, en tanto que el daño se manifiesta fuera de la esfera estrictamente contractual y porque hay una cláusula general que lo consiente, la del artículo 1902 CC»¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰¹ a) DE VERDA Y BEAMONTE, *CCJC* (2007) p. 1326.

b) FUENTESECA destaca «que no es posible sostener que el dolo incidental sea un verdadero vicio de la voluntad», que «carece de existencia autónoma el dolo incidental como tal vicio de la voluntad» [(2002) p. 110]; «al considerar que el incidental no es verdadero dolo» (p. 111).

¹⁰⁰² DE VERDA Y BEAMONTE, *CCJC* (2007) pp. 1326-1327.

Con anterioridad, *vid.* además de DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) pp. 67-68 y nota 214 de p. 68, y, *Aranzadi Civil* (1998) pp. 213-214 y nota 64 de pp. 214-216, en particular la p. 215.

¹⁰⁰³ DE VERDA Y BEAMONTE, *CCJC* (2007) p. 1327.

Con anterioridad, *vid.* además DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) pp. 64, 65, y 69, y, *Aranzadi Civil* (1998) pp. 213-216, y de la nota 64, su p. 216.

Vid. también LLOBET I AGUADO (1994) pp. 186-187.

¹⁰⁰⁴ GARCÍA VICENTE, «Artículo 1270» (2013) p. 9134.

d) Por último y tampoco limitándose al dolo, Asúa González considera que, en su «opinión, *la ausencia de un contrato válido hace insoslayable el aludido fundamento extracontractual* [esta cursiva del original]. *Pero la misma conclusión se ha de mantener en caso de anulación* [esta otra cursiva, mía]»¹⁰⁰⁵.

[123] a) *Entre quienes consideran que la acción de indemnización de daños y perjuicios tiene naturaleza contractual*, se encuentra Morales Moreno¹⁰⁰⁶. Este apunta que «[e]l Código civil no contiene un régimen especial para la responsabilidad *in contrahendo* y hemos de aplicar uno de los [regímenes] existentes (contractual, extracontractual)», entendiendo «que el adecuado es el régimen de responsabilidad contractual»¹⁰⁰⁷. Argumenta, que «[a]sí resulta de nuestro Derecho histórico, que, de acuerdo con el Derecho romano (en los contratos de buena fe), ofrece la acción del contrato para exigir la indemnización debida a dolo *in contrahendo*», y «[a]demás, no sería razonable tratar de modo diferente al contratante que incumple su obligación, que al que maliciosamente hace creer que puede cumplir en términos en los que no será posible hacerlo»¹⁰⁰⁸.

b) También Gómez Calle defiende la naturaleza *contractual* de la indemnización de daños y perjuicios por dolo *in contrahendo*¹⁰⁰⁹. Señala «que la acción indemnizatoria derive de la infracción de deberes de conducta *en la etapa precontractual* no es un argumento en contra, ya que, de hecho, hay muchas acciones típicamente contractuales que derivan de comportamientos reprobables en esta etapa» y que, «verdaderamente, como destaca Morales Moreno [apellidos, mayúscula en el original] parece que «*no sería razonable tratar de modo diferente al contratante que incumple su obligación que al que maliciosamente hace creer que puede cumplir en términos en los que no será posible hacerlo*»» (cursiva del original)¹⁰¹⁰.

c) La misma defensa del carácter contractual de la indemnización de daños y perjuicios para la víctima del dolo hace Llobet I Aguado. Este, que expone las explicaciones que antes he dado de De Cossío y Corral y *al que, como adelanté, considera defensor de la tesis del carácter contractual* [supra, [122] a)]¹⁰¹¹, apunta «que el contrato viciado por dolo no es un negocio nulo, inexistente [...]. Por el contrario, [...] es un negocio anulable. Si se anula, se resolverán todos los efectos materiales que haya podido producir, para volver

¹⁰⁰⁵ ASÚA GONZÁLEZ (2014) p. 160.

¹⁰⁰⁶ MORALES MORENO (1993a) p. 432.

¹⁰⁰⁷ MORALES MORENO (1993a) p. 432.

¹⁰⁰⁸ MORALES MORENO (1993a) pp. 432-433.

¹⁰⁰⁹ GÓMEZ CALLE (1994) p. 44; *vid. además* pp. 134-135.

¹⁰¹⁰ GÓMEZ CALLE (1994) p. 44.

¹⁰¹¹ LLOBET I AGUADO (1996) pp. 185-186.

a la situación anterior a su celebración (cfr. art. 1303 del Cc). Además, esta opción resulta la más congruente, pues, de no optar por la anulación y mantener, por tanto, la vigencia del contrato, la acción de resarcimiento por el interés positivo del contrato tendría naturaleza contractual y, consiguientemente, un plazo de prescripción de quince años (art. 1964 del Cc [hoy, cinco años]). Ello es un motivo más a favor de que la indemnización de daños y perjuicios, anulado el contrato, deba tener también naturaleza contractual pues no parece lógico [...] otorgar un tratamiento diferente a dos supuestos que tienen su origen en el mismo hecho»¹⁰¹².

d) Por último, Fuenteseca considera «que si hay dolo *unilateral* en el momento de la perfección del negocio, el contrato, aunque válido, es anulable y si existen daños serán contractuales, aunque éstos no han de darse necesariamente» (cursiva mía)¹⁰¹³.

¹⁰¹² LLOBET I AGUADO (1996) p. 186.

¹⁰¹³ FUENTESECA (2002) p. 102; continúa *advirtiendo*, «[...], que si el dolo es bilateral, el negocio es nulo de pleno derecho o inexistente [...]. La responsabilidad por eventuales daños, al faltar el contrato, será extracontractual» [*supra*, [91] b), expuse su tesis para el dolo bilateral (o dolo recíproco)].

Y en estos otros textos, por ejemplo, según FUENTESECA:

a) «Respecto de los daños causados por un contrato nulo de pleno derecho, inexistente o no perfeccionado, se registrarán por el art. 1902 C.c., sin que sea posible argumentar que una parte confió (buena fe) en la validez del contrato, ya que los dos casos expuestos contemplan supuestos en que no existió contrato alguno para el ordenamiento jurídico, no se produjo ningún efecto. Y ello se conecta con la ignorancia de las leyes (art. 6.1 C.c.): serán las leyes quienes determinen si un contrato nulo o no perfeccionado produce o no consecuencias jurídicas. En consecuencia, una parte no puede confiar en la validez de un contrato, si este último carece de efectos porque así lo establece el ordenamiento jurídico. Al tratarse de responsabilidad extracontractual, los daños pueden haberse originado por dolo o culpa./Respecto a los daños derivados de un contrato anulable, al ser válido el negocio, aunque susceptibles de anulación, serán contractuales» (cursiva mía; p. 86).

b) «[E]s preciso indicar que el dolo se recoge en el articulado del Código civil, por un lado, en la fase previa o simultánea a la celebración del contrato, esto es, como vicio de la voluntad: arts. 1265, 1269 y 1270 C.c. Por otro lado, se menciona el dolo concurrente en el cumplimiento de las obligaciones (art. 1101 C.c.). En este último caso, el art. 1101 C.c. impone la necesidad de reparar «los daños y perjuicios causados». Sin embargo, cuando el dolo se manifiesta como vicio de la voluntad, la solución que brindan los preceptos del Código civil consisten en la anulabilidad del negocio, si el dolo es unilateral, y, en mi opinión [FUENTESECA], la nulidad de pleno derecho, cuando el dolo es bilateral. *Por lo que toca a los daños, el art. 1270.2.º [CC] permite ejercitar, junto a la acción de anulabilidad, la reclamación de daños y perjuicios. Y como se trata de un contrato válido aunque anulable por la concurrencia de dolo unilateral, la responsabilidad será contractual* [esta cursiva mía].

En consecuencia, el dolo que aparece, bien en los tratos preliminares, o bien en el momento mismo de la celebración, sí se encuentra regulado y previsto en el Código civil. Lo mismo ocurre con el dolo que surge en la fase de cumplimiento. Al encontrarse ambos casos recogidos en los preceptos pertinentes destinados al efecto, ofreciéndose en cada uno de ellos la solución correspondiente a cada supuesto, no parece sostenible una equiparación entre dolo «*in contrahendo*» y dolo en el cumplimiento. El mal llamado dolo *in contrahendo*, es decir, el dolo como vicio de la voluntad, es susceptible de producir los siguientes efectos: Por un lado, la anulabilidad del negocio y, por otro, la reparación de los daños y perjuicios causados, si los hubiere. Sin embargo, cuando el dolo surge ya en la fase de cumplimiento, sus consecuencias consisten únicamente en la reparación de daños y perjuicios. En el caso del dolo, a diferencia de la culpa,

[124] *¿Podría optar la víctima del dolo por encauzar su reclamación de indemnización de daños y perjuicios, bien por la vía extracontractual (art. 1902 CC), bien por la contractual (art. 1270.II CC)?*

a) García Rubio se ocupa de esto. *Por un lado*, señala que «[I]o que no parece discutible es que la actitud maliciosa de uno de los contratantes, realizada con ánimo de engañar a la otra parte para inducirla a contratar, esto es, el *dolo in contrahendo*, configura, si se produce un daño en el conegociante, un ilícito civil claramente subsumible en el artículo 1902 CC; y esto tanto si el contrato pretendido por el negociante doloso no se llega a celebrar, como si celebrado se anula o, por la razón que sea, se mantiene su validez», y «[I]a pregunta que entonces cabe hacer es [...]: en el caso de que el contrato se haya efectivamente realizado, ¿este hecho ilícito puede dar lugar también a una responsabilidad de índole contractual?»¹⁰¹⁴. *Por otro lado*, García Rubio destaca que «[n]uestro CC únicamente prevé la posibilidad indemnizatoria respecto al llamado dolo incidental (art. 1270.2 [CC]), si bien tanto la jurisprudencia como la doctrina admiten con carácter general que la mentada regla debe ser aplicada en cualquier supuesto de dolo, fundándose para ello bien en un interpretación extensiva del artículo 1270.2 [CC], bien minimizando o incluso negando la virtualidad de la distinción entre el dolo causante y el dolo incidental»¹⁰¹⁵, y «no parece acertado entender que el artículo 1270.2 CC (aplicable a cualquier supuesto de dolo) es [sea] una mera repetición inútil para un caso concreto de lo que ya establece el artículo 1902 [CC]; por eso, aun con dudas, creemos [García Rubio] que presenta naturaleza contractual o, cuando menos, que se trata de una de las acciones personales que no tienen señalado término especial de prescripción y, por consiguiente, debe prescribir en el fijado por el artículo 1964 CC. A nuestro juicio [García Rubio], esta última perspectiva en ningún caso significa que el comportamiento malicioso que determina una voluntad de contratar viciada deje de ser una hipótesis susceptible de ser encuadrada en los artículos 1902 y concordantes. Lo que provoca es la conocida problemática de las relaciones entre responsabilidad obligacional y responsabilidad aquiliana en los casos de producción de un hecho dañoso teóricamente encajable en los supuestos fácticos de las normas reguladoras de una y otra» (cursiva mía)¹⁰¹⁶.

su aparición viene expresamente prevista por el Código civil, luego no es necesario extender soluciones previstas a supuestos no contemplados por la ley, como sucede en la *culpa in contrahendo*» (pp. 99-100).

¹⁰¹⁴ GARCÍA RUBIO (1991) pp. 167-168.

¹⁰¹⁵ GARCÍA RUBIO (1991) pp. 166-167.

¹⁰¹⁶ GARCÍA RUBIO (1991) pp. 170-171, dentro del subapartado *Dolo*, incluido en el apartado *Contrato inválido por existir un vicio del consentimiento*; *vid.* hasta p. 172.

b) Por su parte, Gómez Calle también destaca que «la misma conducta» puede quedar «encuadrada tanto en el art. 1270.II [CC] como en el artículo 1902 [CC]», lo que «conduce, finalmente, al conocido tema de la relación que media entre la responsabilidad contractual y la extracontractual»¹⁰¹⁷.

B) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

[125] En 1991, García Rubio, y en 1994, Llobet I Aguado, informan que la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece inclinarse por considerar como contractual la indemnización de daños y perjuicios de la víctima del dolo (aplicación de los arts. 1106 y 1107 CC)¹⁰¹⁸. Por mi parte y para esta

Lo mismo plantea GARCÍA RUBIO, en el subapartado *Concurriendo dolo*, dentro del apartado *Celebración de un contrato válido*: «En nuestra opinión [GARCÍA RUBIO], la obligación de reparar el perjuicio causado por dolo existe y tiene la misma naturaleza tanto si la víctima del dolo hace valer la nulidad del contrato, como si decide mantener éste. En ambos casos la maquinación dolosa ha sido realizada en el proceso de formación del contrato y no en el de su ejecución, constituyendo un acto ilícito, que da lugar a los efectos previstos en el artículo 1902 CC. Pero también parece defendible considerar que la acción prevista en el artículo 1270.2 [CC] no es una mera repetición inútil para un caso concreto de lo que ya establece el artículo 1902 [CC], sino que presenta naturaleza contractual o, cuando menos, que se trata de una de las [acciones] personales que no tiene señalado término especial de prescripción y, por consiguiente, debe prescribir a los quince años [plazo entonces vigente; hoy, cinco años]. Se dará entonces nuevamente el problema de la coexistencia o concurrencia de dos tipos de acciones resarcitorias, con plazos distintos, derivadas de un único hecho dañoso [...]» (pp. 212-213).

¹⁰¹⁷ a) GÓMEZ CALLE (1994) p. 44; continúa: «sobre el cual ni doctrina ni jurisprudencia han mantenido un criterio unánime; básicamente, las posibilidades teóricas de articulación de ambos regímenes son, o entender que se trata de una única pretensión resarcitoria con base en un único evento dañoso (curso de normas fundamentadoras de una única pretensión), o estimar que son dos pretensiones resarcitorias distintas e independientes; en el segundo caso caben, a su vez, otras dos posibilidades: entender que cuando existe una previa relación obligatoria es de obligado ejercicio la acción de responsabilidad contractual, o mantener la libre opción entre una y otra acción».

b) Con posterioridad, en 1995, CABANILLAS SÁNCHEZ se limita a indicar para «[l]a responsabilidad precontractual por dolo causal» que, «aun cuando creemos que la acción indemnizatoria presenta naturaleza contractual, esto no significa que el comportamiento malicioso que determina una voluntad de contratar viciada deje de ser una hipótesis susceptible de encuadrarse en los artículos 1902 [CC] y concordantes» [RDCI (1995) p. 769; CABANILLAS SÁNCHEZ se apoya en García Rubio, en nota 53 de p. 769].

¹⁰¹⁸ a) GARCÍA RUBIO: «Por lo que respecta a la responsabilidad precontractual en el supuesto de contrato inválido, la posición del Tribunal Supremo, aunque sin hacer mención a la categoría de la *culpa in contrahendo*, parece seguir la línea contractual. Tal es la postura de la STS (Sala 1.ª) 26-10-1981 [...]» [cursiva del original; (1991) p. 86; de dicha sentencia me ocupo a continuación, en el cuerpo del texto, en [A] de este [125]].

b) LLOBET I AGUADO: «es de lamentar que la jurisprudencia española no haya tenido ocasión de abordar directamente este extremo. A lo más que ha llegado nuestro Tribunal Supremo es a confirmar total o parcialmente las sentencias dictadas en primera instancia o en apelación en las que se concedía una indemnización al mismo tiempo que se declaraba la nulidad. Es de destacar que las peticiones de resarcimiento han invocado como fundamento legal los arts. 1101, 1106 y 1107 del Cc, pero no el 1902 [CC] por lo que parece optarse por la naturaleza contractual de la acción de daños y perjuicios en estos casos. Además, debe tenerse en cuenta que dichas sentencias han recaído en procedimientos en los cuales se ejercitaban conjuntamente las acciones de nulidad y de resarcimiento, y no ésta independientemente de la anterior» [(1996) p. 187].

cuestión, voy a ocuparme de las *STS, 1.ª, 26.10.1981* y *STS, 1.ª, 24.04.2009*, de las que ya he dado cuenta a otros efectos.

A la *STS, 1.ª, 26.10.1981* me referí *supra*, [80] al tratar del dolo y de la excusabilidad del error del que sufrió el dolo [y además *supra*, [74] [A] a)] y ello, *a propósito del recurso de casación de la vendedora. Ahora, me centro en el recurso de casación de las compradoras*. Recuerdo que el 21.12.1973, las compradoras compran todas las acciones de una sociedad porque esta era propietaria de un terreno en el que había un matadero y aquéllas querían explotarlo (modernizarlo; ese día se hicieron cargo de él). Pero, la vendedora actuó con dolo omisivo, ya que, cuando la celebración del contrato (el 21.12.1973), no informó que no era propietaria del terreno, siendo el 04.12.1974 cuando ya informa. En junio de 1975, las compradoras cierran el matadero. Estas demandan a la vendedora y ejercitan con éxito las acciones de anulación contractual e indemnización de daños y perjuicios. En concreto, en primera instancia, entre otras cosas, se condena a la vendedora a restituir a las compradoras «el precio satisfecho por la compra de las acciones de «Mafrasa», ascendente a la suma de 25.708.25 [*sic*] pesetas, más los intereses legales fijados en cuanto a la suma de 23.829.172 pesetas [...]» y a indemnizarlas en «la cantidad de 4.688.540,78 pesetas, por el concepto de gastos y mejoras» y en «la de 14.797.954,33 pesetas» por «daños y perjuicios» (rdo 6.º). En segunda instancia se revoca la sentencia de primera «en el particular pronunciamiento en el que se condena» a la vendedora, «hoy apelante, a pagar a las demandadas y apeladas [compradoras] la cantidad de 14.797.954 pesetas, en concepto indemnizatorio de daños y perjuicios, [y] en su lugar, condenamos a la repetida sociedad a que pague [...], por el expresado concepto [de indemnización de daños y perjuicios], la cantidad de 3.463.212 pesetas» (rdo 7.º). Las compradoras recurren en casación por entender que ha de indemnizárseles pagos de salarios de personal e indemnizaciones laborales y tramitación del expediente de regulación de empleo lo cual entra en el artículo 1107.II CC (incumplimiento doloso; dicho genéricamente, su recurso de casación gira en torno a la infracción de los arts. 1101, 1102 y 1107.II CC). El Tribunal Supremo, compartiendo el criterio de la sentencia de instancia, entiende que desde el 04.12.1974 en que la vendedora les comunica que no era la propietaria, las compradoras podían, si hubieran cerrado la explotación dicho día, haber evitado los gastos que han tenido hasta junio de 1975, fecha en la que cerraron, y no casa.

En cuanto a la *STS, 1.ª, 24.04.2009*, de la que he dado cuenta *supra*, [55] [C.2] para la no obligación de informar al otro contratante, y [120] [B], para el ejercicio de la anulación contractual o/y indemnización de daños y perjuicios,

recuerdo, que un socio minoritario, miembro del Consejo de Administración de la sociedad y que había mantenido discrepancias con la familia que tenía la mayoría de las acciones, vende sus acciones a 16.680 pesetas/acción a la hija del presidente (siendo mandatario de ésta, su hermano). Cuatro meses después, dicha familia vende sus acciones a 27.372 pesetas/acción, y cuatro años más tarde (en 1992), vende el resto de acciones a 40.529 pesetas/acción. *Casi catorce años después de su venta*, el vendedor (socio minoritario) demanda a la compradora.

A fin de fijar el alcance de las afirmaciones del Tribunal Supremo que ahora interesan, de esta su *S, 1.ª, 24.04.2009*, contextualizo. En su demanda, el vendedor (socio minoritario) pedía la declaración de la actitud dolosa de la compradora y su condena a la indemnización de daños y perjuicios (el daño consistiría en la venta de sus acciones a menor precio). No estaba claro qué acción ejercitaba y al respecto, en primera instancia se considera que es la acción del artículo 1301 CC en relación con los artículos 1269 y 1270 CC, acción contractual de cuatro años de «prescripción» y *acción prescrita por la «completa inactividad del demandado [sic, demandante, el vendedor] desde 1996 hasta 2002»* (cursiva mía; FD 1.º). En segunda instancia se entiende centrado el debate jurídico «en la figura jurídica de los tratos preliminares», reclamándose una responsabilidad precontractual o por *culpa in contrahendo* a la que se aplica el tratamiento de la responsabilidad extracontractual (art. 1968-2.º CC) y *esta había prescrito; se entiende además, que la acción ejercitada fue la del artículo 1301 CC, aplicándose correctamente en la instancia el plazo de los cuatro años* (había «prescrito»; FD 1.º). El Tribunal Supremo «no comparte el criterio de los juzgadores de instancia respecto a la identificación de la acción que se ejercita[,] ni, en consecuencia, la aplicación al caso del régimen de prescripción que se establece en los artículos 1968,2.º y 1301 del Código civil», ya que «[n]o estamos ni ante un supuesto de *responsabilidad precontractual* ni ante el ejercicio de la acción de nulidad por dolo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1301, en relación con los artículos 1269 y 1270» CC (FD 3.º), pero *mantiene, al igual que en las instancias, la validez del contrato celebrado, si bien por otro fundamento, en concreto, porque entiende que no hubo dolo omisivo de la compradora* (no tenía que informar al vendedor). *Es en este contexto*, que el Tribunal Supremo señala que la responsabilidad por *dolo in contrahendo* tiene naturaleza *contractual*, como «se ha de convenir con la más autorizada doctrina» y su plazo de prescripción se rige por el artículo 1964 CC. Aclara el Tribunal Supremo, *que al anterior resultado se llega tanto por la vía de entender que por tratarse de un contrato en vigor se aparta de los supuestos de responsabilidad precontractual, cuanto si se estima «que la moder-*

na dogmática contractual exige la incorporación de las declaraciones efectuadas durante los tratos preliminares como promesas contractuales»; «[l]as representaciones efectuadas durante la fase de tratos preliminares pueden configurar el comportamiento que se espera del deudor y servir de pauta para determinar la existencia de un incumplimiento» (FD 3.º).

Procedo ya, a la exposición de las dos referenciadas sentencias.

[A] *La STS, 1.ª, 26.10.1981 (Pte. Excmo. Sr. D. Carlos De La Vega Benayas)*

Reitero los hechos. En síntesis, el 23.12.1973 *Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.* compran a *Unión Alimentaria Sanders, S.A.*, dueña de la *Sociedad Anónima Matadero Frigorífico Asturiano (Mafrasa)*, todas las acciones de esta última. En el patrimonio de *Mafrasa* figuraba un terreno de cuatro hectáreas, de interés para *Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.*, al haber en él un edificio (un matadero) que querían explotar. Al celebrar la compraventa, las compradoras *Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.* entienden que el terreno era de propiedad de la vendedora, algo que no verdadero (la finca era monte público). La vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.* mantuvo una actitud ambigua, pues primero dijo que no ser propietaria, luego enseña una escritura pública de 06.06.1967 en la que *Mafrasa* aparece como compradora del inmueble, inscrita el 8 de agosto en el Registro de la Propiedad, y después oculta la Orden Ministerial de 1971 que integraba el terreno como monte público (orden anterior al contrato celebrado en 1973). Las compradoras *Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.* realizan obras de remodelación en el matadero y actividades de capacitación de personal, pero lo suspenden (la vendedora les comunica en 1974 que no era propietaria). Las compradoras *Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.* demandan a la vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.* y suplican la nulidad de la compraventa por dolo e indemnización de daños y perjuicios. En primera y en segunda instancia se considera que hubo dolo omisivo y se condena a la vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.* al pago de determinada indemnización de daños y perjuicios (si bien en segunda instancia se reduce su cuantía). Tanto la vendedora como las compradoras interponen recurso de casación. La vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.* alega aplicación indebida del artículo 1270.I CC (en relación con los arts. 1265, 1269 y 1300 CC), dado que para anular un contrato por dolo, quien lo alegue, hubo de actuar diligentemente y las compradoras *Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.* no lo fueron al no haber consultado el Registro de la Propiedad en dónde constaba, cuando celebraron el contrato, la oportuna anotación preventiva sobre la finca (art. 11.2 de la entonces vigente Ley de Montes; motivo 1.º). En cuanto a su recurso de casación, las compradoras *Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.* alegan infracción del artículo 1107.II CC en relación con los artículos 1101 y 1102 CC (motivo 1.º) e interpretación errónea de los artículos 1101, 1102 y 1107.II CC en relación con otras normas (motivo 5.º), al entender que la indemnización por dolo debe ser total. El Tribunal Supremo no estima

ninguno de los recursos de casación; hubo dolo de la vendedora y la compradora podría haber evitado ciertos gastos ¹⁰¹⁹.

En lo que ahora interesa, que habiendo dolo de la vendedora, la indemnización de daños y perjuicios a que tienen derecho las compradoras se ampara en los artículos 1101 y 1107.II CC, aunque ciertos daños de los solicitados no son indemnizables por no cumplirse el necesario nexos causal, explica el Tribunal Supremo:

«que todos los motivos insertos en el recurso de casación de dichas partes [*Industrias Abella, S.A. y Nutrimax, Sociedad Anónima*, compradoras] van endeerezados a la demostración del error padecido por la sentencia al no otorgar a los mismos, en la cuantía solicitada, la indemnización por daños y perjuicios derivados, a causa del dolo invalidante del contrato, de los gastos efectuados por los mismos respecto al pago de salarios e indemnizaciones por despido al personal contratado para el ejercicio de la industria comprada en virtud del convenio anulado, y a tal efecto, en el motivo primero [...] se denuncia la violación del artículo 1107, segundo, en relación con los 1101 y 1102, todos del Código Civil, reprochable a la Sala de instancia, porque después de decir ésta «que el daño indemnizable [indemnizable] se concibe en sentido amplio, incluyéndose toda lesión sufrida», luego lo restringe y limita, desconociendo el nexos causal entre el dolo y el daño, según la parte causada [*sic*], motivo ¹⁰²⁰, sin embargo, que *no puede ser*

¹⁰¹⁹ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

¹⁰²⁰ En concreto, en el motivo 1.º de su recurso de casación, las compradoras *Industrias Abella, S.A. y Nutrimax, S.A.* exponen: «[...] alegamos infracción de ley y de doctrina legal por violación del artículo 1107, segundo párrafo, del Código Civil, en relación con los artículos 1101 y 1102, ambos también del Código Civil, y con el párrafo primero del propio artículo 1107 del mismo texto legal. La sentencia recurrida admite «que se ha producido la concurrencia de dolo grave, imputable a la vendedora e invalidante del contrato», y dice que por ello «el concepto de daño indemnizable se concibe en sentido amplio, incluyendo en el mismo toda clase de lesión sufrida», pero después, no aplica las ineludibles consecuencias de tales declaraciones respecto de la indemnización de unos daños que no sólo eran lógica consecuencia del contrato invalidado, sino que eran previsibles y que fueron previstos por la demandada [la vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.*]. La violación de la norma invocada es tanto más patente, ya que admite que se trataba de una industria inactiva de cerrarse el balance de 1973, y que en los ejercicios de 1971 y siguiente, se produjeron pérdidas, por lo que su reactivación por las compradoras [*Industrias Abella, S.A. y Nutrimax, S.A.*] «habría de exigir necesariamente una reestructuración de la empresa y nuevas inversiones». Todo lo cual requería la compra de maquinaria y la contratación de personal, cuyas indemnizaciones es obvio que son daños previsibles para quien vende lo que no es suyo, con pleno conocimiento de que se adquiere, para una finalidad concreta que en el caso del Matadero de Tineo era su explotación. Con ello, la sentencia recurrida indica [*sic; incide*] en la violación del artículo 1107, párrafo segundo, del Código Civil, es decir, de aquellos daños que aunque no fueran previstos ni se hubieran podido prever en el momento de la formalización del contrato, fueran consecuencia conocida de su falta de cumplimiento, entre los cuales habrá de incluir las indemnizaciones laborales, razón por la cual fueron especificados y admitidos por el Juzgado de Primera Instancia. La doctrina sustentada por la Audiencia no tiene además en cuenta que no estamos en presencia de un simple incumplimiento contractual, sino ante un incumplimiento por dolo, es decir, ante una conducta engañosa de la demandada [la vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.*] que ha causado una transgresión jurídica y un resultado deliberadamente perjudicial. De ahí que como sujeto activo de dicha conducta antijurídica la demanda [*sic; demandada; la vendedora Unión Alimentaria Sanders, S.A.*] responde, tanto de los daños y perjuicios previstos, como de «todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento». No se compadece con esta doctrina la sentencia que impugnamos, que después de admitir la existencia de un dolo grave, rechaza de forma terminante la indemnización de los perjuicios causados por pagos de salarios e indemnizaciones al personal contratado

estimado, porque si bien es cierto que la sentencia hace aquella formulación general, no lo es menos que después, al estudiar detalladamente los distintos gastos y conceptos resarcibles, hace exclusión de los aquí discutidos en razón a no apreciar el nexo o relación entre el acto doloso causante y el gasto que se reclama como perjuicio indemnizable, a tenor del párrafo segundo del artículo 1107 del Código Civil, apreciación que obtiene de que ya en la fecha de 4 de diciembre de 1974 (carta de la demandada [la vendedora, Unión Alimentaria Sanders, S.A.] advirtiendo de no ser dueña) las compradoras [Industrias Abella, S.A. y Nutrimax, Sociedad Anónima], conociendo la situación anómala dominical dicha, pudieron haber evitado el gasto hecho por pago de salarios e indemnización por despido de personal, con sólo no haber mantenido la plantilla desde aquella fecha, puesto que no solicita el cierre de la industria hasta junio de 1975, concluyendo, por otra parte, que no resultaba una influencia directa de la situación posesoria de la finca y el desfavorable resultado económico obtenido, apreciación que no se desvirtúa en el motivo, no sólo porque en cuanto a los hechos en que se basa es materia peculiar de los Tribunales de Instancia, sino porque la descalificación del nexo causal está hecho de modo correcto, sin desviación alguna de lo normalmente razonable y a tenor del término que la Ley [art. 1107.II CC] emplea, «conocidamente», al referirse a aquellos perjuicios que de modo notorio, es decir, sin duda alguna en cuanto a su conocimiento, se deriven del incumplimiento por dolo, noción que aunque sea más amplia que la de las «consecuencias necesarias», que el párrafo primero del artículo 1107 en cuestión, aplicable al deudor de buena fe, no por eso implica que no se deba discriminar aquellos perjuicios que la apreciación de una realidad, con el empleo de la zona crítica, aconsejen ser excluidos, por no ser normalmente imputables, so pena de sancionar con exceso o desproporcionadamente la conducta dolosa, todo ello por muy respetable que pueda ser la opinión en contrario de los recurrentes [las compradoras Industrias Abella, S.A. y Nutrimax, Sociedad Anónima], mas sin llegar al extremo de sustituirla por la del Juzgador; que, según reiterada doctrina, ha de prevalecer» (cursiva mía; cdo 11.º).

«[...] consideración y destina desestimatorio [sic; mismo destino desestimatorio] aplicable al motivo quinto y último¹⁰²¹, por no ser sino reitera-

incluso antes del 4 de diciembre de 1974) [sic] para prestar su trabajo en el Matadero de Tineo, como consecuencia precisamente de su adquisición. Se equivoca la sentencia recurrida cuando manifiesta que «se infiere una desconexión en la situación patrimonial y en la actividad comercial de la empresa [sic] sin que se haya demostrado la incidencia de aquella sobre ésta». Y se equivoca además por la sencilla razón de que esta demostración no incumbe a la víctima del dolo civil, a la que basta con probar que el daño no hubiera surgido sin el hecho que obliga a la indemnización. Esto es así porque la acción que se ejercita –y prospera– determina un amplio resarcimiento como consecuencia de lo que se ha venido llamando el carácter antijurídico o inmoral del dolo, que es la base de un resarcimiento en grado máximo, en cuanto abarca los daños y perjuicios previsibles e imprevisibles y no puede en modo alguno ser moderado por el Juez, ya que tal facultad está implícitamente sustraída a su arbitrio por la legislación civil». Y este es el mandato del artículo 1107, párrafo segundo del Código Civil, que la sentencia impugnada infringe, por lo que debe ser casada» (rdo 8.º de la STS, 1.º, 26.10.1981).

¹⁰²¹ En concreto, en el motivo 5.º de su recurso de casación, las compradoras *Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.* exponen: «[...] infracción de ley y de doctrina legal por interpretación errónea de los artículos 1101, 1102 y 1107, párrafo segundo, del Código, y con los artículos 7, 8, 10 y 11 y concordantes

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

ción y complemento de los ya estudiados, bien que por la vía de interpretación errónea de los artículos 1101, 1102 y 1107, en relación con los 1265 y 1270, todos del Código Civil, en tanto no se destruye, como se ha visto, la apreciación e interpretación razonable del Juzgador» (cdo 14.º).

[B] *La STS, 1.ª, 24.04.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés)*

Reitero los hechos que expuse supra, [55] [C.2] y [120] [B]. En síntesis, la familia Antonio posee el 58,78% del capital de una sociedad, encontrándose el resto del capital en manos de accionistas minoritarios, uno de los cuales era Marino con el 7,41% del capital (5.780 acciones) y miembro del Consejo de Administración. Tras diversas discrepancias y reuniones con la familia Antonio, se propone a Marino la compra de sus 5.780 acciones, lo que este acepta después de solicitar información sobre la situación patrimonial societaria y acceder a la información del Balance cerrado a 31.12.1987. El 06.07.1988 Marino vende su participación por 96.410.040 pesetas (16.680 pesetas por acción) a Aida (hija del Presidente de la compañía, haciendo esta la compra mediante un hermano suyo como mandatario). *Cuatro meses después* (el 30.11.1988), la familia Antonio vende el 93,29% del capital a una sociedad alemana a 27.372 pesetas por acción, y *cuatro años después* (julio de 1992) vende el resto de las acciones a 40.529 pesetas. El 06.09.1991, Marino se querrela por estafa y apropiación indebida contra Lázaro y Jose Carlos, archivadas por sobreseimiento. El 24.04.2002 Marino (vendedor) demanda a Aida (compradora) y pide que se la condene a que le indemnice los daños y perjuicios por cuantía de 1.434.615 € (o subsidiariamente a 733.835 €, o subsidiariamente a 642.485 €) dado que se le ocultó dolosamente la oferta de compra y negociaciones con la empresa alemana, así como la auténtica situación patrimonial de la empresa y si lo hubiera sabido, no hubiera vendi-

del Decreto 3.090 de 2 de noviembre de 1962, y artículos 1, 3, 4 y 5 de la Orden de 18 de diciembre de 1972, por la que se regula el procedimiento de los expedientes de extinción, suspensión o modificación de la relación jurídico-laboral. La indemnización de los daños y perjuicios, dada la naturaleza de la acción de dolo, debe ser total. Pero a efectos hipotéticos, la sentencia recurrida debe ser anulada y casada, por no interpretar correctamente los preceptos que invocamos en este motivo, que se articula con independencia de los anteriores. En efecto: una reiterada jurisprudencia viene declarando que la base de la indemnización que conceden los artículos 1101 y 1102 del Código Civil, es la existencia real de perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación. La declaración de la Sala de la Audiencia no toma en consideración las normas laborales que impiden el despido sin la tramitación del oportuno expediente, y cuyo obligatorio cumplimiento había de observarse al poner fin a las relaciones de los empleados y obreros con «Mafrasa». Es obvio, pues, que con arreglo a los preceptos invocados y a la doctrina de la sentencia recurrida las cantidades fijadas en la demanda son las indemnizaciones pagadas a los despedidos, los gatos [*sic*; gastos] y minutas del expediente de regulación de empleo, los pagos a la Seguridad Social, al menos hasta diciembre de 1974, y los pagos por sueldos y liquidaciones de las partes correspondientes y pagas extraordinarias, que ascienden a la cantidad de 3.882.666 pesetas, hasta diciembre de 1974, todo lo cual suma un total de 5.963.776 pesetas con 90 céntimos. La cesación de la industria autorizada legalmente por las pérdidas acreditadas en el expediente de regulación de empleo y las propias declaraciones de la Audiencia sobre el dolo determinan que los daños deban indemnizarse en su totalidad. Pero lo que resulta indiscutible es que la indemnización de los perjuicios causados durante todo el periodo de tiempo que subsistió el dolo debe ser ineludible» (rdo 8.º de la *STS, 1.ª, 26.10.1981*).

do sus acciones, pudiendo retener su venta hasta 1992 o vender unos meses después a precio muy superior. En primera instancia se desestima la demanda de Marino al considerarse prescrita la acción ejercitada, acción difícil de individualizar, si bien se considera que es de naturaleza contractual y es la del artículo 1301 CC en relación con los artículos 1269 y 1270 CC. En segunda instancia también se desestima la demanda de Marino, centrándose el debate en la responsabilidad precontractual (o *culpa in contrahendo*) a la que se aplica el tratamiento de la responsabilidad extracontractual y la acción de Marino había prescrito (art. 1968.2.º CC); también se considera que la acción ejercitada fue la de nulidad del artículo 1301 CC, habiéndose aplicado correctamente el plazo de cuatro años. El vendedor Marino recurre en casación por vulneración de los artículos 7.1 y 1258 CC (motivo 1.º) e infracción del artículo 1964 CC (que en aquel entonces disponía un plazo de quince años; motivo 2.º). El Tribunal Supremo, que considera que Aida (la compradora) *no tenía que haber informar a Marino* (el vendedor, pues este era miembro del Consejo de Administración y de ahí que tuviera acceso a los libros y cuentas de la compañía; tuvo un defecto de autoinformación que le era imputable), entiende que no hubo dolo omisivo de Aida y no casa¹⁰²².

En lo que ahora interesa, la naturaleza contractual de la indemnización de daños y perjuicios, el Tribunal Supremo manifiesta:

«La Sala no comparte el criterio de los juzgadores de instancia respecto de la identificación de la acción que se ejercita, ni, en consecuencia, la aplicación al caso del régimen de la prescripción que se establece en los artículos 1968.2.º y 1301 del Código civil. *No estamos ni ante un supuesto de responsabilidad precontractual, ni ante el ejercicio de la acción de nulidad por dolo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1301, en relación con los artículos 1269 y 1270, todos ellos del Código civil.*

[...].

En el caso de ejercicio de la acción de responsabilidad por dolo in contrahendo, se ha de convenir con la más autorizada doctrina en que la acción de responsabilidad es de naturaleza contractual, y por ende en cuanto a la prescripción se regiría por el artículo 1964 del Código civil. A esta conclusión se llega tanto al considerar que la presencia de un contrato en vigor aparta el tema de los supuestos de responsabilidad precontractual [esta última cursiva del original], cuanto si se estima que la moderna dogmática contractual exige la incorporación de las declaraciones efectuadas durante los tratos preliminares como promesas contractuales, lo que ya se establece de modo expreso para la protección de los consumidores en la legislación protectora [...]. Las representaciones efectuadas durante la fase de tratos preliminares pueden configurar el comportamiento que se espera del deudor y servir de pauta para determinar la existencia de un incumplimiento. Además, esta responsabilidad comprendería no sólo el llamado «interés contractual negativo», sino el «interés contractual positivo», pues la indemnización por dolo ha de referirse a la totalidad del daño provocado

¹⁰²² Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

por el engaño que ha frustrado el desarrollo normal del contrato y ha impedido la satisfacción del interés del deceptor

[...]

No se acepta, en consecuencia, la fundamentación de las sentencias de instancia en cuanto a que la acción ejercitada sea la de anulación, con el plazo de caducidad de cuatro años que establece el artículo 1301 del Código civil, ni respecto a que se trate de un supuesto de responsabilidad precontractual al que se hubiera de aplicar el plazo de prescripción del artículo 1968,2.º del Código civil. Pero ello no determina la estimación del recurso [de casación], en razón del principio de «equivalencia de resultados», puesto que se ha de mantener el fallo de la sentencia, aun cuando aplicando otros fundamentos» (cursiva mía, salvo indicación en contrario; FD 3.º).

4.3.1.3 *La extensión de los daños indemnizables habiendo dolo causal: interés contractual negativo/interés contractual positivo. La incorporación al contrato de la representación hecha dolosamente como cláusula contractual y los remedios indemnizatorios*

A) *La doctrina de los autores*

[126] A la víctima del dolo *¿se le indemniza el interés contractual negativo o el positivo* (y esto, con el problema añadido de, qué se incluye en cada uno de esos intereses)? La respuesta a la anterior pregunta *¿es distinta en función de que el contrato se anule, o no? O ¿es la misma, al haber uniformidad en el tratamiento jurídico?* De nuevo, entre los autores se defienden distintas tesis.

[A] *El interés de confianza (el interés contractual negativo y el positivo) y el interés en el cumplimiento*

Antes, solo me he referido al interés contractual negativo y al positivo, *terminología habitual entre nosotros*. Ahora bien, Pantaleón Prieto y Asúa González precisan más y diferencian entre el interés de confianza (dentro del cual incluyen el interés contractual negativo y el positivo) y el interés en el cumplimiento, y lo hacen como sigue.

[A.1] En un trabajo sobre «propuestas para un futuro Código Latinoamericano de Contratos»¹⁰²³, Pantaleón Prieto explica que ««los conceptos contrapuestos [de] «interés contractual positivo» e «interés contractual negativo» [que] nacieron contemplando sólo los supuestos de *culpa in contrahendo* en los que no se llega a concluir un contrato o el contrato celebrado es nulo, pueden también

¹⁰²³ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (2011) p. 900.

utilizarse en este grupo de casos [esto es, en los casos en que «durante las negociaciones de un contrato, una de las partes infringe dolosa o culposamente un deber de revelar a la otra parte cierta información, o le proporciona una información falsa o incorrecta, y ello provoca que la otra parte consienta un contrato que, si hubiera recibido la información debida o correcta, no habría celebrado, o no habría celebrado con los términos y condiciones con los que lo celebró»¹⁰²⁴] *en el sentido siguiente*: indemnizar al perjudicado por el deber de información en la medida de su «interés contractual negativo» significará «ponerle en la situación en la que se habría encontrado si el contrato no se hubiese celebrado»; indemnizarle en la medida del «interés contractual positivo» significará «ponerle en la situación en que se habría encontrado si el contrato se hubiese celebrado con términos y condiciones más favorables para aquél». En este sentido [...] el «interés contractual positivo» no se identifica con el *expectation interest* o interés en el cumplimiento, sino que es una de las dos variantes alternativas del *reliance interest* o interés de confianza, más arriba definido. La otra variante sería el aquí llamado «interés contractual negativo» (cursiva del original)¹⁰²⁵. Advierte Pantaleón Prieto, que «[e]s esencial que las precisiones terminológicas anteriores queden claras, ya que rompen con la tradicional identificación entre el *expectation interest* o interés en el cumplimiento y el interés contractual positivo, utilizada en los grupos de casos precedentes»¹⁰²⁶.

A fin de ilustrar el distinto funcionamiento de los referidos intereses, Pantaleón Prieto se refiere al «ejemplo de un contrato de compraventa en el que haya sido el vendedor quien infringió dolosa o culposamente un deber precontractual de información, generando en el comprador falsas expectativas sobre la utilidad para él de la cosa comprada. Y sea *VR*: el valor real de la cosa comprada; *P*: el precio pagado por el comprador; *VI*: el valor que la cosa habría tenido, si su utilidad para el comprador se hubiese correspondido con las expectativas generadas por la falta de información o la información incorrecta; y *PH*: el precio que habría pagado el comprador (y aceptado cobrar el vendedor) por la cosa si no se hubiese producido la infracción del deber de información, esto es, si el comprador hubiera conocido la realidad de las cosas al tiempo de contratar. Pues bien [continúa Pantaleón Prieto]:

La medida típica de la indemnización del *expectation interest* o interés en el cumplimiento vendría representada por la fórmula *VI* [valor que la cosa habría

¹⁰²⁴ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (2011) pp. 916-917.

¹⁰²⁵ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (2011) pp. 917-918; antes, había dicho: «la parte infractora deberá indemnizar a la otra parte en la medida necesaria para dejarla en la situación en la que se habría encontrado si, al tiempo de contratar, hubiera contado con la información debida o correcta; o dicho de otra manera, si al tiempo de contratar hubiera sabido la verdad, la realidad de las cosas, acerca de los hechos o circunstancias objeto de la información omitida, falsa o incorrecta./ [...]. La descrita más arriba es [...] la medida de la indemnización característica de la responsabilidad precontractual por infracción del deber de información: la medida del *reliance interest* o interés de confianza. [...] en la presente constelación de casos [...] [se trata de la] errónea confianza en la representación de la realidad producto de la información omitida o incorrecta: confianza ésa, que habría provocado que la parte a quien se le generó consintiese un contrato que, de haber conocido la realidad de las cosas al tiempo de contratar, no habría celebrado, o no habría celebrado con los términos y condiciones con los que lo celebró» (p. 917).

¹⁰²⁶ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (2011) p. 918.

tenido, si su utilidad para el comprador se hubiese correspondido con las expectativas generadas por la falta de información o la información incorrecta]– VR [valor real de la cosa comprada]¹⁰²⁷; la del *reliance interest* o interés de confianza en su variante «interés contractual negativo», vendría representada por la fórmula P [precio pagado por el comprador]-VR [valor real de la cosa comprada]; y en su variante «interés contractual positivo», por la fórmula P [precio pagado por el comprador]-PH [precio que habría pagado el comprador (y aceptado cobrar el vendedor) por la cosa si no se hubiese producido la infracción del deber de información, esto es, si el comprador hubiera conocido la realidad de las cosas al tiempo de contratar]¹⁰²⁸,¹⁰²⁹.

[A.2] Asúa González se refiere al derecho alemán, en el que «se ha recurrido con frecuencia a la *culpa in contrahendo* [esta cursiva del original] en casos en los que se ha celebrado un contrato válido (que, aunque sea anulable, no se anula) y una de las partes ve lesionada sus intereses debiéndose ello a un comportamiento de la otra contrario a la buena fe en el periodo precontractual. *Comportamiento que viene a consistir en la infracción de una obligación de información (por proporcionar, dolosa o negligentemente, información incorrecta o no proporcionar información debida). La perspectiva es entonces que la parte dañada se ve vinculada a un contrato que resulta insatisfactorio y su actitud frente al mismo habría sido distinta (no habría contratado o lo habría hecho en otras condiciones) de haber contado con la información pertinente*» (cursiva mía)¹⁰³⁰. Añade que «[l]a perspectiva indemnizatoria (por equivalente dinerario) que tiende a colocar o acercar al dañado en la situación en la que estaría si no hubiera contratado es la del interés negativo», pues «[c]omo se ha contratado, y *el contrato se mantiene*, lo que procedería para calcular la indemnización sería restar del precio pagado el valor real de la prestación (a ello podría añadirse otros eventuales daños)» (cursiva mía)¹⁰³¹.

Ahora bien, advierte Asúa González, «[l]a del interés negativo no era la única medida posible» y «[p]odría haberse adoptado un enfoque más amplio y dicho que las consecuencias indemnizatorias serían *las necesarias para poner a la parte perjudicada en la situación que estaría si no se hubiera producido la infracción de la obligación de información* [esta cursiva del original] (la conduc-

¹⁰²⁷ A propósito de esta fórmula VI-VR (del interés en el cumplimiento), en nota 20 de p. 918 [ADC (2011)], PANTALEÓN PRIETO añade, «[o], *alternativamente*, por el coste para el comprador de hacer realidad las expectativas de utilidad de la cosa para él generadas por la infracción del deber precontractual de información. *Que serían, una o la otra, las medidas de la indemnización que indudablemente podría exigir el comprador por la responsabilidad contractual del vendedor, en caso de que aquellas expectativas debieran considerarse incorporadas al contrato de compraventa como un término del mismo*» (cursiva mía).

¹⁰²⁸ Sobre esta fórmula P-PH (del interés de la confianza) PANTALEÓN PRIETO aclara: «La fórmula correspondiente a la acción de reducción del precio o *quantum minoris*, que también correspondería al comprador en el supuesto contemplado en la precedente nota 20 [vid. la nota inmediatamente anterior a esta], sería $P-P \times VR/VI$, o lo es lo mismo, $P(1-VR/VI)$ » (nota 21 de p. 918).

¹⁰²⁹ PANTALEÓN PRIETO, ADC (2011) p. 918.

¹⁰³⁰ ASÚA GONZÁLEZ (2014) pp. 161-162.

¹⁰³¹ ASÚA GONZÁLEZ (2014) p. 163.

ta contraria a la buena fe). Y es que, en caso de que se hubiera contado con la información pertinente, podría haber ocurrido que no se contratara (interés negativo), *pero, al menos teóricamente, que se hubiera realizado un contrato más beneficioso ¿Cómo llamaríamos a la perspectiva indemnizatoria que no es el interés negativo (reconstruir la situación equivalente a si no se hubiera contratado) y que no es el interés positivo o de cumplimiento (reconstruir la situación equivalente a si fueran debidas por la otra parte las expectativas generadas en el dañado). Aquí cualquier denominación puede ser confusa. En caso de invalidez o de interrupción de negociaciones, interés negativo es sinónimo de interés de la confianza*¹⁰³². *En estos casos [los casos de mantenimiento del contrato] no. Y es que ahora interés de la confianza será un concepto más amplio que englobaría la perspectiva del interés negativo (insisto, como si no se hubiese contratado) pero también, y si es el caso, la de la colocación como si se hubiera contratado en mejores condiciones (si esa es la situación que se hubiera dado de cumplirse con la obligación de información). Podría hablarse de un interés positivo dentro del interés de la confianza*¹⁰³³, *pero, como hemos dicho [Asúa González], puede ser confuso»* (cursiva mía, salvo que indique lo contrario)¹⁰³⁴.

[127] A propósito de las preguntas que planteo *supra*, [126]:

a) De Cossío y Corral tiene presente si el contrato se anula o no, dado «que el contenido de la responsabilidad es distinto», si bien «la acción que se ejercita no es otra sino la misma acción de dolo»¹⁰³⁵.

¹⁰³² Para la responsabilidad en casos de *invalidez* contractual (en los que incluye los casos de *anulación* contractual), ASÚA GONZÁLEZ considera que «la misma ha de establecerse en perspectiva de interés negativo; esto es, como si no se hubiera contratado (en los casos de nulidad, podría decirse con propiedad como si no hubiera confiado en la validez del contrato)» [(2014) p. 161]

¹⁰³³ Advierte ASÚA GONZÁLEZ que, «[e]ntre nosotros se hace eco de esa denominación, Pantaleón Prieto [apellidos, mayúsculas en el original] [...]» [(2014) nota 67 de p. 164].

¹⁰³⁴ ASÚA GONZÁLEZ (2014) pp. 163-164; continúa: «En todo caso, esas eventuales mejores condiciones contractuales en caso de cumplimiento del deber de información son carga probatoria de quien las pretende y no parece un extremo de fácil acreditación. Si al juzgador no se le lleva a esa convicción, la medida de la indemnización sería la del interés negativo. [...]. En cualquiera de los casos, y sea cual sea el enfoque, se trataría propiamente de indemnización y no de *adaptación* del contrato./ Por lo demás, en los casos de mantenimiento del contrato es razonable considerar que el interés de confianza (y se trate del interés negativo o de ese particular interés *positivo* al que nos hemos referido), la indemnización no venga limitada por el interés de cumplimiento (o propiamente positivo; el correspondiente a la prestación según las expectativas razonables generadas)» [cursiva del original; (2014) pp. 164-165].

Y en nota 66 de p. 164, dice ASÚA GONZÁLEZ: «Sirva un ejemplo muy esquemático (y exclusivamente centrado en el *intercambio*) para ilustrar las distintas posibilidades. Supongamos que se ha pagado 100 por un bien que, cumpliendo lo que es exigible según el contrato, tendría un valor de 110, pero que tiene, en sus concretas circunstancias, un valor real de 50; y supongamos también que por ese bien, si se hubiera tenido la información pertinente, se habría pagado (y la otra parte habría aceptado) 40. El interés negativo sería de 50 (la diferencia entre el valor real y lo pagado). Lo que en el texto se va a llamar interés positivo de la confianza sería de 60 (la diferencia entre lo pagado efectivamente y lo que se habría pagado de haber tenido la información). El interés positivo (de cumplimiento) sería 110 (en este cálculo se parte de que lo pagado se *recupera* como daño emergente)» (cursiva del original).

¹⁰³⁵ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 369.

Si se anula el contrato, De Cossío y Corral considera que la indemnización de daños y perjuicios «únicamente abarca el interés contractual negativo»¹⁰³⁶ y la víctima del dolo «puede pedir todos los daños y perjuicios que se le causan por la ineficacia del contrato, es decir, los lucros y daños que se le siguieron por su conclusión y los que se determinan por su ineficacia, de forma que su patrimonio quede indemne, y repuesto al mismo estado que tendría si no se hubiese llegado a producir el acto doloso»¹⁰³⁷.

Y si la víctima del dolo solicita «los daños producidos por el contrato», explica De Cossío y Corral «no cabe luego la impugnación» del contrato y en este caso, la indemnización de daños y perjuicios «se extiende al llamado interés contractual positivo» (cursiva mía)¹⁰³⁸. «[L]a reclamación del interés positivo del contrato supone una confirmación del negocio anulable»¹⁰³⁹. En cuanto al interés contractual positivo «de un contrato viciado por el dolo, no puede pretender [su víctima] una indemnización que le produzca todas las ganancias que le prometían las maniobras dolosas, ya que éstas no constituían un lucro posible¹⁰⁴⁰, sino todas las [ganancias] que ha dejado de obtener por la conclusión del contrato, y todos los daños que el mismo le ha causado»¹⁰⁴¹.

b) *Pensando en que el contrato se anula*, De Verda y Beamonte entiende indemnizable «el interés contractual negativo, al haber confiado [...] en la validez de un negocio, que, a la postre, resultó nulo, en virtud de una causa provocada por la conducta maliciosa de la otra parte», siendo indemnizables el «daño constituido por los gastos que, como consecuencia de la impugnación del negocio, pierden su utilidad (daño emergente)» y «la pérdida de las ocasiones contractuales favorables (lucro cesante), debiendo el declarante [el que

¹⁰³⁶ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 369.

¹⁰³⁷ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 370.

¹⁰³⁸ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 369.

¹⁰³⁹ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 369; aclara además: «Y ello no solo en el supuesto de dolo causante, sino también cuando el dolo es dolo de tercero: ejercitada contra éste la acción de dolo en los términos indicados, se entiende realizado un acto de confirmación y, por lo tanto, no es posible ya solicitar la nulidad, pues el defecto del contrato ha quedado subsanado al producirse el rescaramiento. Ello no obsta [...] para que, pedida dicha nulidad, fundada en el error, por ejemplo, pueda accionarse contra el tercero por el interés negativo, también al amparo de la misma acción de dolo» (pp. 369-370).

¹⁰⁴⁰ Este razonamiento de DE COSSÍO Y CORRAL «[n]o parece oportuno», entiende MORALES MORENO, pues «[e]l criterio no es la posibilidad en la realidad, sino la posibilidad en la que justificadamente se confía, infundada por la mala fe del contratante doloso» [(1993a) nota 175 de p. 434; del pensamiento de MORALES MORENO doy cuenta en este mismo [127], siguiente d)].

¹⁰⁴¹ a) DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 370.

b) Tras referirse al pensamiento global de De Cossío y Corral, DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN dicen en 2011 que, «[d]e esta opinión se hace eco Díez-Picazo [...] y es seguida por otros autores ([...] Manuel Jesús Marín López [...] S. Quicios Molina [...] X. Basozabal [...]) [apellidos, mayúsculas en el original; CCJC (2011) apartado II, p. 6].

sufrió el dolo] demostrar que la celebración del contrato inválido le impidió aceptar una oferta seria y particularmente ventajosa»¹⁰⁴².

En cambio, si la víctima del dolo «no demanda la anulación, procederá el resarcimiento de todos los daños, que conocidamente se deriven del incumplimiento por parte del «deceptor» [cfr. art. 1107.II CC], de los deberes de lealtad que la buena fe impone a los contratantes» («resarcimiento íntegro del año [sic; daño]») ¹⁰⁴³.

c) *Refiriéndose al supuesto en que el contrato se anula*, García Rubio y Otero Crespo consideran «que el interés tutelado por la pretensión indemnizatoria [...] es el interés en no haber contratado de no haber padecido la circunstancia invalidante, esto es, el interés negativo o interés de la confianza», que «incluye [...] el daño emergente (gastos derivados de la contratación que a la postre resultó frustrada)» y «el lucro cesante, que alcanza la pérdida de posibles oportunidades de contratar con tercero», añadiendo, que «también nuestro Tribunal Supremo en ocasiones acuerda el resarcimiento de las pérdidas de las ganancias que el actor esperaba obtener y que se han visto frustradas por la nulidad del negocio»¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴² DE VERDA Y BEAMONTE, *RdP* (2006) p. 64; *vid. además CCJC* (2007) p. 1327.

¹⁰⁴³ DE VERDA Y BEAMONTE, *CCJC* (2007) p. 1327; recuerdo que el autor defiende la naturaleza extracontractual de la indemnización de daños y perjuicios, se anule, o no, el contrato [al respecto *supra*, [122] b)] y de ahí su interés en aclarar, tras señalar que «el dolo grave permite obtener a quien lo padece el resarcimiento integral del contrato [cfr. art. 1107.II CC], sin necesidad de pedir la anulación», «[a]hora bien, la responsabilidad del «deceptor» no es contractual, sino extracontractual, por lo que, en caso de cooperación de terceros en su actuación dolosa, todos ellos responderán solidariamente frente al «deceptor»» (p. 1328).

¹⁰⁴⁴ a) GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO, *Indret* (2010) p. 48; en nota 204 de p. 48 se informa: «[p]osutura que ya nos parecía la correcta, apartándonos de la doctrina entonces mayoritaria, en GARCÍA RUBIO (1991, pp. 239 ss); *vid. además* p. 56.

b) Acudiendo a la referencia bibliográfica indicada en dicha nota 204 [en la anterior a)], GARCÍA RUBIO informaba de que «[l]a doctrina española acepta con práctica generalidad la idea de que la sanción relativa a la responsabilidad precontractual se corresponde con el interés contractual negativo. Sorprende, sin embargo, la inicial discrepancia que, frente a la doctrina jurídica extranjera, parecen mantener nuestros autores respecto del alcance del daño resarcible; en este sentido ninguna duda parece derivarse de los daños efectivos, tanto materiales como morales (v. gr., atentados a la reputación comercial de la víctima), pero son numerosas las opiniones que excluyen como partida del interés negativo la falta de ganancia. Así, L. Díez-Picazo afirma expresamente que los daños resarcibles a causa de la esterilidad de una negociación no deben comprender la pérdida de ofertas más favorables. La misma opinión sustenta B. Moreno Quesada, quien considera que, si a la persona que estando en negociaciones con otra se le presenta una oportunidad más ventajosa de contratar, tal persona tiene un motivo justificado para romper los tratos primitivos e iniciar unos nuevos con el que mejores perspectivas le ofrezca; si no lo hace, entiende este autor que no puede aprovechar la posterior ruptura de las negociaciones para invocar aquella oportunidad perdida. Este argumento es compartido por A. Manzanares, quien del mismo modo fundamenta la exclusión del lucro cesante como partida indemnizable en caso de ruptura de negociaciones, apoyándose en las dificultades de prueba que tendría la demostración de esas eventuales oportunidades negociales. Por su parte, L. Díez-Picazo y A. Gullón rechazan que el acreedor que opta por la resolución del contrato (materia en la que también debe indemnizarse el interés negativo) pueda reclamar los posibles lucros cesantes, ya que ello

Advierten sobre lo anterior, «[t]odo ello siempre que el deber de información precontractual no se haya «contractualizado», transformándose entonces en una verdadera obligación cuyo incumplimiento pondrá en marcha los remedios propios de éste, entre los que destaca el remedio resolutorio con indemnización del interés positivo o interés en el cumplimiento», y «[c]uestión a plantear en este último caso es si los remedios contractuales (particularmente, resolución más indemnización del interés positivo) y los precontractuales (anulación por vicio del consentimiento más indemnización del interés negativo) son o no compatibles, interrogante a la que no se da una respuesta uniforme»¹⁰⁴⁵.

Para el supuesto en que, habiendo vicio del consentimiento, el contrato no se anula, GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO se ocupan de la indemnización de daños y perjuicios *por dolo incidental* del artículo 1270. II CC, que «se correspondería [...] con el interés de la confianza o interés negativo», algo que expresamente recoge, por ejemplo, el artículo 3.18 Principios UNIDROIT (hoy art. 3.2.16 Principios UNIDROIT 2016, que transcribo *supra*, [5] [C])¹⁰⁴⁶,

implicaría que el acreedor se quería colocar en la misma situación patrimonial que si el contrato se hubiese celebrado» [(1991) pp. 239-240].

Para GARCÍA RUBIO, «[t]ampoco las razones de los autores antes aludidos nos parecen convincentes. [...] En todos estos casos, si el negocio proyectado no se llega a celebrar (*al igual que si, habiéndose celebrado, resulta ineficaz*), la persona defraudada sufre un daño que será tanto mayor cuanto peores sean las condiciones en las que pueda realizar un contrato semejante al frustrado una vez que se haya consumado la esterilidad de la negociación. *De este daño deberá responder, sin duda, la persona que lo ocasionó, sin más límites que los derivados de la relación de causalidad. Nuestro CC declara expresamente que las partidas integrantes del daño indemnizable (contractual, extracontractual y precontractual) son las pérdidas efectivamente sufridas y las ganancias dejadas de obtener*; la dificultad de acreditación que tienen estas últimas, quizás explique la restrictiva postura de nuestros tribunales a la hora de decretar indemnizaciones por razón de lucros frustrados, pero en manera alguna justifica que tales lucros deban de ser excluidos como partida a resarcir./ [...] Resulta, pues, incuestionable que el interés de confianza abarca, cuando menos potencialmente, tanto las pérdidas efectivamente sufridas, como los beneficios dejados de obtener; debe, por tanto, considerarse errónea la tesis según la cual han de excluirse los lucros cesantes como partidas computables de [sic; del] citado interés» [cursiva mía; (1991) pp. 241-242; en cuanto al interés negativo en el derecho comparado, pp. 230-239].

¹⁰⁴⁵ a) GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO, *Indret* (2010) p. 48; *vid. además* p. 56.

b) Traté de los temas de concurrencia entre dolo o error e incumplimiento contractual en relación con la regulación de la PMCC de 2009, en FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [62]-[63] pp. 122-125; y en relación con la regulación de los PECL, pp. 125-129.

¹⁰⁴⁶ Recuerdo que el citado artículo 3.2.16 Principios UNIDROIT 2016 ordena que, *se anule o no el contrato*, «la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación del contrato 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». Sobre la «[c]uantificación de los daños», en el Comentario oficial 2 se explica que, «[a] diferencia de los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento, regulados en el Capítulo 7, Sección 4, el resarcimiento contemplado en el presente artículo sólo tiene la finalidad de dejar a la otra parte en la misma posición en la que se encontraría de no haber celebrado el contrato» (p. 135). Y a modo de «ejemplo», ««A» vende software a «B» a pesar de que «A» no podía ignorar lo inadecuado de dicho software para el uso al que lo deseaba destinarlo «B». Independientemente de que «B» decida anular el contrato, «A» no es responsable por las pérdidas sufridas por «B» como consecuen-

«aunque [según las autoras] ha de reconocerse que no existe, ni mucho menos, unanimidad al respecto», destacando en este sentido que *en el derecho español* «existen resoluciones que reconocen el resarcimiento de daños *que exceden de tal interés negativo*, como la contenida en la STS de 30 de junio de 2000 [de la que me ocupo *infra*, [133] [A]] [...], en la que se apreció la existencia de una conducta precontractual omisiva por parte del vendedor que suponía [...] dolo incidental, pero que curiosamente fue considerado constitutivo de incumplimiento contractual, de suerte que la indemnización consistió en el valor de las obras necesarias para conseguir la licencia de apertura de cuya inexistencia no había sido informada la parte compradora» (cursiva mía)¹⁰⁴⁷. Dicho lo anterior, García Rubio y Otero Crespo *no ven* «*obstáculo en entender que la misma solución procederá cuando la parte perjudicada por el contrato, a pesar de haber sufrido un vicio del consentimiento y tener a su disposición la acción de anulabilidad, no esté interesada en desvincularse del contrato*» (cursiva mía), como se ha reconocido en la STS, 1.ª, 18.01.2007 (de la que me ocupé *supra*, [120])¹⁰⁴⁸.

d) Sobre el argumento favorable a que la indemnización de daños y perjuicios se limite al interés negativo cuando se anula el contrato, pues «*anulado [...] a petición del contratante, éste no puede pretender obtener, al mismo tiempo, en vía indemnizatoria, las ventajas que el propio contrato le debía proporcionar*», Morales Moreno lo valora *no* «*adecuado en caso de dolo*» y ello, «*porque la indemnización se justifica, prioritariamente, en la decepción de la confianza provocada con el dolo, de acuerdo con las exigencias de la buena fe (art. 1258 del Código civil)*» y, «*[s]i el dolo implica un engaño, la*

cia de la imposibilidad de usar el software para los fines que lo deseaba» (p. 135). Las citas de UNIDROIT (2016).

¹⁰⁴⁷ a) GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO, *Indret* (2010) pp. 50-51.

b) La aludida en el cuerpo del texto STS, 1.ª, 30.06.2000 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil) es citada por la STS, 1.ª, 11.07.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán; de esta última doy cuenta *supra*, [55] [A.2] e *infra*, [133] [B]) y, esta segunda sentencia permite a DE LA MAZA GAZMURI plantear *cómo unos mismos hechos pueden simultáneamente calificarse de dolo e incumplimiento, apuntando su solución*. Para DE LA MAZA GAZMURI, «el hecho que el tribunal que conoció de la apelación de la sentencia de primera instancia *enlazó* el silencio de la Concedente con la infracción del pacto de exclusividad. Por lo tanto, *desde la mirada de ese tribunal, el silencio había determinado un incumplimiento del contrato. Esta consideración es extraordinariamente interesante porque lleva a concluir que los mismos hechos que configuran un dolo incidental configuran un incumplimiento del contrato. O dicho de otra manera, que la infracción del deber de informar podía ser reclamada a través de las acciones propias del dolo incidental y las del incumplimiento contractual*» (p. 1864) y, concluye, «que si efectivamente determinan el incumplimiento, *las consecuencias del silencio pueden quedar disciplinadas por el estatuto de la responsabilidad contractual*» (cursiva mía; p. 1865). Las cita de ADC (2007).

¹⁰⁴⁸ GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO, *Indret* (2010) pp. 51-52; *vid.* además p. 56; las autoras mencionan «expresamente, por ejemplo, en el art. 31.3 CO suizo» (p. 51; según dicho art. 31.3 CO 1911: «La ratification d'un contrat entaché de dol [...] n'implique pas nécessairement la renonciation au droit de demander des dommages-intérêts»).

*indemnización por dolo debe referirse al daño provocado por el engaño» (cursiva mía)*¹⁰⁴⁹.

A su parecer, «[l]a existencia del contrato (o, simplemente, de una apariencia de contrato) explica que haya podido surgir la confianza y permite delimitar, por referencia a él [al contrato o a la apariencia de contrato], el interés protegible, así como el cauce jurídico para su reparación (acción contractual), pero la indemnización no deriva directamente de la existencia del contrato», y «[p]or ello, su subsistencia no es presupuesto necesario para la indemnización del interés» (cursiva mía)¹⁰⁵⁰. En suma, «[l]a declaración de nulidad del contrato, basada en el dolo, no debe excluir la indemnización del interés positivo» (cursiva mía)¹⁰⁵¹. Morales Moreno recuerda que en el derecho romano («en Roma») se acudía al cauce jurídico de la acción contractual en los contratos de buena fe¹⁰⁵². Lo anterior, defendido por Morales Moreno en 1993, sigue defendiéndolo en 2022.

¹⁰⁴⁹ MORALES MORENO (1993a) p. 433.

¹⁰⁵⁰ MORALES MORENO (1993a) pp. 433-434.

¹⁰⁵¹ a) MORALES MORENO (1993a) p. 434; continua: «La confianza que se genera, cuya frustración debe ser indemnizada, no es tanto la confianza en la validez del contrato cuanto la de poder obtener, a través del mismo, la satisfacción de un determinado interés. El dolo ha impedido que el contrato, en su normal desarrollo, pueda ser el cauce adecuado para satisfacer el interés basado en la confianza. La frustración de esa expectativa, en cuanto que sea debida al dolo (la expectativa y la frustración), es imputable al contratante doloso, y genera un deber de reparar, en la medida de ese interés. Entendido así, ese interés comprende al interés positivo» (cursiva mía). Vid. «Artículo 1270» (1993b) p. 472.

b) Tras referirse al pensamiento de Morales Moreno, DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN dicen en 2011, que «[l]a tesis de Morales ha sido dada por buena por F. Gómez Pomar» [mayúsculas del original; CCJC (2011) apartado II, p. 8]. Vid. además c), de la nota inmediatamente siguiente, en que se añade a Carrasco Perera.

¹⁰⁵² a) MORALES MORENO (1993a) nota 173 de p. 434.

b) Para PANTALEÓN PRIETO, «[l]a tesis de que, en caso de engaño doloso, el perjudicado pueda exigir una indemnización en la medida de su *expectation interest* [cursiva del original] o interés en el cumplimiento *no debe ser acogida*, a pesar de su raigambre en el Derecho Romano y de que siempre ha contado con defensores muy autorizados» [salvo indicación en contrario, cursiva mía; ADC (2011) p. 921]. En opinión de PANTALEÓN PRIETO, al perjudicado por el engaño doloso se le indemnizará el interés en el cumplimiento, «sólo [...] cuando la falsa representación generada en la otra parte por el engaño doloso deba considerarse incorporada al contrato como un término del mismo y, por lo tanto, el infractor doloso del deber precontractual de información haya efectivamente incurrido en un incumplimiento contractual por la falta de conformidad de su prestación con los términos del contrato. Y no tiene por qué ser necesariamente así» (cursiva mía; p. 921).

c) ASÚA GONZÁLEZ, que recuerdo, considera para los supuestos de *invalides* contractual, lo que incluye a la anulación contractual, que se indemniza el interés negativo (al respecto, *supra*, nota 1032), tras apuntar que «[e]n el supuesto de dolo se ha mantenido la posibilidad de calcular la indemnización en clave de interés positivo [y en nota 60 de p. 161 cita a Morales Moreno, Gómez Pomar y Carrasco Perera]», afirma que «una cosa es que una actuación dolosa relativa a la prestación haga evidente que la falsa representación resulta debida en virtud del contrato –y ello permita, en el plano de remedios frente al incumplimiento, pretender ser colocado en el equivalente dinerario a esa situación– y otra que esa deba ser también la pretensión en caso de optarse por la anulación del contrato. En tal supuesto también procedería ser colocado como si no se hubiera contratado. Otra cosa es que, en los supuestos de *invalides*, la indemnización no venga limitada por el importe del interés del cumplimiento» [(2014) p. 161].

[A] Escuetamente y en 2022, dice Morales Moreno:

«En caso de dolo, el TS ha admitido la indemnización de conceptos indemnizatorios encuadrables en el interés positivo (STS 289/2009, de 5 de mayo [de la que me ocupo *infra*, [128] [A]; el contrato se anuló]. *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 indemnizables propias del interés positivo*» (cursiva mía)¹⁰⁵³.

e) Bajo la consideración de que en los casos de dolo «se llega a *constituir una obligación*, mediante la celebración de un contrato entre quien realizó el acto ilícito (infringiendo dolosamente deberes informativos precontractuales) y la víctima de las consecuencias dañosas de tal proceder doloso» le hace pensar «que el art. 1107.II [CC] se puede aplicar a las hipótesis de *dolo in contrahendo*», Gómez Calle entiende que «cuando media dolo causal cabe distinguir [...] según que el contrato sea o no anulado» (cursiva del original)¹⁰⁵⁴.

Si el contrato se anula, «la reparación ha de cubrir todos los daños derivados del fracaso contractual (interés negativo), sea como daño emergente, sea como lucro cesante, abarcando todos los conceptos que señalamos [Gómez Calle] para los casos de anulabilidad por error»¹⁰⁵⁵, teniendo «en cuenta que, por aplicación del art. 1107.II [CC], el dolo amplía el círculo de daños de los que se ha de responder a todos los *que conocidamente se deriven* del incumplimiento de los deberes precontractuales de información» (cursiva del original)¹⁰⁵⁶.

Acudiendo a la aludida por Gómez Calle exposición suya sobre el error, la autora entiende que en el error puede exigirse responsabilidad *por culpa in contrahendo*, la cual encuentra «su *fundamento positivo* en el art. 1902 Cc» (cursiva del original)¹⁰⁵⁷.

Sobre «su *alcance*, entendemos [Gómez Calle] que ha de abarcar el interés negativo, entendido tradicionalmente como lo necesario para situar al indemnizado en la misma posición patrimonial en que estaría si no hubiese cele-

¹⁰⁵³ MORALES MORENO (2022) p. 756.

¹⁰⁵⁴ GÓMEZ CALLE (1994) pp. 48-49; además: «Ahora bien, puesto que se trata de una norma de carácter sancionador [la del art. 1107.II CC] (ya que agrava la responsabilidad del deudor doloso), y para imputar responsabilidad lo mismo sirve el dolo causal que el incidental, siendo aquél más grave que éste surge la cuestión de si para aplicar la sanción del art. 1107.II CC, no es preciso discriminar según la gravedad del comportamiento doloso. Algunos autores entienden que sí, por lo que circunscriben la aplicación de dicho precepto al dolo en sentido estricto, entendido como conducta gravemente engañosa o maliciosa realizada de forma consciente y voluntaria, lo que coincide con la noción de dolo causal» (p. 49).

¹⁰⁵⁵ GÓMEZ CALLE (1994) p. 49.

¹⁰⁵⁶ GÓMEZ CALLE (1994) p. 49.

¹⁰⁵⁷ GÓMEZ CALLE (1994) p. 35.

brado el contrato impugnado, restaurando, pues, el *status quo que existiría sin dicha celebración*. Esta concepción clásica del interés negativo, si bien nos sirve en el supuesto que ahora analizamos, porque se anula el contrato, no vale en otros casos, como los de contratación válida (p. ej., si el contrato anulable no es anulado); de ahí que se haya ido imponiendo una noción más abierta, desarrollada por la doctrina alemana, según la cual hay que indemnizar el «*daño a la confianza*» (*Vertrauensschaden*), esto es, el daño padecido por un contratante por haber confiado sin culpa de su parte en que el otro iba a actuar en las negociaciones conforme a los mandatos de la buena fe; se trata de que la indemnización deje a aquel cuya confianza ha sido defraudada en *la situación en que se hallaría de no haber confiado*» (cursiva del original) ¹⁰⁵⁸.

En cuanto al *daño emergente* y al *lucro cesante*, para su indemnización han de quedar «debidamente acreditado que deriva del incumplimiento de los deberes precontractuales de la otra parte» ¹⁰⁵⁹.

El *daño emergente*, entiende Gómez Calle, comprende «los gastos hechos en consideración al o a consecuencia del contrato y que, por tanto, al quedar éste frustrado, se revelan inútiles –v. gr., costes del contrato, de reconocimiento de la cosa, gastos hechos para la adquisición (créditos), transporte, instalación o mantenimiento de la cosa–»; «los gastos derivados para el *errans* de la imposibilidad de cumplir los compromisos que hubiese asumido frente a terceros (por ejemplo, una posterior transmisión), contando con la adquisición de un bien que reuniese las características presupuestas en el contrato que fracasa (v. gr., indemnizaciones por incumplimiento); y «los posibles gastos que pueden derivar de los defectos del bien, si se da el caso» (cursiva del original) ¹⁰⁶⁰.

La indemnización del *lucro cesante* incluye «la pérdida de las ventajas que se hubieran obtenido de haber aceptado otras ofertas contractuales, de las que se disponía cuando se celebró el contrato después anulado» ¹⁰⁶¹.

En el caso de que el contrato no se anule, también se aplica el artículo 1107.II CC «y la víctima del dolo» exigirá «sólo la indemnización de los daños que le hubiesen sido ocasionados por el hecho de quedar vinculada a un contrato que no se ajusta a lo que fue determinante para celebrarlo», y «desde este punto de vista parece que puede pretender un reajuste del precio» y «el abono de gastos que, hechos en consideración a lo que se esperaba adquirir, se reve-

¹⁰⁵⁸ GÓMEZ CALLE (1994) p. 35.

¹⁰⁵⁹ GÓMEZ CALLE (1994) p. 36.

¹⁰⁶⁰ GÓMEZ CALLE (1994) p. 36.

¹⁰⁶¹ GÓMEZ CALLE (1994) p. 36.

lasen inútiles a la vista de las características reales del objeto del contrato»¹⁰⁶². Precisa además, «que si el contrato se mantiene, no procederá la indemnización de gastos que presupongan su anulación, como los gastos del contrato», ni «[t]ampoco parece indemnizable como lucro cesante la pérdida de ganancias por haber rechazado una ocasión más provechosa a causa del contrato en cuestión»¹⁰⁶³.

[A] [A.1] Por último, *supra*, [126] [A.1], recuerdo, expuse la distinción y conceptos *interés contractual negativo e interés contractual positivo (ambos, dentro del interés de confianza) e interés en el cumplimiento, según Pantaleón Prieto*.

Pues bien, dentro del grupo de casos en los que «durante las negociaciones de un contrato, una de las partes infringe *dolosa* [cursiva mía] o culposamente un deber de revelar a la otra parte cierta información, o le proporciona una información falsa o incorrecta, y ello provoca que la otra parte consienta un contrato que, si hubiera recibido la información debida o correcta, no habría celebrado, o no habría celebrado con los términos y condiciones con los que lo celebró» (también *supra*, [126] [A.1]), Pantaleón Prieto se refiere a las tres siguientes situaciones, que en mi exposición *refiero al dolo*, y en todas ellas entiende que se indemniza el interés contractual negativo.

La *primera situación* es cuando «[l]a infracción del deber de información» supuso un dolo que permitía anular el contrato y el afectado por él *opta por la anulación*¹⁰⁶⁴. Según Pantaleón Prieto, se indemniza el interés contractual negativo: esto es, «la necesaria [medida indemnizatoria] para dejar» al que sufrió el dolo «en la situación en la que se habría encontrado si el contrato no se hubiese celebrado; o dicho de otro modo, *si nunca hubiera entablado con el infractor del deber de información las negociaciones dirigidas a la celebración del contrato*» (cursiva mía)¹⁰⁶⁵.

La *segunda situación* es cuando «[l]a infracción del deber de información» supuso un dolo que, si bien permitía la anulación del contrato, el afectado por él «*opta por confirmarlo o pierde por caducidad la facultad para anularlo*» (cursiva mía)¹⁰⁶⁶. Según Pantaleón Prieto, aquí, «la medida de la indemnización procedente es la del interés contractual negativo de la otra parte: [esto es,] la necesaria [medida] para dejar a la otra parte en la situación en la que se habría encontrado si el contrato no se hubiera celebrado», y «*que, ahora, será normalmente igual a la diferencia entre el valor de la prestación contractual que realizó a favor del infractor del deber de información y el valor de la prestación recibida [...]* ven-

¹⁰⁶² GÓMEZ CALLE (1994) p. 49.

¹⁰⁶³ GÓMEZ CALLE (1994) pp. 49-50; continúa y explica: «si éste [el contrato celebrado] no fracasa porque queda confirmado, y ello en sus justos términos (mediante el correspondiente reajuste de las prestaciones), no parece legítimo que quien no lo impugnó pueda reclamar, además, los beneficios que hubiese podido obtener de haber aceptado otra oferta contractual».

¹⁰⁶⁴ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (2011) p. 921.

¹⁰⁶⁵ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (2011) p. 921.

¹⁰⁶⁶ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (2011) p. 921.

dría representada por la fórmula *P-VR*» (la cursiva de la fórmula del original, el resto mía)¹⁰⁶⁷. Esta indemnización «podrá ser mayor, si de la celebración del contrato se derivasen ulteriores perjuicios (*consequential losses*) para» quien sufrió el dolo¹⁰⁶⁸. Por último, la «eventual culpa concurrente, o la infracción de su deber de mitigar el daño [de quien sufrió el dolo], darán lugar a una reducción de la cuantía indemnizatoria»¹⁰⁶⁹.

Y la *tercera situación* es cuando «[l]a infracción del deber de información» no supuso un dolo suficiente para que, el afectado por él, pudiera anularlo, aplicando Pantaleón Prieto la misma solución expuesta para la anterior segunda situación¹⁰⁷⁰.

[A.2] *Y más allá de lo anterior, en aquellos casos* en los que «las expectativas que, sobre el contenido de esa prestación [conformidad de la prestación], generó en la otra parte la falta de información o la información incorrecta deban considerarse «términos» del contrato», esto es, en aquellos casos en que tenga lugar la concurrencia entre los remedios derivados del incumplimiento contractual y el «remedio indemnizatorio característico de la responsabilidad precontractual», surge la cuestión de si ha de excluirse «el juego del remedio de la responsabilidad precontractual»¹⁰⁷¹. Pantaleón Prieto considera «ciertamente discutible» lo de la exclusión y entiende que la solución «habrá de ser la misma que se adopte, con carácter general, para los supuestos de concurrencia de los remedios de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual» «[y] que, por principio, deberá ser una que no permita que, mediante el simple recurso al segundo de ellos [al de la responsabilidad extracontractual], se prive de eficacia a pactos de limitación de responsabilidad legalmente válidos, o se eluda la aplicación de aquellas normas reguladoras de la responsabilidad contractual cuya específica finalidad sea limitar su alcance»¹⁰⁷². «Pero, asegurado lo anterior, no parece rechazable permitir al perjudicado optar por pedir una indemnización en la medida del *reliance interest* o interés de confianza, cuando le resulte difícil probar con la necesaria certidumbre el importe de su *expectation interest* o interés en el cumplimiento; optar, esto es, por considerar el contrato como «hecho dañoso» en lugar de como «promesa generadora de expectativas de lucro jurídicamente protegidas»» (cursiva del original)¹⁰⁷³.

¹⁰⁶⁷ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (2011) p. 922.

¹⁰⁶⁸ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (2011) p. 922.

¹⁰⁶⁹ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (2011) p. 922; pero *vid.* hasta p. 924.

¹⁰⁷⁰ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (2011) p. 922.

¹⁰⁷¹ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (2011) p. 920. Recuerdo que, para PANTALEÓN PRIETO, no tiene necesariamente que suceder, que la falsa representación debida al engaño doloso llegue a ser un término del contrato; *vid. supra*, notas 1027 y 1052 b), y pp. 904-905

¹⁰⁷² PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (2011) p. 920.

¹⁰⁷³ a) PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) pp. 920-921.

b) Por su parte, ASÚA GONZÁLEZ, tras apuntar que «la infracción de los deberes de información [...] muy a menudo, [...] determinará una situación de incumplimiento contractual; esto es, que las razonables (por basarse en una confianza justificada) expectativas de una parte son debidas en virtud del contrato», explica que «[c]uando así sea, viene a considerarse que *aunque no se anule el contrato*, el mecanismo resarcitorio precontractual constituye una alternativa a los remedios contractuales (artículos 4:119 PECL

B) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

[128] Sobre si procede indemnizar el interés contractual positivo o el negativo, son de interés la STS, 1.^a, 24.04.2009, en la que expresa y *obiter dicta* (pues no hubo dolo omisivo) se menciona como indemnizable al interés contractual positivo, y la STS, 1.^a, 05.03.2010, en la que expresamente se considera indemnizable al interés contractual negativo, habiéndose anulado el contrato por dolo omisivo. Y aunque no mencione qué tipo de interés contractual es indemnizable, es también de interés la STS, 1.^a, 05.05.2009, en la que se estima como partida indemnizable el beneficio que, durante cierto tiempo, el comprador esperaba poder obtener con el contrato, contrato anulado por el dolo omisivo del vendedor. *Más allá de lo anterior*, he de recordar que, anulado el contrato, procederán, en su caso, las oportunas restituciones contractua-

y II.-7:216 DCFR). En mi opinión [ASÚA GONZÁLEZ], este es un camino por el que es cuestionable que convenga transitar, especialmente si la medida de la indemnización va a ser la del interés negativo. Y ello, principalmente, porque parece llevar implícita una visión un tanto *estrecha* de los posibles enfoques indemnizatorios por incumplimiento del contrato, y, en esa medida, resulta de *dudosa* necesidad. En el ámbito de la responsabilidad contractual tiende a darse por supuesto que (se resuelva o no el contrato por incumplimiento) la perspectiva indemnizatoria será la del interés positivo; lo que significa restaurar la situación patrimonial en la que el acreedor se encontraría de no haberse producido el incumplimiento de la prestación debida. Pero nada parece impedir al acreedor que, a la vista de las circunstancias, recomponga su interés de otra manera, y, por ejemplo, y manteniendo el contrato, pretenda ser reparado en la medida del interés negativo, calculando la indemnización restando del precio el valor real de la prestación *no conforme*. No es, por tanto, que la responsabilidad contractual no permita cubrir este tipo de supuestos y que para ello haya que dar entrada a la responsabilidad precontractual. Esto se dice en perspectiva exclusivamente indemnizatoria; ni qué decir tiene que una generalización de un mecanismo de reajuste de contrato, como es la acción *quantum minoris*, podría *igualmente* servir en este sentido. Creo [ASÚA GONZÁLEZ], por tanto, que *si se da una situación de incumplimiento contractual*, no se anula el contrato y se busca la posibilidad de indemnizar el interés negativo, los remedios deberían ser contractuales (los del incumplimiento). El esfuerzo debería concentrarse en arbitrar un sistema de remedios que dé cabida a los distintos tipos de incumplimiento y situaciones en que se puede encontrar el acreedor y le permita componer su interés de la manera más satisfactoria. Ello no creo que pase por abrir una vía extracontractual (precontractual) para la indemnización de daños primariamente patrimoniales en casos en los que hay un incumplimiento de contrato. Por cierto, ¿el asentamiento de la responsabilidad precontractual (extracontractual) en casos de incumplimiento de contrato debería llevar a que el interés negativo se indemnizara solo con ese fundamento o podría hacerse, indistintamente, con fundamento contractual? Es verdad que podría decirse que el anterior planteamiento no cubriría los casos en los que se pretendiera ser colocado patrimonialmente en una situación *mejor* (lo que hemos denominado líneas más arriba el interés positivo dentro del interés de la confianza). Y ello porque este es un planteamiento indemnizatorio que se vincula exclusivamente con la infracción de deberes precontractuales (y no con el incumplimiento). Pero lo cierto es que se trata una perspectiva con evidentes problemas de prueba que la ubicarían más bien en una posibilidad teórica; de hecho, como hemos visto, hasta el momento las propuestas giran en torno a *poner a la parte perjudicada en la situación en que estaría si el contrato no se hubiera celebrado* [cur-siva del original; (2014) pp. 165-166].

Por otra parte, ASÚA GONZÁLEZ se encarga de advertir que, «[r]azonable me parece, sin embargo, la compatibilidad entre los remedios vinculados a la invalidez (anulación e indemnización del interés negativo con fundamento, en nuestro caso, extracontractual) y los relativos al incumplimiento. En todo caso, y si hubiera que elegir, en el supuesto del error deberían ser preferibles los remedios contractuales y canalizar la desvinculación del contrato a través de la resolución» (nota 73 de p. 166).

les de los artículos 1303 y ss CC, lo que es *independiente* de las partidas integradas bajo el concepto de indemnización de daños y perjuicios.

Dicho lo anterior, comienzo refiriéndome a la STS, 1.ª, 24.04.2009, de la que he dado cuenta en diversas ocasiones (*supra*, [55] [C.2] para el dolo omisivo, [120] para el ejercicio de las acciones de anulación o/e indemnización de daños y perjuicios, y [125] [B] para la naturaleza contractual de la indemnización de daños y perjuicios). Recuerdo, muy básicamente, que el vendedor vendió unas acciones a 16.680 pesetas por acción a la hija del Presidente de la sociedad, y cuatro meses después la familia Antonio vende las acciones a 27.372 pesetas por acción, y cuatro años después, en 1992, se vende el resto de títulos a 40.529 pesetas, considerando el Tribunal Supremo que *no hubo dolo de la compradora, pues correspondía al vendedor de las acciones haberse informado («defecto de autoinformación»)*. En lo que ahora interesa, el Tribunal Supremo señala que «la acción de responsabilidad por dolo *in contrahendo* [...] es de naturaleza contractual», se entienda que, por estar el contrato en vigor, se produce su apartamiento de la responsabilidad precontractual, o se entienda que haya de tener lugar la incorporación de la declaración hecha en los tratos preliminares como promesa contractual, y «[l]as representaciones efectuadas durante la fase de tratos preliminares pueden configurar el comportamiento que se espera del deudor y servir de pauta para determinar la existencia de un incumplimiento», «[a]demás, esta responsabilidad comprendería no sólo el llamado «*interés contractual negativo*», sino el «*interés contractual positivo*», pues la indemnización por dolo ha de referirse a la totalidad del daño provocado por el engaño que ha frustrado el desarrollo normal del contrato y ha impedido la satisfacción del interés del deceptus» (cursiva mía; FD 3.º; me remito *supra*, [125] [B] para el texto reproducido, contexto de análisis y hechos).

En cuanto a la STS, 1.ª, 05.05.2009, me refiero a ella, *supra*, [36] para el requisito de que el dolo ha de existir cuando la celebración del contrato y *supra*, [55] [B.1] a efectos de la calificación del dolo como omisivo o activo. *Ahora, su interés reside en que se identifican diversas partidas indemnizatorias amparadas en los artículos 1106 y 1107 CC y a pagar por la vendedora, cuyo dolo grave in contrahendo dio lugar a la celebración del contrato.* En concreto, a la compradora, que iba a destinar la finca que adquiriría a la construcción y explotación de una estación de servicios, se le había dicho que aquella tenía determinada extensión, lo que no era cierto (hubo reclamaciones de terceros en relación con unos linderos, otra finca se superponía en importante extensión, a la finca adquirida) y en consecuencia, no pudo llevar

a cabo la finalidad pretendida. Ante esto, *la compradora ejercita la anulación del contrato por dolo y reclama daños y perjuicios, lo que se estima. En su recurso de casación, la vendedora apunta la no inclusión como gasto indemnizable del importe del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales al ser gasto deducible, ni la inclusión de unos honorarios por un estudio encargado por la compradora, ni gastos por aval, lo que el Tribunal Supremo desestima, además de considerar indemnizables los gastos por servicios de vigilancia de la finca. Son «pérdidas sufridas» (art. 1106 CC) y si hay dolo, el deudor responde de todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 1107.II CC). Además, la indemnización de daños y perjuicios es independiente de las restituciones del artículo 1303 CC. Por lo que respecta al lucro cesante, pago también impugnado por la vendedora, el Tribunal Supremo entiende que la sentencia recurrida razona suficientemente su procedencia, «tomando en consideración la frustración del negocio, hasta que se produjo (por la decisión judicial de la paralización definitiva de las obras [de construcción de la estación de servicios]) la posibilidad para» la compradora «de llevar a cabo la inversión económica en otra zona, y ponder los factores razonables que al respecto se recogen en el informe pericial». Y más allá de lo anterior, en las sentencias de instancia se había considerado indemnizable el pago del IVA hecho por la compradora.*

La tercera y última sentencia, la STS, 1.^a, 05.03.2010, la analizo *supra*, [55] [A.4] para el dolo omisivo y menciono en [81] a efectos de la no exigencia de la excusabilidad para el error producido por dolo. Recuerdo, que se entendió que hubo dolo de la vendedora por no informar a la compradora de la dolina o depresión que tenía el terreno y hacía no aconsejable su construcción (o el coste de edificar hacía inviable el construir). La compradora demanda a la vendedora y pide la nulidad (anulación) de la compraventa, que la vendedora le devuelva cierta cantidad entregada en concepto de precio y le indemnice cierta cantidad en concepto de daños y perjuicios. *En primera instancia se estima la anulación de la compraventa, revocándose en segunda instancia la sentencia de primera en el único extremo de reducir la condena al pago de cierta cantidad.* En su recurso de casación, la vendedora alega infracción del artículo 1303 CC. El Tribunal Supremo lo desestima y señala que la *jurisprudencia reitera que el sentido del artículo 1303 CC es situar a las partes en la situación personal y patrimonial en que se encontrarían antes del evento invalidador del contrato, evitando enriquecimientos injustos, y, sobre los efectos resarcitorios del artículo 1303 CC, aparte de citar a otras sentencias, el Tribunal Supremo manifiesta que en la STS, 1.^a, 19.06.1981 ya dijo que la nulidad (la*

anulación) del contrato conlleva el reintegro de lo que el comprador abonó, lo que incluye la devolución del precio y sus intereses y la de todos los gastos que el comprador tuvo como consecuencia de la transmisión. Añade el Tribunal Supremo que la doctrina (de los autores) matiza que la indemnización alcanza al interés negativo (o de confianza) y no al interés positivo. Finalmente, dice el Tribunal Supremo, que teniendo en cuenta lo pedido por la compradora, lo acordado por la sentencia recurrida y considerando la doctrina jurisprudencial, se aceptan como partidas indemnizables la minuta del notario, los honorarios del intermediario y el IVA.

Delgado Echeverría y Parra Lucán advierten, con razón, que «[e]l razonamiento» de la STS, 1.ª, 05.03.2010 «es confuso», dado que conecta la indemnización de los daños y perjuicios con las restituciones del artículo 1303 CC, «lo que nada tiene que ver con el asunto de la indemnización como ejercicio de una acción de responsabilidad en caso de dolo precontractual» (cursiva mía)¹⁰⁷⁴.

A continuación me ocupo de las STS, 1.ª, 05.05.2009 y STS, 1.ª, 05.03.2010 (y para la STS, 1.ª, 24.04.2009, como dije, me remito *supra*, [125] [B]).

[A] La STS, 1.ª, 05.05.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández)

Reitero sus hechos expuestos supra, [55] [B.1]. Brevemente, el 09.01.1998 se celebra una opción de compra entre *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* (optataria) y *Esso Española, S.A.* (optante) de una finca de 5.020 m², cuyo fin era la construcción y explotación de una estación de servicios, identificándose la finca con un croquis o plano que *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* aporta. Poco después y ejercitada la opción de compra, el 23.01.1998 se otorga la escritura pública de compraventa, en la que se indica su finalidad, que comprende todas las licencias y autorizaciones administrativas y estudios y proyectos técnicos, que la finca tiene una superficie mínima de 5.000 m² y que se vende por un precio de 140.000.000 pesetas y 22.400.000 pesetas de IVA. *Esso Española, S.A.* comienza la construcción de la estación de servicios pero ha de paralizarlo por dos reclamaciones de terceros. Una reclamación se refería a unos linderos de la finca y la otra consistía en que sobre la finca adquirida se superponía otra finca, invadiéndola en 2.172 m², siendo esta finca un proindiviso entre *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* (optataria, vendedora) y otras dos sociedades y, si bien *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* ofreció su participación en el proindiviso, con las otras dos sociedades no se llegó a acuerdo alguno. *Esso Española, S.A.* (optante, compradora) demanda a *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* y a su administradora (Enma). En primera y en segunda instancia se considera que hubo dolo, se declara la nulidad

¹⁰⁷⁴ DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN, *CCJC* (2011) apartado 2 p. 7.

Sobre las restituciones derivadas de la anulación del contrato, de modo breve, *supra*, nota 862.

(anulabilidad) de la compraventa y se condena solidariamente a los dos anteriores a la restitución del precio pagado más intereses, el pago del IVA e indemnización de daños y perjuicios (en segunda instancia se reduce la cuantía indemnizatoria que se fijó en primera instancia). *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* (optataria, vendedora) y Enma (administradora) recurren en casación y alegan infracción de los artículos 1300 y 1303 CC en relación con los artículos 1269 y 1270 CC y jurisprudencia interpretativa del concepto de dolo del artículo 1269 (motivo 1.º) e infracción de los artículos 1106 y 1107 CC sobre indemnización de daños y perjuicios, por entender que no han de incluirse ciertos gastos (Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, honorarios de un estudio, gastos de aval), ni el lucro cesante (motivo 2.º). El Tribunal Supremo no casa.¹⁰⁷⁵

En lo que ahora interesa, las partidas indemnizatorias incluidas en los artículos 1106 y 1107 CC, habiéndose anulado el contrato por dolo de la vendedora, el Tribunal Supremo afirma:

«Se impugna [por el recurrente en casación, la vendedora *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* y la administradora Enma] la cantidad correspondientes a gastos porque se estima que no se pueden incluir el relativo al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, que es un gasto fiscalmente deducible y por ello no puede producir ningún perjuicio directo, ni ciertos gastos realizados con posterioridad a los hechos que provocaron la presentación de la demanda, así como los relacionados en el documento 66 de la demanda, unos honorarios por un estudio encargado por Esso Española, S.A. [la compradora] sobre accesos y los gastos del aval del documento 73.

El apartado expresado del motivo *se desestima porque* una parte de los gastos mencionados (además de declararse probada su realización) *no se impugnaron adecuadamente en el momento procesal oportuno, sin que sea idónea al respecto*, como apunta la resolución recurrida, *la mera descalificación global que hizo la parte demandada [la vendedora *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* y la administradora Enma] al contestar a la demanda, y en cuanto a los restantes –servicios de vigilancia necesarios para la correcta continuación de las obras o prestaciones o avales exigidos previamente por la autoridad administrativa– se trata de desembolsos efectivos para la ejecución del contrato posteriormente frustrado [la construcción de la estación de servicios]¹⁰⁷⁶, sin que la condena a su pago*

¹⁰⁷⁵ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

¹⁰⁷⁶ a) En relación a los gastos indemnizables, ASÚA GONZÁLEZ considera que «[e]n los casos de invalidez contractual serían a indemnizar los gastos, razonables o permitidos por el otro contratante hechos exclusivamente para ese contrato (viajes, abogados, mejora de instalaciones, etc.), *más los que haya originado este durante su periodo de validez* –en caso, por ejemplo, de la compra de un camión que después se anula, los gastos de mantenimiento del mismo»– [(1989) p. 288]. *Vid. infra*, nota 1101 b), la STS, 1.ª, 02.03.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares) en lo que se refiere a los gastos indemnizables al comprador, habiéndose anulado el contrato por el dolo de los vendedores.

b) Para esta autora, «[e]n los casos en los que cabe, en mi opinión [ASÚA GONZÁLEZ], hablar de responsabilidad precontractual, el contrato *o bien no se ha realizado o bien es nulo o resulta anulado. El comportamiento lesivo en el periodo precontractual ha determinado que, de una u otra forma, se esté ante una situación en la que no existe contrato.* Por esa razón, la indemnización no podrá tender nunca a obtener las ventajas económicas que se habrían derivado caso de que la contratación no se hubiese frustrado, sino que, partiendo de la no virtualidad de ningún contrato, se habrán de reparar los perjuicios que se han

vulnere los artículos 1106 y 1107 CC, pues el primer precepto claramente se refiere a las «pérdidas sufridas» y el segundo [art. 1107 CC] establece que en caso de dolo (mala fe) responderá el deudor de todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación. Y, por lo demás, la jurisprudencia reconoce la aplicabilidad en sede de nulidad contractual de la normativa relativa a la indemnización de daños y perjuicios, con independencia de las restituciones del art. 1303 CC (con carácter genérico SS. 26 de julio de 2000; 13 de marzo de 2002, 11 de febrero de 2003 y 23 de junio de 2008; y con referencia concreta a la indemnización de los gastos que por el contrato haya sufrido el comprador SS. 28 de mayo de 1914; 16 de junio de 1981 y 11 de febrero de 2003)

También se impugna en el motivo [por parte del recurrente en casación, la vendedora *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* y la administradora Enma] la estimación de una indemnización por lucro cesante, sobre cuya procedencia, dice la recurrente, la sentencia guarda un silencio total, y no tiene en cuenta que para su apreciación se requiere que se haya producido una pérdida real de ingresos, de lucro económico, que en el caso de autos no se puede estimar en modo alguno, sin que opere de forma automática; aparte, añade, que no se computa la inversión y gastos, esto es, el montante económico que [la compradora] *Eso Española, S.A.* indudablemente utilizará en otras actividades económicas, consiguiendo, de este modo, nuevos ingresos y beneficios.

Este segundo apartado del motivo debe igualmente ser *desestimado*, porque la sentencia recurrida razona suficientemente la procedencia del concepto de lucro cesante en los fundamentos de derecho segundo y quinto, tomando en consideración la frustración del negocio, hasta que se produjo (por la decisión judicial de la paralización definitiva de las obras) la posibilidad para la actora de llevar a cabo la inversión económica en otra zona, y pondera los factores razonables que al respecto se recogen en el informe pericial -estudio detallado de la ubicación del negocio, circunstancias económicas de su explotación en ese entorno, rendimientos derivados de los diferentes servicios, márgenes comerciales, coste de la inversión realizada y cálculo final del lucro cesante descontando de la cifra de beneficios esperados, debidamente actualizados con una tasa de descuento, el coste de la inversión realizada-, por lo que no se produce la infracción de los preceptos señalados en el enunciado, ni por razones cualitativas, ni cuantitativas, cuestión esta última, por lo demás, excluida del recurso de casación, salvo en hipótesis de desproporción que no es el caso»¹⁰⁷⁷ (cursiva mía; FD 6.º).

seguido de haber iniciado las conversaciones; en otras palabras, se tendrá que colocar al perjudicado como si no hubiese emprendido los contactos negociales. Las dos posibilidades planteadas responden, respectivamente, a la idea del interés positivo y negativo, y por lo tanto, en nuestro campo, la indemnización siempre se habrá de fijar de acuerdo a este último parámetro. En el interés negativo se incluyen los dos aspectos de daño emergente y lucro cesante, presentes, por lo general, en toda indemnización» (p. 288; vid. hasta p. 290).

¹⁰⁷⁷ A continuación, el Tribunal Supremo reitera su asentada doctrina de que el daño por lucro cesante se aprecia con criterio restrictivo, que ha de probarse con razonable verosimilitud lo que no sucede

[B] *La STS, 1.ª, 05.03.2010 (Pte. Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz)*

Reitero los hechos que expuse supra, [55] [A.4]. Brevemente, el 17.10.2003 en documento privado y el 17.12.2003 en documento público, *Iber Godor, S.L.* (vendedora) vende una finca a *Prigel, S.L.* (compradora), siendo la finalidad de la compraventa la edificación. Tanto la vendedora *Iber Godor, S.L.* como la compradora *Prigel, S.L.* tienen como objeto social la promoción y construcción de viviendas. Poco antes de la presente venta, la vendedora *Iber Godor, S.L.* había adquirido la finca y descubierto por un estudio geotécnico que encargó, que la finca tenía una depresión o dolina que hacía no aconsejable la construcción o el coste de edificar hacía que fuera inviable construir, y más tarde, una entidad de tasación y valoración estima que el valor de la finca es 0 € y un arquitecto indica que «un solar de esta característica de construirse y llevar a término la necesaria cimentación, se podría considerar «un monumento» a la idiotez». Cuando la compradora *Prigel, S.L.* adquiere la finca de la vendedora *Iber Godor, S.L.* no sabe de la depresión o dolina, que no podía conocerse por signos exteriores y la vendedora *Iber Godor, S.L.* no le informó de ella. La compradora *Prigel, S.L.* demanda a la vendedora *Iber Godor, S.L.* y pide, entre otras cosas, la nulidad de la compraventa, que la vendedora *Iber Godor, S.L.* devuelva las cantidades dadas como precio, y que le pague determinada cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios. En primera instancia se declara la nulidad de la compraventa celebrada por el dolo de la vendedora *Iber Godor, S.L.* En segunda instancia se revoca la sentencia de primera instancia en el único extremo de condenar a la vendedora *Iber Godor, S.L.* al pago de 42.092,63 € a la compradora *Prigel, S.L.* La vendedora *Iber Godor, S.L.* recurre en casación y alega infracción del artículo 1269 CC por considerar que no hubo dolo por su parte (motivo 1.º) e infracción del artículo 1303 CC, puesto que ciertas partidas incluidas en el *quantum* indemnizatorio a pagar por ella no están fundamentadas en la sentencia de instancia (motivos 2.º, 3.º y 4.º). El Tribunal Supremo, que entiende que hubo dolo omisivo de la vendedora *Iber Godor, S.L.* y acepta la condena al pago de las

con el daño meramente hipotético, y la admisión de los daños futuros cumpliéndose ciertos parámetros. Dice:

«En cuanto a la alusión a la doctrina jurisprudencial debe responderse señalando que, si bien es cierto que en la misma se mantiene un criterio restrictivo en la materia, y se resalta que la existencia del perjuicio por el concepto de lucro cesante debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre (S 21 de abril de 2008, y las que cita) «cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre como habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso», por lo cual, obviamente, no se produce la automaticidad a que alude la parte recurrente [la vendedora *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* y la administradora *Enma*], sin embargo el art. 1106 CC señala como concepto indemnizatorio el de «la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor», o lo que es lo mismo, los incrementos patrimoniales que el acreedor esperaba obtener y que se han visto frustrados por la actuación de la parte contraria (S 16 de marzo de 2009), cuya fijación, en cuanto que se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas, fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y ponderación de las circunstancias de cada asunto (S 21 de abril de 2008); y esta doctrina no ha sido desconocida en el caso» (FD 6.º de la *STS, 1.ª, 05.05.2009*).

partidas indemnizatorias de minuta de notario, honorarios de intermediario e IVA, no casa¹⁰⁷⁸.

En lo que ahora interesa, que, anulado el contrato, se indemniza el interés contractual negativo, lo que incluye determinadas partidas, y que su apoyo se asienta en el artículo 1303 CC que se ocupa de las restituciones, el Tribunal Supremo explica:

«Los tres restantes motivos del recurso de casación [de la vendedora *Iber Godor, S.L.*] alegan la infracción del artículo 1303 del Código civil por cuanto la sentencia de instancia no fundamenta la inclusión de determinadas partidas en el *quantum* indemnizatorio al que condena a la demandada, la vendedora, recurrente en casación [*Iber Godor, S.L.*].

Dicho artículo [1303 CC] dispone: «[...]».

La jurisprudencia ha sido reiterada en un sentido de que «*el precepto* [art. 1303 CC], *que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador, evitando el enriquecimiento injusto...*», como dicen las sentencias de 11 de febrero de 2003 y 6 de julio de 2005 y lo reiteran las de 22 de abril de 2005 y 23 de junio de 2008. Ya la más antigua sentencia de 19 de junio de 1981 advirtió que «*la declaración de nulidad del contrato lleva de suyo aparejada el reintegro de aquello que el comprador hubiera abonado, abonos que comprenden, además de la devolución del precio y de sus intereses, la de todos los gastos por el mismo sufragados, como consecuencia de la transmisión...*»¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁸ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

¹⁰⁷⁹ En el cdo 4.º de la citada en el cuerpo del texto *STS, 1.ª, 19.06.1981* se dice en concreto: «[...] que en el motivo cuarto [...] se denuncia la infracción consistente en «la violación por falta de aplicación de lo dispuesto en el artículo 1303, en relación con el artículo 1478, 5.º, del Código Civil», especificando, al desarrollar el motivo, que aun dando por supuesta la nulidad de la venta, procedería la restitución del precio, pero en modo alguno la condena más amplia, impuesta a la Corporación recurrente [en casación, el Ayuntamiento de Zaragoza], a satisfacer al actor [Ignacio] los gastos notariales, el impuesto le [*sic*; de] transmisiones, los gastos registrales [*sic*] y el arbitrio de plusvalía, pues tal condena, a su juicio, tendría que estar fundada en una previa declaración de mala fe a ella atribuible, contractualmente generada y definida en los artículos 1101 y siguientes del Código sustantivo, o [en] una responsabilidad por evicción conforme al artículo 1478, 5.º, pero como en la sentencia no se aplican dichos preceptos, la condena carece de todo fundamento y determina la acogida del motivo; *pero lo cierto que el examinado* [motivo] *ha de perecer, al igual que los anteriores, visto que el artículo 1303 ha sido correctamente aplicado en la Instancia, dado que la declaración de nulidad del contrato lleva de suyo aparejada el reintegro de aquello que el comprador hubiera abonado, abonos que comprenden, además de la devolución del precio y sus intereses, la de todos los gastos por el mismo* [el comprador] *sufragados como consecuencia de la transmisión, como los que integran los de la escritura, inscripción registral e incluso el impuesto de plusvalía, que el comprador asumió a su cargo en la estipulación tercera de la escritura de compraventa, cuya nulidad se declara en la sentencia impugnada, sin que para ello sea precisa, como la recurrente* [el Ayuntamiento de Zaragoza] *pretende, una declaración de mala fe atribuible al Ayuntamiento condenado, ya que tales reintegros son obligada consecuencia de tal declaración de nulidad, y claramente se deduce del contenido del artículo 1303, antes citado, que en todo caso podría haber sido erróneamente interpretado en su alcance y consecuencias, pero nunca inaplicado como la recurrente* [el Ayuntamiento de Zaragoza] *aduce; a más de que tal pretensión de condena, obtenida en la sentencia recurrida, fue detallada en el fundamento de derecho octavo de la inicial demanda, limitándose la recurrente* [el Ayuntamiento de Zaragoza], *al contestar a tal extremo, en su escrito de alegaciones, a aducir, «por lo que se refiere al correlativo de la demanda, claro es que sólo puede tener aplicación para el impensable caso de que el Ayuntamiento*

Y matiza la doctrina que la indemnización alcanza al *interés negativo* o «*interés de 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 ahora, sin que alcance al llamado *interés positivo* que resulta de comparar la situación provocada por la invalidez, con la que existiría si hubiese habido validez y cumplido los efectos del contrato. [Las anteriores cursivas del original].

En consecuencia, teniendo en cuenta lo reclamado por la sociedad actora, la compradora, parte recurrida en casación [Prigel, S.L.] y lo acordado por la sentencia recurrida y tomando en consideración la doctrina jurisprudencial, *se han de aceptar las partidas que integran la indemnización* y que se han discutido en los motivos de casación: *minuta de notario* (segundo [motivo de casación]), *honorarios de intermediario* (tercero [motivo de casación]) e *impuesto del valor añadido* (cuarto [motivo de casación]), lo que conlleva la desestimación de todos ellos. *Dicha parte compradora [Prigel, S.L.] ha reclamado correctamente el interés negativo*, sin plantear la cuestión de intereses que deberían devengarse desde el día que se hizo el pago del precio, como dice explícitamente la sentencia de 12 de noviembre de 1996, que ahora, años después, se reintegra con la devaluación monetaria que es evidente y a que se refiere la sentencia de 23 de junio de 2008» (la cursiva de este párrafo, mía; FD 4.º).

4.3.2 SIENDO EL DOLO INCIDENTAL

4.3.2.1 *El criterio de imputación para la indemnización de daños y perjuicios: dolo y culpa lata*

A) *La doctrina de los autores*

[129] Obvio es que el criterio de imputación bajo el que opera la responsabilidad de daños y perjuicios, de la que trato, es el dolo. Pero, ¿se admite también el de la culpa lata? Alonso Pérez lo admite *con carácter general y para el periodo precontractual*. Por su parte, Morales Moreno se refiere *específicamente* al dolo incidental, que contrapone al causal, y también admite la aplicación de la culpa lata. Cada uno lo explica y argumenta como sigue.

no hubiese enajenado lícitamente el resto del callejón, por compraventa, a favor del demandante [Ignacio]», manifestación con la que abiertamente reconocía la procedencia de tales reintegros, en el caso de que se estimara la nulidad del contrato» (cursiva mía).

Había sucedido, aparte de otras cosas, que el Ayuntamiento de Zaragoza había enajenado un terreno a Ignacio, del que no era propietario. Ahora bien, la sentencia no versa sobre una anulación contractual por dolo.

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

a) Alonso Pérez, *cuyo trabajo es de 1971*, entiende que el periodo precontractual cuenta con sus propias reglas, y en él, solo se opera con el criterio de imputación del dolo o con el de la culpa grave; no, con la culpa o negligencia. Para que haya lugar a la responsabilidad, Alonso Pérez considera que debe haber una infracción consciente.

[A] Entre otros posibles fragmentos del trabajo de Alonso Pérez, en estos siguientes se constata lo anterior:

a) «A la buena fe, como lealtad recíproca de las partes que negocian, se opone frontalmente el *dolo in contrahendo*. Nos encontramos aquí, como recuerda Cossío [apellido, mayúsculas en el original], con un propósito definido de fraude, ante un engaño que lesiona directamente el principio de la confianza. En un orden subjetivo, dolo y buena fe implican conductas antitéticas; los elementos, engaño, *fraus*, *falacia*, *machinatio*, como tipificadores del dolo y que nuestro Código civil recoge en el artículo 1269 [CC], son por sí mismos opuestos a la buena fe (*fides bona contraria est fraudi et dolo*, nos recuerda el pasaje de D. 17,2,3,3 [que transcribo *supra*, [12] primera [A]). El propósito de engañar al otro contratante viola directamente la buena fe, como principio ético jurídico constituyente del clima en el que se desenvuelve el tráfico negocial. De ahí que ya desde los comienzos de la época clásica del Derecho romano el comportamiento opuesto a la *bona fides in contrahendo* fue sancionado por la *actio doli*. El dolo civil, por su contenido delictual, supone la máxima incompatibilidad con los criterios rectores de la buena fe.

Más la buena fe *in contrahendo*, como elemento de la relación precontractual, no sólo queda vulnerada por el «propósito de dañar» o conducta dolosa. Cualquier forma de deslealtad en el comportamiento precontractual que suponga violación *consciente* de las legítimas expectativas de las partes, se opondría a la buena fe exigida en la etapa preliminar. *No se opondría, en cambio, la mera negligencia o culpa simple, sin cualificar por una actuación intencionada*» (esta última cursiva mía, el resto del original)¹⁰⁸⁰.

b) «Estimamos [Alonso Pérez] oportuno formular algunas observaciones, al objeto de hallar una adecuada configuración de la responsabilidad precontractual. Son, simplemente, líneas directrices, no construcciones definitivas:

[...]

4.º *No obstante la posibilidad genérica de encuadrar la responsabilidad precontractual en el artículo 1902 [CC], no es aventurado afirmar que parece exigir reglas propias. De un lado, su base inmediata en la buena fe, de contenido*

¹⁰⁸⁰ ALONSO PÉREZ, *RCDI* (1971) pp. 888-890; continúa: «Ello en homenaje a la autonomía privada que debe presidir la fase preparatoria de modo muy especial –las partes que preparan un negocio deben discutir, proyectar y valorar la conveniencia de crear un *iuris vinculum* [cursiva del original] con libertad– y en homenaje también al progreso del tráfico económico-jurídico, que no puede chocar con obstáculos inútiles. *Quienes entran en negociaciones preparatorias de un contrato no pueden hallarse bajo el temor constante de responder por cualquier actuación culposa o negligente. Sólo responderán si su conducta defraudó gravemente la confianza ajena*» (esta otra cursiva mía; p. 890).

idéntico a la contractual, la alejan de la responsabilidad por hecho ilícito, manifestación genérica del alterum non laedere. De otro, la obligación de indemnizar in contrahendo tiene su base en el quebrantamiento de la confianza, en el dolo, engaño o deslealtad de las partes en los actos preparatorios del negocio, no en una relación jurídica contractual. Sería preferible considerar que la denominada responsabilidad precontractual se resuelve en una obligación de indemnizar, nacida de una conducta dolosa o cuasidolosa productora de un daño en el iter formativo del contrato» (cursiva mía)¹⁰⁸¹.

c) «Nosotros [Alonso Pérez] preferimos ofrecer una clasificación sencilla [de las diversas hipótesis de actos que engendran responsabilidad precontractual] que, de forma enunciativa, abarque las manifestaciones concretas en que existe obligación de indemnizar por violación de la buena fe en la etapa preparatoria del contrato. *Tal obligación puede tener su fuente o manifestarse en: A) Deber de comunicación o información. B) Deber de secreto. C) Deber de custodia y conservación. D) Daños que una parte sufre con ocasión de las negociaciones preliminares en la salud o en el patrimonio. E) Por actos de auxiliares o del representante. F) Ruptura o prolongación innecesarias o con mala fe del trato. G) Revocación de la oferta. H) Supuestos varios. En particular los gastos de la confianza. [...]*

[...]

Pienso [Alonso Pérez] que en todos estos casos [infracción del deber de comunicar o información] la responsabilidad precontractual la engendra directamente el comportamiento opuesto a la buena fe: conducta dolosa o cuasidolosa. No la mera negligencia, sin cualificar por una actuación intencionada. Las necesidades del tráfico y la autonomía de la voluntad, como eje central de la etapa preparatoria del negocio, exigen que sólo se responda cuando el deber de comunicación o información se infringe conscientemente o por negligencia crasa (cuasi equiparación de la culpa lata al dolo)» (cursiva mía)¹⁰⁸².

¹⁰⁸¹ ALONSO PÉREZ, *RCDI* (1971) pp. 903-905.

¹⁰⁸² ALONSO PÉREZ, *RCDI* (1971) pp. 907 y 909. De los supuestos de responsabilidad precontractual que el autor enumera, el que me interesa es *la infracción del deber de informar por cuanto que podría llegar a constituir dolo omisivo* y de ahí, la transcripción que hago en el cuerpo del texto. Ahora bien, ALONSO PÉREZ se pronuncia específicamente sobre cada uno de los distintos supuestos de responsabilidad precontractual que lista, teniendo presente la idea que a mí me interesa, la del criterio de imputación. Por ejemplo:

a) «*Deber de custodia y conservación/ Surgen, por lo general, cuando una de las partes que negocia ha expresado el deseo de examinar las mercancías u objetos antes de decidirse o no a adquirirlas. Si hay una pérdida o deterioro culposo o negligente, el dominus puede actuar al amparo de la culpa aquiliana. Sólo surgiría responsabilidad precontractual si la pérdida o deterioro, el defecto de guarda o custodia se debe a una actuación dolosa o cuasidolosa, a una conducta que defrauda el principio de confianza. [...]*» (la última cursiva, mía; p. 909).

b) «[P]uede afirmarse que si dependientes, ayudantes o apoderados quebrantan la buena fe *in contrahendo por dolo* [esta cursiva mía], amenazas, lesiones a la otra parte o transmisión inexacta de la voluntad del dominus *por negligencia grave* [esta cursiva mía], etc., durante las negociaciones preliminares, debe responder el representado o dueño del negocio. Sería un supuesto de responsabilidad «indirecta», como en los casos del artículo 1903, ap. 4.º, o del artículo 41 de la Ley de 26 de julio de 1957 en el Derecho español, por ejemplo. En todo caso, para quienes prefieran encuadrar la culpa *in contrahendo* en la responsabilidad contractual, podríamos decir [Alonso Pérez] que, como en el supuesto del deudor, el do-

d) «*En todo caso, bueno será recordar que los casos examinados en los diversos apartados y otros posibles sólo engendran responsabilidad precontractual si concurren estas dos circunstancias: que se origine un daño para una parte durante la etapa preparatoria del negocio. Y que exista auténtica violación de la buena fe in contrahendo a través de una conducta desleal, dolosa o gravemente culposa (dolo in contrahendo) que defrauda la confianza de la otra parte. El comportamiento simplemente culposo o negligente generaría responsabilidad aquiliana, según el artículo 1902 del Código civil, no típicamente precontractual. En diversas ocasiones, a lo largo de nuestra exposición [Alonso Pérez] hemos tenido ocasión de señalar nuestra posición sobre este punto*» (cursiva mía)¹⁰⁸³.

b) *Centrando su estudio, como he dicho, en el dolo*, Morales Moreno considera, *para el dolo causal*, que el artículo 1270.I CC exige un concepto estricto de dolo (*la actuación maliciosa*), pero para *el dolo incidental*, el artículo 1270.II CC admite tanto la conducta maliciosa como la de culpa lata.

[A] Explica Morates Moreno:

«En la responsabilidad civil (sea contractual o extracontractual) *el dolo aparece como un criterio de imputación*. Nos lo encontramos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, contenido en la fórmula, sin duda más amplia,

minus que trata por medio de otros es víctima de una objetivación de la responsabilidad por exigencias económicas y jurídicas. Existe, también, una relación de confianza por cuya virtud el principal asume las consecuencias de los actos de los dependientes (*the servant's act is the master's act*)» (p. 911).

c) «Hay también un comportamiento desleal *in contrahendo* cuando los tratos se prolongan innecesariamente por saber de antemano que no se celebrará el contrato, o se rompen injustificadamente –desistimiento intempestivo o arbitrario– en fase que haría concebir a la otra parte legítimas expectativas. *La ruptura infundada de las negociaciones preliminares supone, por lo general, una defraudación de la confianza, una conducta dolosa* [esta cursiva mía]. Se estima, generalmente, que la responsabilidad por ruptura injustificada de los tratos es preciso suceda en etapa avanzada, es decir, en un momento en que lógicamente se han suscitado legítimas expectativas en orden a la conclusión del contrato. Cuando han tenido lugar desembolsos por confiar fundadamente en la honorabilidad ajena. [...]. Lo que ya no resulta normal es, por ejemplo, prolongar los tratos de mala fe, negociar sin pensar concluir el contrato, aprovecharse de la ignorancia o buena fe de la otra parte, provocar gastos innecesarios sabiendo de antemano que en cualquier momento romperá el trato; llevar las conversaciones preliminares sirviéndose de astucia, fraude o maquinaciones dolosas para engañar al contrario y captar su voluntad, etc. En definitiva, se lesiona la *bona fides* precontractual cuando se vulnera la confianza ajena tratando innecesariamente o apartándose sin motivo suficiente de las relaciones prenegociales. [...]

d) «Señalamos [ALONSO PÉREZ] una serie de supuestos *ad exemplum* [supuestos varios, en particular los gastos de confianza] no enmarcables en los apartados anteriores, pero que en todo caso se agrupan bajo el denominador común de «daños inferidos a la confianza» con ocasión de preparar el contrato. Así, piénsese en los contratos celebrados por miedo, intimidación o estado de necesidad. Aparte del ejercicio de la acción de nulidad, procede la acción correspondiente para exigir la reparación de los daños que ocasionó su forzada celebración. [...]. Son indemnizables los daños que el objeto negociable produzca al posible adquirente durante las negociaciones por culpa grave del propietario, v. gr., accidente de automóvil o lesiones que ocasiona un animal cuya adquisición se pretende, etc. [...]. Incurre en responsabilidad precontractual el vendedor que enajena la cosa sabiendo que no es propia y no se esfuerza en procurarse el dominio. Su conducta revela un *dolo in contrahendo*. Igualmente, las declaraciones inexactas o reticentes en orden al contrato, hechas con dolo o culpa grave. [...]

¹⁰⁸³ ALONSO PÉREZ, RCDI (1971) p. 914.

que emplea el artículo 1902 del C. c. También en la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones contractuales, especialmente considerado en el artículo 1101 [CC] y en otros concordantes. *Por fin, en el aspecto que aquí más nos importa, el dolo es el fundamento básico (si no el exclusivo) de la responsabilidad in contrahendo (art. 1270 II [CC]).*

Mas que el dolo sea un criterio de imputación de responsabilidad, no quiere decir que sea el único. La responsabilidad civil puede traspasar los límites del dolo. Así ocurre, al menos, cuando se basa en el incumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato, o deriva de actos dañosos causados fuera de una relación contractual (cfr. arts. 1101, 1103, 1105, 1902). *En cambio, en la responsabilidad in contrahendo el supuesto de responsabilidad, como veremos, es más estricto y se circunscribe al dolo (art. 1270 II).*

[...]

Es cierto [...] que tanto la responsabilidad contractual como necesariamente la extracontractual, traspasa los límites del dolo; *pero precisamente en el caso que a nosotros nos importa [Morales Moreno], el de la responsabilidad in contrahendo, el dolo viene a ser el principal criterio de imputación.* El supuesto de responsabilidad tiene aquí por principal componente al dolo, aunque por diversas razones, traspase, en alguna medida, los límites de un concepto demasiado estricto del dolo, concebido como conducta «gravemente» engañosa o maliciosa. Concepto estricto que, en cambio, se recibe en el Código [civil] cuando contempla la anulación del contrato por dolo causal («dolo causam dans»): «Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave ...» (art. 1270 I [CC])» (cursiva mía del original, salvo la de *in contrahendo*)¹⁰⁸⁴.

También:

«El artículo 1269 [CC] considera conducta dolosa en el dolo causal, las «palabras o maquinaciones insidiosas» [esta cursiva del original] que emplea uno de los contratantes. A lo cual añade el artículo 1270 I [CC] una exigencia de gravedad de la conducta del sujeto. El artículo 1270 II [CC], por el contrario, no nos dice qué es el dolo incidental, presupone su concepto; ni tampoco exige en él gravedad, por lo que esta característica, parece, más bien, propia del dolo causal. De ahí resulta una importante diferencia entre el «dolo causal» y el «dolo incidental». En el primero, a efectos de la anulación, la conducta del sujeto exige una actuación maliciosa, dolosa en sentido estricto. *En cambio, en el segundo, a efectos de indemnización, se admiten tanto esas conductas revestidas de especial malicia (a que se refieren los arts. 1269, 1270 I C. c.) como otras conductas en que, aun no habiendo malicia, por el grado de negligencia que implican (culpa lata) pueden considerarse equiparables al dolo, justificando la imputación de responsabilidad. Un mismo término, «dolo», al ser adjetivado de «causal» o*

¹⁰⁸⁴ MORALES MORENO, ADC (1982) pp. 597-598; continúa: «En resumen, en la cuestión que en este trabajo se nos plantea que gira en torno a la responsabilidad *in contrahendo*, importa el dolo como principal componente de esa responsabilidad (dolo incidental, art. 1270 II)»; y más adelante: «Esta referencia, quizá casual, al dolo incidental en el artículo 1270 II, va a significar una regla general (junto a otras especiales, como en el caso del saneamiento) que justifica la responsabilidad por la conducta dolosa de una de las partes en el periodo de formación del contrato» (p. 601).

«incidental» diversifica su sentido, e implica conductas reprobables en grados diferentes.

*Como hemos podido advertir, el dolo incidental tiene un sector coincidente con el dolo causal (dolo en sentido estricto) aunque su ámbito sea más amplio. Ambos ofrecen la imagen de dos círculos concéntricos, lo cual permite aplicar en el sector común el efecto más general, la indemnización» (cursiva mía, salvo indicación en contrario)*¹⁰⁸⁵.

B) La inexistencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo. La SAP de Murcia, secc. 1.ª, 03.01.2005

[130] Para la materia que analizo, no he localizado sentencia en la que el Tribunal Supremo se refiera expresamente a la culpa lata como posible criterio de imputación para la indemnización de daños y perjuicios. Simplemente, si entiende que hubo dolo, se indemnizan los daños y perjuicios.

En cambio, en la *SAP de Murcia, secc. 1.ª, 03.01.2005*, citada por Lyczkowska, sí se menciona a la culpa lata, incluso a la imprudencia. Aquí, el comprador adquiere un dúplex y a los ocho meses aparecen humedades en su sótano por lo que demanda a los vendedores y *pide que le paguen determinada cantidad en concepto de daños y perjuicios*, importe de las obras necesarias para subsanar la deficiencia del sótano. El comprador fundamenta su petición en que hubo incumplimiento por entrega de cosa diversa (*aliud pro alio*) o *alternativamente, en que los vendedores ocultaron «de forma consciente y deliberada, la existencia de dichas humedades, que existían con anterioridad, incurriendo en dolo contractual»* (cursiva mía). En segunda instancia se estima la demanda del comprador por considerar que los vendedores no le informaron de esas humedades (las dudas en la prueba han de perjudicar a los vendedores, a quienes correspondía probar que informaron). Para la Audiencia Provincial, tras reproducir el artículo 1269.I CC, afirma que *«tradicionalmente se ha ampliado el concepto [de dolo] incluso a los supuestos de culpa lata»* y *«[s]eñala también la doctrina que los principios de buena fe, de fidelidad a la palabra dada y confianza en ésta exigen que el vendedor ofrezca al comprador una información completa y no sesgada de las características de la vivienda, destacando*

¹⁰⁸⁵ MORALES MORENO, *ADC* (1982) p. 602; *vid.* además pp. 604-609.

En otro posterior trabajo de 2022, que dedica al «riesgo de defectuosa información en la celebración del contrato y su distribución entre los contratantes» y en el que se refiere, entre otras figuras, al error y al dolo, MORALES MORENO dice sobre «[e]l criterio de imputación de responsabilidad» que *«[e]n 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 lata»* [(2020) p. 763]. Ahora bien, «[e]n el derecho actual, se ha extendido la responsabilidad precontractual a la culpa (*culpa in contrahendo*)» (p. 763).

los posibles defectos o inconvenientes», por lo que «[c]onsecuentemente, la acción por dolo debe prosperar tanto si acredita una actuación propiamente insidiosa como si la omisión informativa se produjo por imprudencia» (las cursivas mías; FD 3.º).

Lyczkowska critica duramente esa visión del dolo por imprudencia. En su opinión, «esta línea de la jurisprudencia [SAP de Murcia, secc. 1.ª, 03.01.2005] es peligrosa y cuando menos, inequitativa, ya que el dolo, por su propia naturaleza, integra *per se* un ánimo de forzar a la otra parte a contratar en su propio perjuicio ya que de haber conocido el engaño, nunca habría concluido el contrato», y afirma que «[n]o cabe un dolo «por imprudencia» o un dolo «leve», sin ánimo de perjudicar –estas construcciones son unas híbridas terminológicas, manifiestamente incorrectas–» y «[p]or tanto, incluso cuando se da un supuesto de dolo omisivo, es imprescindible demostrar que dicha omisión se debió a una finalidad antijurídica y no a un despiste»¹⁰⁸⁶.

[A] *La SAP de Murcia, secc. 1.ª, 03.01.2005 (Pte. Ilmo. Sr. D. Álvaro Castaño Penalva)*

En síntesis, el 31.07.2001, Sergio (comprador) adquiere una vivienda dúplex, apareciendo humedades en su sótano a los ocho meses. Sergio demanda a los vendedores José Ramón y Mariana (matrimonio) y ejercita «acción de responsabilidad contractual», pidiendo que se les condene al pago de 9.500 €, importe de las obras necesarias para subsanar las humedades y alega incumplimiento por entrega de cosa diversa (*aliud pro alio*) o alternativamente, que los vendedores José Ramón y Marina incurrieron en dolo «contractual» al haberle ocultado consciente y deliberadamente las humedades de la vivienda. En primera instancia se desestima la demanda de Sergio, y en lo que respecta al dolo, la desestimación se debe a que no se prueba con la necesaria certeza que las humedades hubieran sido ocultadas por los vendedores. Sergio apela. La Audiencia Provincial considera, en cuanto al dolo contractual, que sí lo hubo, pues el comprador Sergio *no fue informado* por los vendedores José Ramón y Mariana de la deficiencia de las humedades (no probaron que hubieran informado)¹⁰⁸⁷.

En lo que interesa, la ampliación a la culpa lata, el dolo por imprudencia, según la Audiencia Provincial:

«Distinta suerte ha de seguir [...] [la] de dolo contractual. Aunque el Código civil defina el dolo como «palabras o maquinaciones insidiosas por parte de un contratante que inducen al otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiese celebrado», *tradicionalmente se ha ampliado el concepto [de dolo] incluso a los*

¹⁰⁸⁶ LYCHKOWSKA, ADC (2009) p. 446.

¹⁰⁸⁷ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

supuestos de culpa lata. Señala la doctrina que cuando existe un deber de informar al otro contratante, la omisión del mismo o su defectuoso cumplimiento pueden dar lugar al dolo, constituyendo la acción que del mismo dimana un remedio fundamental para que el adquirente se defienda de las dificultades que entraña un conocimiento cumplido de las características de la vivienda, que no puede ser total y absoluto, pese a que la vivienda se compre como cosa cierta.

Señala también la doctrina que los principios de buena fe, de fidelidad a la palabra dada y confianza en ésta, exigen que el vendedor ofrezca al comprador una información completa y no sesgada de las características de la vivienda, destacando los posibles defectos o inconvenientes, deber de información y advertencia al que el Tribunal Supremo alude en sentencia de 28 de abril de 1992.

Consecuentemente, la acción por dolo debe prosperar tanto si se acredita una actuación propiamente insidiosa como si la omisión informativa se produjo por imprudencia. La cuestión aquí radica en determinar quién debe probar esa ausencia [de información], si el comprador accionante o el vendedor demandado. Entiende la Sala, en aplicación del art. 217 de la LEC, que si la obligación de informar recae contractualmente sobre el vendedor y era él el único contratante que disponía de los datos precisos por conocerlos directa y personalmente, es a él a quien le incumbe acreditar que la ha cumplido, tanto más cuanto se trata de un hecho negativo.

Pues bien, no existiendo ninguna duda de que las humedades concurrían al tiempo de la venta, aceptándolo incluso la parte demandada [los vendedores José Ramón y Mariana], la cuestión se centra en discernir si esta última parte procesal [José Ramón y Mariana] ha demostrado que cumplió su obligación de comunicar al comprador su existencia» (cursiva mía; FD 3.º).

«[...] La respuesta a lo anterior [a si se probó que el comprador Sergio fue informado] ha de ser negativa. Así, examinando la prueba acumulada, ningún instrumento probatorio, salvo el interrogatorio de los propios demandados [los compradores José Ramón y Mariana], que carece de valor a estos efectos, y la testifical de un amigo de éstos, que tampoco merece credibilidad por esa vinculación, permite deducir que se cumplimentó tal deber. Es cierto que el mediador inmobiliario y el actor [el comprador Sergio] admiten que en las conversaciones que mantuvieron se habló de un problema de humedades en el semisótano, pero el primero [el mediador inmobiliario] no recuerda exactamente a lo que se referían, si a las ocasionadas por la rotura de una cañería en el cuarto de baño o a otras, y el segundo [el comprador Sergio] está seguro de que sólo se aludió a las primeras, nunca a las litigiosas. *Fuera de ello, no hay más datos al respecto, máxime cuando por la importancia del problema lo prudente y razonable es que lo hubieran hecho constar así en la escritura pública o en el contrato privado de venta, tanto más cuanto nada podría oponer el comprador [Sergio] a tal forma de documentación si, como afirman los vendedores, había sido informado y lo asumía y aceptaba.* Por tanto, las dudas han de perjudicar a los demandados [los vendedores José Ramón y Mariana], que son los obligados a demostrarlo.

A tal conclusión no empece el hecho de que la falta de impermeabilización, que es la causa de las humedades, sea un defecto habitual y que en la época en que se levantó la edificación no existiese obligación de hacerla, según reconoció

el propio perito del actor [el comprador Sergio] en la vista, y ello no sólo porque este Tribunal no comparte tales afirmaciones, sino también porque, aunque fuesen cierta, *no podían nunca excusar el deber informativo que recaía sobre la parte vendedora* [José Ramón y Mariana]» (cursiva mía; FD 4.º).

4.3.2.2 *El posible contenido de la indemnización de daños y perjuicios. La posibilidad de que los propios contratantes solucionen el dolo: la renegociación del contrato (novación modificativa)*

A) *La doctrina de los autores*

[131] A continuación expongo distintos contenidos, sobre los que se pronuncian los autores, sea para admitir, sea para negar su indemnización. No todos adoptan la misma sistemática expositiva. Con frecuencia se hace una referencia general. Por su parte, Morales Moreno estructura, teniendo presente la materia sobre la que el engaño recae [sobre el valor de la cosa con el problema de la equivalencia entre prestaciones, sobre las cualidades del objeto o de la persona, sobre la titularidad del transmitente y la situación jurídica de la cosa (cargas o gravámenes), sobre el modo de contratar]. Por mi parte, en lo que sigue diferencio contenidos (partidas) indemnizatorias admitidas o no por los autores, insertando en esta estructura las opiniones de Morales Moreno sobre la indemnización del artículo 1270.II CC (concretamente, sobre la regla general, y no, sobre las reglas específicas de las que dicho autor también se ocupa¹⁰⁸⁸). En suma, mezclo distintas estructuras expositivas. Preciado lo anterior:

a) Para Morales Moreno, «[n]o cabe entender que el ataque a la libertad que implica el dolo incidental *sea un daño moral*, que permita el ejercicio de una acción de indemnización» (cursiva mía)¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁸ Así, para el dolo *in contrahendo* consistente en el «engaño en la titularidad que se transmite, o a la situación jurídica en que se encuentra el objeto» («[p]or ejemplo: el transmitente oculta al adquirente su falta de titularidad del derecho, o una prohibición de disponer, o la existencia de carga o gravámenes ocultos en la cosa, etc.»), MORALES MORENO explica que tales «casos pueden ser contemplados como verdaderos supuestos de dolo incidental (en cuanto que el engaño se produce en la celebración del contrato) encajables en el artículo 1270, 2.º», «[p]ero la regulación de estos supuestos ha sido desarrollada en las reglas especiales sobre saneamiento, contenidos en diversos contratos» [(1993a) p. 421; explica tales reglas especiales en pp. 421-430].

¹⁰⁸⁹ a) MORALES MORENO (1993a) p. 412.

b) En 2011, GARCÍA VICENTE informa de que en la STS, 1.ª, 15.06.2010 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos), «el Tribunal Supremo construye una regla interpretativa del» artículo 1107.II CC «que sustancialmente consiste en entender que el precepto incorpora un criterio de imputación objetiva de los daños» y «[t]al criterio sirve para determinar qué daños, del conjunto de los causalmente derivados del incumplimiento, deben ponerse a cargo del deudor doloso y concierne específicamente a los daños

morales (aunque la regla «no» se reduce a éstos), daños que, en general, y salvo para tipos contractuales específicos o para contadas contemplaciones explícitas o implícitas de intereses de tal naturaleza, no son resarcibles, puesto que el deudor no está obligado a preservarlos./ En particular, el Tribunal Supremo consagra un «nuevo» criterio de imputación objetiva para los daños morales relevantes en caso de incumplimiento doloso (en el caso, *dolo in contrahendo*), fundado en la que denomina «conexión objetiva» del daño moral con el incumplimiento, sin valorar si el contrato comporta, o no, la obligación de preservar al acreedor de tales daños. Probablemente la mención a esta «conexión objetiva» sea otra forma de designar al criterio de la adecuación, en el sentido de que será indemnizable el daño que era razonablemente previsible, *ex ante*, para el dañante o, previsible para un observador imparcial situado en su misma posición./ [...] En resumen, según el Tribunal Supremo el daño moral grave o relevante derivado del incumplimiento doloso del contrato es resarcible siempre que se cumplan dos condiciones. Con carácter previo: el carácter significativo o grave del daño moral es requisito para su indemnizabilidad [...]./ La primera [condición] es positiva y es la que es susceptible de generalizarse como regla interpretativa del artículo 1107 II CC: el daño debe guardar una «conexión objetiva» con el incumplimiento. En este punto el Tribunal Supremo no detalla en qué consiste o cómo se aprecia tal conexión objetiva, esto es, cuál es es su significado, pese a que considere que se trata de un criterio (normativo) de imputación objetiva y, que por tanto, excede o es distinto de la simple causalidad. Como hemos dicho [GARCÍA VICENTE] es probable que se refiera al denominado criterio de la adecuación o causalidad adecuada./ *La segunda condición es negativa: en caso de incumplimiento doloso es indiferente averiguar si el contrato obliga a preservar los intereses cuya afección se sustancia el daño moral (sí importa, por el contrario, en el artículo 1107 I CC), indiferencia que se predica también de la distinción que puede hacerse en los incumplimientos dolosos puesto que el dolo puede materializarse in contrahendo (como en el caso finalmente resuelto por la sentencia [que comenta GARCÍA VICENTE] o por la voluntad de incumplir»* [esta última cursiva mía; CCJC (2011) pp. 775-776]. Para GARCÍA VICENTE, «[s]i el significado de esta «conexión objetiva» [que señala el Tribunal Supremo] se refiere a que cabe que un observador imparcial se represente el resultado dañoso como probable, dentro de las reglas de la normalidad, es seguro que habrá que declarar indemnizables los daños morales» (cursiva mía; p. 784, *vid.* desde p. 783).

Los hechos, según relata GARCÍA VICENTE, y en lo que interesa, son que se habían vendido «todas las participaciones sociales de una sociedad franquiciada de Open Master Spain SA [...] denominada Fast English SL», siendo su «principal activo [...] el contrato de franquicia», y habiendo ofrecido los vendedores «datos contables que no eran fidedignos tanto de la situación financiera como de las expectativas de la empresa y que los ocultaron a los compradores, al margen de que también hicieron manifestaciones sobre la rentabilidad del negocio («normal marcha del negocio y carencia de pérdidas»). A los pocos meses de la adquisición se produjo la quiebra de la franquiciadora, aunque desde el mes siguiente a aquella se conoció su difícil situación económica. Este conocimiento primero y la quiebra después condujeron al cierre de Fast English SL en agosto del mismo año». En su demanda, el comprador pide, entre otras cosas, indemnización por daños morales. *En primera instancia* se condena, entre otras cosas, al pago de 100.000 euros como indemnización de daños morales. *En segunda instancia* se «rebaja el montante indemnizatorio en los 100.000 euros relativos al daño moral». El comprador recurre en casación. El Tribunal Supremo casa y confirma la sentencia de primera instancia. Para los hechos, pp. 769-770.

Según GARCÍA VICENTE, «[l]a sentencia se enfrenta a un supuesto de resolución implícita del contrato de compraventa de participaciones sociales (es, en suma, una compraventa de empresa) puesto que se pide el efecto típico de la resolución (la restitución del precio pagado) sin ofrecer la contraprestación recibida, en razón de la probable inutilidad de ésta, tal vez una sociedad en liquidación o al menos, incurra en causa de disolución [...]. La peculiaridad del supuesto reside también en otro elemento: la verosímil imposibilidad del comprador (administrador de la sociedad adquirida, según parece) de minimizar o mitigar los daños que sufre. En cierto modo el comprador es rehén del contrato insatisfactorio. *La implícita pretensión de resolución se acompaña de la indemnización por dolo in contrahendo, cuya autonomía ha proclamado el Tribunal Supremo, así en la STS 18 enero 2007* [que analizo *supra*, [120] [A]]» (cursiva mía; p. 778).

La doctrina de STS, 1.^a, 15.06.2010 sobre daños morales y el artículo 1107.II CC se reitera en la STS, 1.^a, Pleno, 23.07.2021, Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, FD 7.º; de esta última sentencia doy cuenta a otros efectos, *supra*, nota 563 b) y c) y la extracto *infra*, en el Anexo de sentencias.

b) La *reducción de precio* (el reajuste del precio) es contenido indemnizatorio que admiten García Rubio¹⁰⁹⁰, Gómez Calle¹⁰⁹¹, y Carrasco Perera¹⁰⁹².

Por su parte, Morales Moreno apunta que «[e]l dolo *in contrahendo* puede afectar a la equivalencia de las prestaciones», el «engaño [...] se refiere al precio» y dicho engaño «[u]nas veces incide directamente sobre» su «determinación (por ejemplo, se falsifican informes de peritos sobre el valor de la cosa, su tasación o sobre el precio del mercado)» y «[o]tras [...] [se] incide de modo indirecto», en este sentido «se refiere, por ejemplo, a las cualidades del objeto que se transmite, o a las de la persona con la que se contrata; en la medida en que esas cualidades hayan sido tomadas en cuenta para fijar el precio, el engaño se proyecta sobre él»¹⁰⁹³. Para solucionar el presente problema, Morales Moreno descarta «la rescisión» por lesión y considera que la acción indemnizatoria del artículo 1270.II CC permite «un reajuste del precio», recordando *que* «[e]l Derecho romano ofrece al sujeto que padece un engaño en el precio de la cosa la acción del contrato de compraventa, para a través de ella recuperar el exceso del precio pagado por razón del dolo» (D 19.1.13.4 que transcribo *supra*, [12] primera [A]), *que* «[s]egún las Partidas [P 5.5.57 que transcribo *supra*, [11] [A]], cuando el dolo proviene del comprador y no hay lugar a la nulidad del contrato, porque el vendedor en todo caso quiere vender la cosa, «el comprador es tenuto de enmendarle aquel engaño que fizo, de manera que aya el precio derecho que podría valer aquella cosa que le vendió, con las pertenencias, que fueron engañosamente encubiertas»» y *que* esta «re-

¹⁰⁹⁰ Según GARCÍA RUBIO, «[v]igente el negocio jurídico en cuya formación existió dolo, la víctima sólo podrá exigir el resarcimiento de los daños que le haya ocasionado el haber fijado en el contrato cláusulas menos ventajosas que las que hubiera establecido de no existir el dolo, *lo que, en muchas ocasiones, se concretará en una adaptación del precio pagado*. Algunos autores entienden que, en este caso, quien sufrió el dolo puede exigir el interés positivo o interés en el cumplimiento. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que no se puede obtener el cumplimiento del negocio que existiría si el hecho engañoso hubiese sido verdad, sino el cumplimiento del contrato que se habría celebrado si no hubiese existido la maquinación dolosa (lo que los autores alemanes llaman acción de diferencia)» [(1991) p. 213].

¹⁰⁹¹ Según GÓMEZ CALLE, «[o]tra posibilidad para quien contrató no habiendo sido debidamente informado cuando el contrato, no obstante, no es impugnado es la de exigir *reajuste de sus términos* [esta cursiva del original] con el objeto de adaptarlos a la situación real. Tal es el objeto de la acción estimatoria (art. 1486.1), y *lo mismo puede pretenderse por vía de una acción indemnizatoria, como la que prevén los arts. 1270.II (si el contrato no es anulado por dolo causal)* [esta otra cursiva mía] o 1483» [(1991) pp. 133-134].

¹⁰⁹² Según CARRASCO PERERA, «[i]gualmente, mediante una acción indemnizatoria puede conseguirse una rebaja del precio pagado, hasta la cantidad que se hubiera acordado de no haber existido dolo por el vendedor, sin renunciar a la adquisición, ni pretender la nulidad del contrato o de una parte del mismo» [(2021) 8/43, p. 411].

¹⁰⁹³ MORALES MORENO (1993a) p. 413.

gla de las Partidas se reitera por la doctrina del siglo XIX»¹⁰⁹⁴. A los anteriores argumentos añade, *que* «un reajuste del precio es, probablemente, en muchos casos, la solución más razonable, y parece conveniente favorecer esta vía de solución»¹⁰⁹⁵. *En conclusión*, «[e]l artículo 1270, 2.º, del Código civil debe entenderse de acuerdo con sus precedentes. Por tanto, la indemnización que reconoce cubre la «enmienda del engaño». Si la alteración de la equivalencia entre las prestaciones del contrato está causada por el dolo de un contratante, la forma natural de reparar este efecto lesivo es el reajuste del precio», además de que «si en la compraventa, no mediando dolo, el Código admite el reajuste de la equivalencia a través de la acción estimatoria (art. 1486), con mayor razón deberá admitirse cuando el dolo exista» (cursiva mía)¹⁰⁹⁶.

[A] Morales Moreno también se pronuncia sobre los criterios a aplicar y no aplicar, a efectos de fijar la cuantía del reajuste del precio. Explica al respecto:

«El reajuste debe practicarse según el criterio concreto que pueda ofrecer el contrato (equivalencia subjetiva). La pregunta a contestar puede ser ésta: Si no hubiera mediado dolo, ¿cuál hubiera sido el precio? Para contestarla han de tenerse en cuenta los elementos interpretativos que ofrezca el contrato. El contrato puede contener las bases para extraer de él un criterio de equivalencia subjetiva. Por ejemplo, si se ha pagado un precio por la cosa, creyendo que tiene ciertas cualidades, se podrá realizar un reajuste proporcional del precio, si carece de ellas (comp. art. 1486, 1.º). Pero seguramente en muchos casos el contrato no nos ofrecerá elementos suficientes para extraer de él el criterio de equivalencia subjetiva. En este caso habrá que utilizar el precio de mercado (comp. art. 1289, 1.º). No creo [Morales Moreno] que puedan ser utilizados criterios subjetivos puramente unilaterales: la equivalencia que hubiera estado dispuesto a aceptar, de no mediar el dolo, el contratante engañado. Esta equivalencia subjetiva/unilateral no parece que pueda servirnos, si no se ha incorporado al contrato, ni puede constarle al otro contratante»¹⁰⁹⁷.

c) Si el dolo recae sobre las cualidades del objeto o de la persona, «o, generalizando más, a [sobre] la «materia del contrato» (comp. artículo 1261, 2.º)»¹⁰⁹⁸, Morales Moreno considera indemnizable *el «interés del contratante en el cumplimiento del contrato, tal y como [este] podía esperar» y ello «[e]xige colocar al contratante defraudado como si la cosa (o la persona) tuviera las cualidades tomadas en cuenta en el contrato, sobre las que ha sido engañado»*, lo cual «[p]uede comprender: [...] [e]l menor valor de la cosa

¹⁰⁹⁴ MORALES MORENO (1993a) pp. 413-414, y la cita de D 19.1.13.4 es en nota 114 de p. 414 y la de la P. 5.5.57 en nota 115 de p. 414.

¹⁰⁹⁵ MORALES MORENO (1993a) p. 414.

¹⁰⁹⁶ MORALES MORENO (1993a) p. 414.

¹⁰⁹⁷ MORALES MORENO (1993a) pp. 414-415.

¹⁰⁹⁸ MORALES MORENO (1993a) p. 415.

(obtenido en este caso a través de la acción indemnizatoria, no de la estimatoria) [...] *[e]l lucro cesante que hubiera obtenido en una utilización de la cosa, como objeto de uso o de cambio, de acuerdo con las cualidades que en ella se podían esperar [...] y [e]l incremento del coste de mantenimiento o utilización de la cosa*» (cursiva mía)¹⁰⁹⁹.

En cambio, por lo que se refiere *al coste de la reparación* «[t]ratándose de un objeto defectuoso», a Morales Moreno le «ofrece duda» su inclusión en la indemnización de daños y perjuicios «*cuando a través de la reparación se pretende alcanzar la adecuación del objeto a las previsiones del contrato*», ya que, aunque «[n]o es obstáculo para admitir su indemnización el que la obligación sea de dar y no de hacer; porque si bien la obligación de dar no genera un deber primario (deber de prestación) de reparar, puede generarlo la obligación de indemnización derivada de ella (indemnización *in natura*)», hay la «razón que puede aconsejar [...] [su] exclusión [de la indemnización de daños]: [la de que] *[e]n las condiciones del mercado, la reparación del objeto puede ser una vía mucho más costosa que las otras [vías] que se ofrecen para la satisfacción del interés*» (cursiva mía)¹¹⁰⁰. Ahora bien, Morales Moreno no aplica su anterior consideración «*a las reparaciones imprescindibles para evitar que la cosa pueda producir otros daños*» (cursiva mía)¹¹⁰¹. En relación con la reparación

¹⁰⁹⁹ MORALES MORENO (1993a) p. 416; téngase en cuenta que para MORALES MORENO: «La existencia del dolo permite extender el círculo de cualidades tomadas en consideración a la hora de ofrecer protección al que padece el vicio del consentimiento. [...] En el dolo, el criterio es el de la materia del propio engaño. Se tomará en cuenta aquella falsa representación de la realidad que tiene un contratante por el engaño del otro. [...] Podría decirse que el dolo funciona como criterio de incorporación de presunciones al contrato; y ello como consecuencia de la utilización del principio de la buena fe (art. 1258 del Código civil). Esta incorporación justifica la indemnización del interés del contratante de buena fe en el cumplimiento del contrato» (pp. 415-416).

¹¹⁰⁰ MORALES MORENO (1993a) pp. 416-417. En otro trabajo suyo manifiesta: «podría [...] consistir, en algún caso, en la reparación del objeto, a costa del obligado, para corregir los defectos que dolosamente se ocultaron» (cursiva mía) [«Artículo 1270» (1993b) p. 472].

¹¹⁰¹ a) MORALES MORENO (1993a) p. 417.

b) *A los meros efectos de reflexionar sobre qué puede llegar a suponer el coste de reparación del objeto, es de interés la STS, 1.ª, 02.03.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares), aunque, advierto, aquí el contrato se anuló por el dolo de los vendedores (Valentín y Lucía) y ahora, mi exposición del cuerpo del texto se centra en el dolo incidental.*

Los vendedores Valentín y Lucía conocían que el edificio en el que se situaba la vivienda que vendían tenía aluminosis y no lo comunicaron a los compradores. Con posterioridad, la comunidad de propietarios acordó hacer las oportunas obras de consolidación para evitar que el edificio se arruinase. El comprador Luis Miguel demanda a los vendedores Valentín y Lucía y pide, entre otras cosas, la nulidad (anulación) de la compraventa celebrada el 16.10.1996 en escritura pública y *la indemnización de los gastos y mejoras hechos en la vivienda* y los daños y perjuicios por formalización y otorgamiento de la compraventa («minuta de notario, gastos registrales, impuesto sobre transmisiones patrimoniales, gastos de formalización de la hipoteca y cancelación de la misma, etc...»). Ni en primera ni en segunda instancia se estima su demanda. El comprador Luis Miguel recurre en casación y alega, entre otros motivos, infracción de los artículos 1265, 1269 y 1270 CC (motivo 2.º). El Tribunal Supremo entiende que hubo dolo de los vendedores Valentín y Lucía y casa la sentencia. En concreto, el Tribunal Supremo declara la nulidad de la compra-

(o sus costes), Carrasco Perera apunta que «[c]uando el contrato versa sobre inmuebles, normalmente será más adecuado para el comprador solicitar la reparación (o sus costes) por la vía del dolo incidental del art. 1270 CC que la anulación por dolo (o la resolución por incumplimiento)»¹¹⁰².

venta de 16.10.1996 y condena solidariamente a dichos vendedores a la restitución del precio pagado por Luis Miguel e intereses legales y a que indemnicen a Luis Miguel «los daños y perjuicios [...] derivados de la formalización y otorgamiento del contrato y [...] la obligación de restituirle [...] los gastos y mejoras que en la vivienda se hayan producido, a costa del demandante [Luis Miguel]» [Fallo C)]. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

En lo que ahora interesa a efectos de la reflexión sobre qué puede llegar a suponer el coste de reparación del objeto, el Tribunal Supremo manifiesta:

«Tras el examen de tales motivos, este Tribunal, manteniendo los hechos probados de la Sentencia recurrida, pero no la valoración jurídica que de ellos [*sic*] hace la misma, por ser totalmente errónea, no ajustada a la aplicación a aquéllos de las normas jurídicas que les afecta, estima el Recurso [de casación del comprador Luis Miguel], de acuerdo con las siguientes consideraciones:

[...].

B) Entendiendo, por lo tanto, y en atención a lo que se acaba de decir, que la vivienda la transmitirían propiamente los demandados [Valentín y Lucía], en el documento público de octubre de 1996, al actor [el comprador Luis Miguel], y como la existencia de la «aluminosis» (vicio oculto grave en la edificación: S. de esta Sala, de 17 de octubre de 2005) se conoció a través de la habitante de la vivienda contigua (1.º-2.º, respecto de la 1.º-1.ª de los demandados [Valentín y Lucía, vendedores] en 25 de noviembre de 1996 [*sic*; 25.09.1996], según la testigo propietaria o habitante del mismo (que lo comunicó a los demás vecinos, y que se conoció por las grietas y entrada de humedades, filtraciones, etc.) Conociéndose por los demandados [Valentín y Lucía, vendedores], hecho afirmado en las Sentencias de la instancia, *la existencia de ese vicio (cuya expansión al edificio, como era lógico, dada su naturaleza, se conoció, a su vez, por la Comunidad en diciembre 96 a enero 97, en cuyas fechas se decidió por ésta evitar el arruinamiento de la construcción, mediante la realización de obras de consolidación, aceptadas por los vecinos, ya que afectaban a todos ellos)*, es claro que la ocultación de tal dato al comprador [Luis Miguel], como dato esencial, influyente en su consentimiento, fue de carácter doloso, anulatorio por lo tanto, del contrato (vid. la Sentencia de esta Sala, antes indicada)» (cursiva mía; FD 3.º).

c) En cambio, en la STS, 1.º, 08.11.1997 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa) sí se conoce de una indemnización de daños y perjuicios por causa del dolo incidental de la vendedora Magdalena. Los compradores (Pedro Jesús e Inés) adquieren una vivienda, cuyo precio pagaron íntegramente y, al llevar a cabo obras de acondicionamiento y levantar los ladrillos del suelo, descubren que todas sus vigas estaban podridas con la consiguiente amenaza de grave riesgo para las personas y peligro de desmoronamiento, no pudiendo utilizar la vivienda. En una primera valoración, la cuantía de las obras necesarias para reparar la vivienda es de 4.500.000 pesetas. La vendedora sabía de la existencia de tal vicio oculto en la vivienda. *En segunda instancia*, se condena a la vendedora Magdalena a pagar a los compradores Pedro Jesús e Inés la cuantía de 4.500.000 pesetas en concepto de daños y perjuicios por el dolo incidental de la vendedora Magdalena. Esta última recurre en casación. El Tribunal Supremo no casa. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

En lo que ahora interesa, el Tribunal Supremo dice, que «el importe de la indemnización declarada [4.500.000 pesetas] tuvo como finalidad cubrir los gastos necesarios para subsanar los defectos observados en la vivienda para que quedase en situación de ser ocupada, y a semejantes daños se alude en la exposición fáctica de la demanda [de los compradores Pedro Jesús e Inés], aparte de otros distintos. Asimismo, no es dable olvidar que la indemnización establecida en favor de los compradores [Pedro Jesús e Inés] fue consecuencia del dolo incidental que el Tribunal apreció en la vendedora [Magdalena] y ello, con aplicación al caso de autos de lo dispuesto en los artículos 1269 y 1270, en relación con el 1124 del Código Civil, cuyo alcance y significación está en conexión con las prescripciones generales de los artículos 1101 y 1106 [CC]» (FD 8.º; *vid.* FD 5.º).

¹¹⁰² CARRASCO PERERA (2021) 8/43, pp. 410-411. *Vid.* b) y c) de la nota que inmediatamente precede a esta presente.

[A] *Al analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el dolo*, Rojo Ajuria informa, que «[l]a sentencia de 19 de abril de 1928 admite la existencia de un *dolo incidental* en el caso de la venta de una casa en la que la situación de los pozos negros no correspondía con la descrita en el plano presentado y aprobado por el Ayuntamiento» y «[s]e condena al vendedor a pagar los daños y perjuicios consistentes en los gastos necesarios para realizar las obras que ajusten la construcción de la casa a lo establecido en el plano» (cursiva mía)¹¹⁰³.

Continuando con el dolo que recae sobre las cualidades del objeto o de la persona (sobre el contenido del contrato), Morales Moreno también entiende indemnizables «los daños que provoque el objeto en otros bienes patrimoniales o no patrimoniales (vida, salud) susceptibles de ser indemnizados», explicando que «[e]stos daños, normalmente, provienen de una utilización de la cosa que no es adecuada a su verdadera naturaleza o estado», pues «[s]e la utiliza según se cree que es, y no según es [dicha cosa]», «[p]or ejemplo, se utiliza una pieza que no es adecuada para un motor y éste se avería»¹¹⁰⁴.

Otros daños indemnizables son «los gastos hechos por el adquirente que resulten inútiles en el estado real de la cosa», como, ilustra Morales Moreno, «obras para el asentamiento de la máquina; publicidad orientada a su comercialización»¹¹⁰⁵.

Y también incluye Morales Moreno como daños indemnizables *las indemnizaciones que el contratante engañado ha pagar a terceros por el estado del objeto*, si no se pudieron evitar, así como «el coste que provoque evitar esos daños, cuando el mismo sea imputable al dolo del otro contratante»¹¹⁰⁶.

d) Admiten que la indemnización de daños y perjuicios pueda incluir *la anulación parcial del contrato* (anulación de una cláusula contractual sobre la que el dolo recayó), De Cossío y Corral, Llobet I Aguado, y Morales Moreno.

De Cossío y Corral, que piensa en «alguna estipulación no esencial del contrato», comienza apuntando que «[e]n principio, no parece que sea posible

¹¹⁰³ ROJO AJURIA (1994) p. 37.

¹¹⁰⁴ MORALES MORENO (1993a) p. 417; señala más ejemplos: «los animales enfermos contagian a otros sanos porque no se los mantiene separados; el consumo del producto adquirido produce daños a la salud; la utilización del automóvil, en el estado en que se encuentra, provoca un accidente con muerte o lesiones». Recuerda, que «[d]esde el Derecho romano se indemnizan estos daños, en el supuesto que estamos tratando. [...]: La casa se desploma, por el efecto de la viga utilizada (Ulpiano [mayúsculas en el original], D. 19,1,13, pr.); el ganado propio se infecta por la enfermedad del adquirido (*pecus morbosus*: Ulpiano [mayúsculas en el original], D. 19,1,13, pr.); el líquido guardado en la vasija se pierde, por ser ésta defectuosa (Pomponio [mayúsculas en el original], D. 19,1,6,4)./ En el Derecho comparado hallamos ejemplos de ordenamientos en los que se admite la indemnización», refiriéndose en nota 125 de p. 417 a los derechos alemán y francés.

¹¹⁰⁵ MORALES MORENO (1993a) p. 418.

¹¹⁰⁶ MORALES MORENO (1993a) p. 418.

el declarar nulo en parte un contrato y válido en las demás cláusulas», pero «*hoy en día se observa la tendencia doctrinal y jurisprudencial a mantener la vigencia de los contratos, aunque para ello sea preciso novar o anular algunas de sus cláusulas*» y «*si, por otra parte, el resarcimiento que en caso de dolo pueda prestarse, ha de consistir en reponer las cosas al mismo ser y estado en que estarían de no haberse producido el hecho dañoso; habremos de concluir que en muchos casos de dolo incidental, la única forma de conseguir ese resarcimiento sería la anulación parcial*»¹¹⁰⁷. Esto lo admite De Cossío y Corral tanto si se trata «de [una] *mera unión de contratos* (por ejemplo un arrendamiento, al que dolosamente se añade un pacto de opción de compra)», como si se trata de «*contratos unitarios, dentro de los cuales es posible separar las estipulaciones unas de otras*»¹¹⁰⁸. En suma, «[e]s una forma de revisión de los contratos que puede ofrecer en la práctica la mayor utilidad, y *que a nuestro juicio [De Cossío y Corral] no pugna tampoco con la letra del artículo 1269 [CC], ya que este precepto establece el principio de que es nulo el contrato que sin dolo no se hubiera celebrado, de donde se sigue que lo será también la cláusula contractual que sin el dolo no hubiera sido aceptada. Si el contrato puede subsistir sin ella, ningún inconveniente parece oponerse a que sea anulada [dicha cláusula]*» (cursiva mía)¹¹⁰⁹. Con apoyo en los argumentos ofrecidos por De Cossío y Corral, a los que añade que «[e]n los contratos celebrados con los consumidores se acepta la tesis de la nulidad parcial», Llobet I Aguado admite, siendo la cláusula no esencial, la nulidad parcial del contrato¹¹¹⁰.

Morales Moreno, para «el dolo incidental [...] cuya característica común es afectar al modo de contratar» (esto es, «ha de referirse a determinadas cláusulas del contrato: a su inclusión en el contrato o al modo en que se han pactado») y no afectando a un elemento esencial del contrato, apunta que «[l]a nulidad parcial permite ofrecer protección al contratante que ha padecido el dolo» y entiende que dicha nulidad parcial, «así como la reducción conservadora de la validez, aunque no estén contempladas en el Código civil, pueden ser utilizadas, al amparo del artículo 1270, 2.º, como medidas orientadas a

¹¹⁰⁷ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) pp. 349-350.

¹¹⁰⁸ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 350.

¹¹⁰⁹ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 350.

¹¹¹⁰ LLOBET I AGUADO plantea que «[p]uede darse el caso de que el dolo haya afectado solamente a la aceptación de alguna estipulación concreta, no del total del contrato» y, «¿[p]uede solicitarse la nulidad de esa sola cláusula [...] o bien la nulidad de una cláusula arrastra consigo la nulidad de todo el contrato de que forma parte [...]?» [(1996) pp. 176-177]. Tras ofrecer diversos argumentos que, como apunto en el cuerpo del texto son de De Cossío y Corral, LLOBET I AGUADO dice: «En conclusión, creo que es posible abogar por la nulidad de la cláusula aceptada por dolo, manteniendo la vigencia del resto del contrato. Por supuesto, siempre que dicha estipulación no pueda calificarse de esencial. De ser esencial, no podría sino invocarse la nulidad del contrato en su totalidad» (p. 177).

«enmendar el engaño» (reparación *in natura*)»¹¹¹¹. La nulidad parcial «permite una mejor protección del sujeto, no privándole de las ventajas del contrato» y, «que esa protección sea a costa del otro contratante, halla su justificación en la conducta dolosa de éste», afectando «a aquellas cláusulas del contrato sobre las que se proyectará el dolo; es decir, en las que se ha producido el engaño o la captación»¹¹¹². Por último, apunta Morales Moreno, *una vez* «[s]uprimida la cláusula, procederá, en ocasiones, una reconstrucción del contrato» (cursiva mía)¹¹¹³.

[A] *La anulación parcial del contrato por error; la modificación del contrato como indemnización de daños y perjuicios de los artículos 1270.II y 1902 CC, según García Vicente*

Como es sabido, *sobre el error y la anulación contractual*, es doctrina del Tribunal Supremo que el error *permite* la anulación de *todo* el contrato, y *no, su nulidad parcial* (la de algunas cláusulas contractuales). En este sentido y a modo

¹¹¹¹ MORALES MORENO (1993a) pp. 430-431; antes aclara, «[...] conviene, todavía, hacer otra [advertencia]. Aun dentro del dolo causal, las posibilidades de protección de la víctima del dolo, cuando este es determinante, son distintas, si el dolo se refiere a un elemento esencial del contrato, como es el objeto, como si se refiere a determinadas cláusulas contractuales. En el primer caso, la protección, por la vía de la desvinculación, conduce a la nulidad del contrato, en su conjunto, ya que no se puede separar de él el elemento esencial, permaneciendo subsistente el contrato con el resto de su contenido (nulidad parcial) (cfr. art. 1289,2.º)» (p. 431).

¹¹¹² MORALES MORENO (1993a) p. 432.

¹¹¹³ a) MORALES MORENO (1993a) p. 432.

Como expongo en la anterior b) de este [131], MORALES MORENO admite el reajuste del precio (su reducción) que supone una readaptación del contrato, y ahora, al referirme a la anulación parcial, el autor admite que en ocasiones puede proceder, después, una reconstrucción del contrato. En 2022, MORALES MORENO reitera que, *vía indemnizatoria*, el dolo habido pueda solucionarse mediante la adaptación del contrato. Dice: «La adaptación del contrato [...] no está prevista en caso de dolo./ La conservación y adaptación del contrato, en caso de dolo, puede tener sentido como una vía de indemnización in [*sic*; *in natura*], a instancia del contratante que ha padecido el dolo» [(2022) p. 756].

En 1994 y situándose en el nivel de la abstracción, ROJO AJURIA señala que «tema distinto, y muy problemático, es cómo conservamos el contrato» y, tras señalar que «en la doctrina tradicional [...] sólo se concibe la conservación con la reparación de daños», apunta que «*cabe plantear posturas más avanzadas que impliquen de alguna forma la modificación o rectificación del contrato, ya sea con criterios subjetivos, o aplicando remedios similares a la* [esta cursiva mía] *quantum minoris* [esta otra cursiva del original]» [(1994) p. 178; en nota 299 de p. 178 cita a Morales Moreno, además de otros autores].

b) *Trasladándome a otro plano, así, el de sí, frente a la anulación del contrato pretendida por la víctima del dolo, el otro contratante ¿podría evitarla, proponiendo la adaptación del contrato?*, MORALES MORENO entiende que sí con fundamento en el artículo 7 CC. Explica: «El CC tampoco prevé la adaptación del contrato en casos como los contemplados en los PECL (en caso de error, *en casos en que, dado el concepto amplio de dolo del art. 1269 CC no limitado a la inducción en error, el dolo consista en una ventaja excesiva*). Esto hace difícil que la adaptación del contrato pueda ser exigida por el contratante que padece el vicio de la voluntad en los casos en que podría hacerlo conforme a los PECL (salvo que se considere una indemnización *in natura*), *pero no excluye que, por la vía del art. 7 CC, pueda ser utilizada por el otro contratante para impedir la anulación del contrato*» [cursiva mía; (2011) p. 415].

de mero ejemplo relativamente reciente, la STS, 1.^a, 18.05.2021, Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena¹¹¹⁴.

¹¹¹⁴ a) En síntesis, Carlos Antonio y Marí Luz (clientes) demandan a Caixabank, S.A. y piden la nulidad (anulabilidad) *parcial* del préstamo hipotecario en la parte contractual referida a la opción *multidivisa* del préstamo hipotecario por error vicio y con fundamento en el artículo 1266 CC, siendo el efecto de la nulidad parcial, que el préstamo sería en euros y lo mismo, las amortizaciones. En primera instancia se estima la demanda de Carlos Antonio y de Marí Luz y entre otras cosas, se declara la nulidad parcial del contrato, quedando este concebido solo en euros. En segunda instancia se desestima el recurso de apelación de Caixabank, S.A., la cual interpone recurso de casación en el que alega, entre otras cosas, vulneración del artículo 1266 CC y de la jurisprudencia que lo desarrolla en cuanto a la imposibilidad de acordar la nulidad parcial del contrato por error vicio del consentimiento (motivo 1.º). El Tribunal Supremo casa, al no admitir la nulidad parcial del contrato por un error del artículo 1266 CC, y desestima la demanda de Carlos Antonio y Marí Luz. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

En lo que ahora interesa, el Tribunal Supremo explica:

«Decisión del tribunal: la anulación de un contrato por error vicio del consentimiento no puede ser parcial pues afecta a la totalidad del contrato [cursiva del original]

1. Esta cuestión ha sido tratada por este tribunal en reiteradas ocasiones, algunas de ellas con relación a los préstamos hipotecarios en divisas. Y la doctrina jurisprudencial sentada en estas sentencias declara que el error vicio, cuando reúne los requisitos invalidantes del consentimiento (que sea sustancial y excusable), solo puede determinar la nulidad total del préstamo hipotecario, pero no la nulidad parcial del mismo.

2. Entre las más recientes, en la sentencia 80/2021, de 15 de febrero, hemos declarado sobre esta cuestión:

«3. La sentencia recurrida ha apreciado la existencia de error vicio respecto de las cláusulas *multidivisa* del contrato de préstamo hipotecario, y ha declarado su nulidad parcial al comprender en su pronunciamiento anulatorio exclusivamente esas cláusulas, declarando al mismo tiempo la subsistencia del resto del contrato.

«4. Con ello la Audiencia infringe la interpretación jurisprudencial contenida en las sentencias citadas en el recurso. En concreto, en la sentencia 66/2017, de 2 de febrero, declaramos que «la nulidad por este vicio del consentimiento (error vicio) debía conllevar la ineficacia de la totalidad del contrato y no sólo de la cláusula que contiene un derivado implícito». En esta sentencia nos remitíamos a otra sentencia anterior, la sentencia 450/2016, de 1 de julio, en la con mayor detalle exponíamos esta doctrina:

««[sic] Como hemos recordado recientemente con motivo de un recurso en el que se había pretendido la nulidad por error vicio de las cláusulas relativas al derivado financiero de un contrato de préstamo, no cabía la nulidad parcial de una cláusula basada en el error vicio (sentencia 380/2016, de 3 de junio). Si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del contrato».

«En el caso de la litis, al igual que sucedía en los resueltos por la citada sentencia 66/2017, de 2 de febrero y en la posterior 104/2017, de 17 de febrero, la razón de la estimación del motivo de casación radica en que la sentencia recurrida ha infringido el art. 1266 del CC, porque no cabe la nulidad de una cláusula de un contrato, en este caso la relativa a la opción *multidivisa*, por un error vicio que afecte sólo esta cláusula.

«5. Hemos reiterado esta doctrina jurisprudencial recientemente en las sentencias 317/2019, de 4 de junio, y 435/2020, de 15 de julio, referidas ambas a supuestos de préstamos hipotecarios *multidivisa*, en las que concluíamos:

««[sic] por último, como argumento de refuerzo, el motivo no podría nunca ser estimado porque el error sobre los riesgos asumidos por un contratante, en cuanto fuera relevante, además de excusable, podría dar lugar a la nulidad de la totalidad del contrato, pero no a la nulidad parcial, que afectara solo a algunas cláusulas. Así lo hemos declarado en sentencias como las 450/2016, de 1 de julio, 366/2017, de 8 de junio, 4/2019, de 9 de enero»».

«6. Estimado el recurso de casación, debemos asumir la instancia, y estimar el recurso de apelación formulado por la demandada por la misma razón que hemos estimado la casación. La demanda no pedía la nulidad del contrato del préstamo hipotecario, sino la nulidad de una parte del contrato, la relativa a los pactos *multidivisa*, y por la concurrencia de un error vicio respecto de los riesgos derivados de los mismos.

Recordado lo anterior por mi parte, García Vicente, en su comentario a la *STS, 1.ª, 23.10.2019 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo)*, reflexiona sobre la decisión del Tribunal Supremo de no admitir la nulidad parcial por error vicio del artículo 1266 CC para el caso del que conoce. En síntesis, Evaristo y Araceli (prestarios) celebraron con el *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.* un préstamo hipotecario con un *swap* o contrato de derivado financiero implícito que conllevaba cláusulas limitativas del tipo de interés variable del contrato, y en su demanda, dichos prestatarios Evaristo y Araceli piden la nulidad parcial del contrato, en relación con el *swap* o contrato de derivado financiero implícito (su eliminación)¹¹¹⁵. Según García Vicente, en esta *STS, 1.ª, 23.10.2019* se reitera la doctrina mantenida por «el Tribunal en sentencias anteriores [...]»: si en la contratación entre particulares se incurre en error *sobre un elemento esencial del contrato* [cursiva mía], solo le cabe pedir al contratante errado la anulación íntegra del contrato con sus efectos propios (arts. 1266, 1300, 1301 y 1303 CC) y no es posible invocar la anulación parcial «que tiene difícil acomodo en nuestro Derecho» (STS 450/2016, de 1 de julio)», siendo «[e]l efecto» de dicha «doctrina [...]» que el contrato en el que es

De acuerdo con la jurisprudencia expuesta, el error debe ser sustancial y relevante en relación con la totalidad del contrato, razón por la cual, de apreciarse, la nulidad afectaría a la totalidad del contrato, pero no a unas determinadas cláusulas» (salvo que indique lo contrario, cursiva mía; FD 3.º).

b) En cambio y a modo de contraste, en la *STS, 1.ª, 19.02.1996 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; STS 7831/1996)*, en relación con la compraventa de una finca, se estima su anulación parcial por error del comprador. Dicha anulación parcial se refiere al alcance del objeto del contrato; esto es, el resultado de la anulación parcial es que no se compra toda la finca registral 8.144, sino solo la parte invadida de dicha finca, procediendo la devolución por parte del comprador del exceso de terreno de la susodicha finca, y debiendo el vendedor abonar al comprador la cantidad de 14.947.461 pesetas con intereses. Brevemente, en 1988, Hugo compra a Felipe, Edurne, Cosme y Sofía la finca registral núm. 5.025. Después, en 1989, Hugo compra a Mariano la finca registral núm. 8.144, ante la amenaza de Mariano de paralizarle la construcción que estaba realizando en la finca registral núm. 5.025, porque, según decía Mariano, Hugo había invadido la mayor parte de su finca registral 8.144. Lo cierto es que Hugo solo había invadido 2 m² de la finca registral núm. 8144 de Mariano. *En primera instancia* se estima la anulabilidad de toda la compraventa, pero, *en segunda instancia* se estima la anulación parcial, manteniéndose la validez de la compraventa en los 2 m² ocupados. El vendedor Mariano recurre en casación y Tribunal Supremo no casa. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

Para el Tribunal Supremo, el vendedor Mariano no ha combatido correctamente la apreciación de que el comprador Hugo sufrió un error del artículo 1266 CC. Dice: «No se ataca por tanto la concurrencia de error como vicio que invalida el consentimiento prestado a la compraventa y que alcanza al contrato, por lo que la Sala a quo aplicó correctamente el art. 1300 del Código Civil, que hay que relacionar necesariamente con el 1261, 1266 y 1267 y concordantes del Código Civil, y con la doctrina jurisprudencia [*sic*, jurisprudencial] de esta Sala de casación civil, que exige que el error sea esencial (Sentencias de 14 y 18 de febrero de 1904). [*sic*] apreciándose cuando se tiene un conocimiento defectuoso importante de cuantas circunstancias teman [*sic*, tienen] que contribuir a la recta formación del debido consentimiento (Sentencia de 23 de febrero de 1993), y con mayor incidencia cuando se trata de situación impuesta, que sólo posibilitaba en el ámbito de la realidad práctica tener que soportar los perjuicios consiguientes, o acceder [a] las pretensiones del recurrente [Mariano], que es el caso de autos, ya que se falseó la realidad de las cosas (Sentencias de 25 de mayo de 1963 y 25 de febrero de 1995) y se provocó decididamente el error, no leve, sino trascendental y decisivo» (FD 3.º).

Por otro lado y en otro plano, el Tribunal Supremo apunta que «[s]i se pide la nulidad total de una escritura y sólo se decreta de forma parcial, que es el caso de autos, en forma alguna [*sic*], procede decretar la Sentencia viciada de incongruencia» (FD 1.º).

¹¹¹⁵ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

patente y ha resultado acreditado el error del contratante sobre el precio (o su cálculo) «se mantiene en vigor» y solo le cabe a este contratante pedir su «nulidad» total [...] que tiene por efecto la restitución íntegra e inmediata de las prestaciones satisfechas y [...] supone la pérdida del beneficio del plazo para el prestatario»¹¹¹⁶. Añade, que «el resultado, que tal vez quepa calificar como dogmáticamente intachable, coloca al protegido por la norma referida al error ante una victoria pírrica: el prestatario evita la aplicación de un tipo de interés pero debe restituir inmediatamente «todo» el capital prestado (art. 1303 CC)»¹¹¹⁷.

Apuntado lo anterior, y pensando en «[e]l éxito de la pretensión de anulación parcial por error del contratante sobre el tipo de interés (en suma, sobre el precio del préstamo) [García Vicente señala que esto] tendría dos efectos: por un lado, el «mantenimiento del contrato», y así el prestatario seguiría gozando del beneficio del plazo. Por otro, su integración y, por ende, modificación: ya consista la integración en sustituir la regla inválida por otra (recurrir a un interés distinto al previsto en la cláusula) o ya en eliminarla sin más», y «[e]n este último supuesto [el de eliminación sin más de la regla inválida] el contrato se reconstruye con un contenido distinto al previsto por las partes pero con un efecto determinante: la supresión del modo de cálculo del precio del préstamo transformaría al contrato de oneroso en gratuito»¹¹¹⁸. *Y estos dos «efectos nos arrojan a las arenas movedizas (al verdadero piélago) de ciertas reglas y algunos prejuicios sobre la nulidad de los contratos. Quizá aquí convenga [...] que rompamos las amarras de la pulcritud dogmática y prefiramos la congruencia valorativa, que es una exigencia «práctica, esto es, la que remedia la concreta controversia», pues «[a] los contratantes le[s] importa poco que el sistema sea más o menos perfecto (que no lo es) y sí que responda con rigor valorativo a la cuestión práctica que les enfrenta. Justamente la preferencia por lo práctico se sustancia en la exclusión de la apreciación del «dolo» que nos llevaría a los abismos, o a los oscuros derroteros del Derecho penal»* (cursiva mía)¹¹¹⁹. En opinión de García Vicente, «[l]a respuesta del Tribunal Supremo [en esta su S, 1.ª, 23.10.2019] es, parece claro, «insatisfactoria»: el Tribunal aprecia el error pero el contratante que yerra en ejercer la acción de anulación (por hacerlo parcialmente) o que valora conservar el beneficio del plazo, no obtiene protección. *Sugeriremos [García Vicente] un par de opciones que permitirían la cobertura de este interés: en realidad, y en obsequio a la verdad, ambas no son otra cosa que instrumentos para eludir las reglas fijadas sobre*

¹¹¹⁶ GARCÍA VICENTE, *CCJC* (2020) núm. 1.

¹¹¹⁷ GARCÍA VICENTE, *CCJC* (2020) núm. 1; continúa: «Esta afirmación se reitera en distintas sentencias, todas ellas con el mismo ponente (Ignacio Sancho Gargallo) y en las que las partes son el BBVA, por una parte, y por otra, inquietos profesionales o empresarios que amplían sus ganancias en los (entonces) generosamente subvencionados negocios de las fotovoltaicas. Sentencias relativas al error sobre un *swap* o derivado implícito (que es típicamente parte de un contrato principal) de tipo de interés en préstamos y también en los casos en que el *swap* (o el derivado implícito) es decisivo para calcular el coste para el prestatario en la cancelación (*rectius*, reembolso) anticipado del préstamo»

¹¹¹⁸ GARCÍA VICENTE, *CCJC* (2020) núm. 4.

¹¹¹⁹ GARCÍA VICENTE, *CCJC* (2020) núm. 5.

la anulación parcial, sin salirnos de los estrechos márgenes de sus efectos. O, si se quiere: lo que sale por la puerta, entra por la ventana» (cursiva mía)¹¹²⁰.

Una opción es «[e]l mantenimiento modificado del contrato, como resultado sobre el interés del que padece el vicio (que [...] es el protegido por la norma) puede lograrse «materialmente» con el ejercicio de una acción indemnizatoria al amparo del artículo 1902 CC. [...] / Esta pretensión es siempre posible, puesto que no hay razón para negar la aplicación del artículo 1270.II CC a vicios distintos del dolo (bastaría invocar el artículo 1902 CC) y porque, además, aunque no se acogiera una regla como esa explícitamente tampoco hay ninguna regla que expresamente excluya la compatibilidad (o simple elección alternativa) entre anulación e indemnización del daño. El contratante lesionado o decepcionado por error no tiene «necesariamente» que pedir la anulación del contrato: le cabe contentarse (él es el juez de su propio interés) con la indemnización del daño padecido (para el dolo in contrahendo, véase la STS 1/2007, de 18 de enero [...] [que analizo supra, [120]])» (cursiva mía)¹¹²¹.

En cuanto a la opción de la nulidad parcial, García Vicente advierte que la misma «conduce, nos dice el Tribunal Supremo, a la reconstrucción del contrato en razón de la «integración», que tal vez suponga a que «no» haya norma que ordene el interés que deba pagarse» y «[l]a integración sería, en un argumento que no se formula de este modo, pero que debemos entender implícito, una intromisión inaceptable en los propósitos de las partes y se afectaría su respectiva libertad contractual»: «desnaturalizaría el contenido de lo pactado» [...]. Habrá error, sí, pero solo cabe una respuesta: la anulación total. Cualquir otra respuesta «excede» de las reglas sobre integración que son aceptables»¹¹²². En opinión de García Vicente, «la nulidad parcial del contrato (insisto, «nulidad», con todos los matices que quepa referir sobre la distinción oscura y variable entre nulidad y anulabilidad) es difícilmente concebible respecto a un elemento esencial»¹¹²³.

[B] *La nulidad parcial y la adaptación del contrato con apoyo en el artículo 1270.II CC, a propósito de las cláusulas suelo según Pantaleón Prieto y Alfaro Águila-Real*

En cuanto a la adaptación del contrato, que puede o no ir asociada a la nulidad parcial del contrato, para el problema que, en su día, plantearon las cláusulas suelo en préstamos hipotecario a interés variable, Pantaleón Prieto mantuvo, que «[e]n bastantes ocasiones, esa indemnización *in natura* [del art. 1270.II CC] se conseguirá, simplemente, teniendo por no puesta la cláusula no transpa-

¹¹²⁰ GARCÍA VICENTE, CCJC (2020) núm. 5.

¹¹²¹ GARCÍA VICENTE, CCJC (2020) núm. 5; algo más abajo: «En otras palabras [concluye GARCÍA VICENTE], el protegido por la norma (el contratante errado) disfruta de diferentes remedios «disponibles» para defender su interés (tan es así, que le cabe confirmar) y fijar, también el alcance de su defensa: si quiere anular o bien solo pedir indemnización o ambas. Con esta doctrina [del Tribunal Supremo] («la anulación parcial tiene difícil acomodo en nuestro Derecho» [...]) la anulación se concibe en términos de «todo o nada» y no se aceptan combinaciones distintas» (cursiva mía).

¹¹²² GARCÍA VICENTE, CCJC (2020) núm. 5.

¹¹²³ GARCÍA VICENTE, CCJC (2020) núm. 5.

rente: es, por ejemplo, el caso de las cláusulas-suelo no transparentes», «[p]ero, en otras ocasiones, [la indemnización *in natura* del art. 1270.II CC] exigirá un *reajuste o readaptación del contrato: de la prestación, de la contraprestación o de la relación entre una y otra*»¹¹²⁴. Alfaró Águila-Real coincidía con lo que defendía Pantaleón Prieto y ha considerado que el artículo 1270.II CC daba derecho al consumidor *al reajuste del contrato*¹¹²⁵.

e) Por último, *sobre la desvinculación contractual como medida indemnizatoria*, Morales Moreno considera que «[s]i el daño se produce a través del contrato, un modo directo de reparar (o, mejor, [de] impedir) el daño es conceder la desvinculación» contractual¹¹²⁶. *¿Cómo encauzar esta desvinculación?* Entiende que «no se ha de producir [...] por la vía de la nulidad», «reservada al dolo causal y [que] no se basa en el daño (v. art. 1300 CC)»¹¹²⁷. En cuanto a «la rescisión, remedio sin duda adecuado al caso, puede ofrecer dificultades [para justificar la desvinculación contractual], por su tipicidad (v. art. 1291.5.º CC)»¹¹²⁸. Finalmente, sobre la aplicación de la resolución, Morales Moreno manifiesta que «exige *extender* [cursiva mía] el supuesto previsto en el art. 1124» CC, advirtiendo que el «TS utiliza en numerosos fallos este precepto [el art. 1124 CC] para resolver problemas que propiamente, no son de incumplimiento del contrato (porque no se infringe un deber de prestación) sino más bien de insatisfacción proveniente de responsabilidad o riesgo *in contrahendo*» y así, lo «aplica sin mayores problemas [...], argumentando que hay incumplimiento porque el objeto no corresponde a las condiciones pactadas, o es inhábil para el destino que se le asigna, o porque toma en consideración la gravedad de los defectos...»¹¹²⁹.

¹¹²⁴ Información en FENYO PICÓN, *ADC* (2018) [20] pp. 912-913; *vid.* hasta p. 914.

¹¹²⁵ Según ALFARO ÁGUILA-REAL, ««como ha propuesto Pantaleón, *la mejor manera de proteger al consumidor pasa por aplicar las normas sobre el dolo incidental* que, como dice el artículo 1270 II CC, da derecho al consumidor a *reajustar el contrato* para que su contenido efectivo se adapte a las expectativas del consumidor, expectativas formadas a la vista de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato. Por regla general, bastará con eliminar la cláusula intransparente [...] [p]ero, en muchas ocasiones [...] pasará por suprimir facultades del empresario o atribuir nuevos derechos al consumidor». (Todas las cursivas, negritas en el original)» [información en FENYO PICÓN, *ADC* (2018) [19] pp. 911-912; *vid.* desde p. 908].

¹¹²⁶ MORALES MORENO, «Artículo 1270» (1993b) p. 472.

¹¹²⁷ MORALES MORENO, «Artículo 1270» (1993b) p. 472.

¹¹²⁸ MORALES MORENO, «Artículo 1270» (1993b) p. 472.

¹¹²⁹ MORALES MORENO, «Artículo 1270» (1993b) p. 472; *vid.* además (1993a) p. 435.

En 1982, ya apuntaba MORALES MORENO:

«Incluso existen autores para los que la diferencia entre ambas categorías [de dolos, el causal y el incidental] es artificial. Porque, como señalan Weill-Terré [apellidos, mayúsculas en el original], «es difícil distinguir la voluntad de contratar, en sí misma considerada, y la voluntad de contratar en condiciones determinadas. El llamado dolo incidental es también determinante ya que, sin él, el contrato no se hubiera celebrado en las mismas condiciones». *Si en la garantía por vicios ocultos el comprador puede conseguir que se des-haga el contrato, no se comprende por qué la víctima de un dolo no se puede beneficiar de la misma ventaja.*

Ahora bien, Morales Moreno también entiende aplicable, la anterior solución de la resolución como medida indemnizatoria, al «dolo causal [que] reúne los requisitos del dolo incidental» (esto es, cuando existen vicio del consentimiento y daños)¹¹³⁰. Para este caso, afirma que «podría aplicarse como medida indemnizatoria [del art. 1270.II CC], la resolución del contrato, con efectos puramente inter partes» y «[e]sta medida dirigida a la desvinculación no estaría sometida al plazo de cuatro años»¹¹³¹.

[A] *Las opiniones de García Rubio, Gómez Calle y Pantaleón Prieto contrarias a la desvinculación contractual vía indemnización de daños y perjuicios*¹¹³²

Esta observación se hace más útil en la medida en que se admita que la indemnización, en los casos de dolo incidental, puede consistir en la resolución del contrato, o si se destaca en tales casos –como a veces hace nuestro Tribunal Supremo– la insatisfacción del interés del acreedor (que padeció el dolo) para entender que hay incumplimiento (por parte de quien lo provocó)» [cursiva mía; ADC (1982) pp. 603-604].

Por otro lado, para la opinión de MORALES MORENO sobre la distinción dolo causal e incidental, *supra*, [61] y nota 470.

¹¹³⁰ Sobre la *coincidencia* entre el dolo causal y el incidental, y cuándo *solo* hay dolo causal, *supra*, notas 469 y 470.

¹¹³¹ a) MORALES MORENO, «Artículo 1270» (1993b) p. 472.

b) *Ya lo había defendido en 1988*. Así, en su comentario a la STS 28.10.1974, en la que se conoce de la venta de un local abuhardillado construido sin licencia por lo que no era habitable, lo que el vendedor sabía y, transcurridos cuatro años, el comprador pide que se declare su nulidad por error y dolo y su inexistencia «por carecer el contrato de objeto legal» [(1988) p. 303]. Comenta MORALES MORENO, que «[r]azones equitativas hacen que el Tribunal Supremo mantenga en esta sentencia [STS 28.10.1974] una doctrina sobre la causa ilícita que resulta un poco chocante. Más que ilicitud de la cosa [...], lo que hay es un vicio del consentimiento; y concretamente, dolo. Pero cuando el comprador pide la nulidad ha transcurrido ya, no hace mucho, el plazo de caducidad de la acción, y el Tribunal encuentra en la ilicitud de la causa un cauce para satisfacer su interés; interés, que por otra parte, parece bastante atendible./ El problema se plantea, a menudo, en los casos de dolo. La acción por dolo se extingue, al igual que la fundada en el error, al cabo de cuatro años a partir de la consumación del contrato. Pero resulta chocante que sean tratados del mismo modo el dolo y el error, en el plazo de duración de la acción. La razón que puede justificar esta asimilación está en que el ejercicio de la acción de nulidad, en uno y otro caso, afecta a la seguridad del tráfico. Sin embargo, el dolo provoca también un deber de indemnización de daños y perjuicios (art. 1270), es decir genera responsabilidad. Y esta responsabilidad, puede justificar la pérdida de eficacia del contrato, con efectos inter partes, y sin trascendencia respecto a terceros» (cursiva mía, pp. 303-304).

Asimismo defiende la posibilidad de la resolución *inter partes* con fundamento en el artículo 1270 CC en su comentario a la STS 11.04.1911 (p. 377); se habían adquirido «cuatro fincas rústicas, de escasa extensión», sobre las que se «aseguraba que existían importantes manantiales de agua potable», descubriendo luego el comprador «que los manantiales ofrecidos no existen; hay algunos pozos, pero éstos tienen un escaso caudal y recogen fundamentalmente la sobrante de otros manantiales situados en las fincas próximas» (p. 375; *vid.* hasta p. 377).

¹¹³² *En otro plano* y para la anterior regulación del Código civil belga, WÉRY también se manifiesta contrario a tal posibilidad indemnizatoria. En concreto: «[C] *El dolo incidental y la anulación del contrato*.– Wéry se ocupa de la tesis según la cual *la anulación del contrato por dolo incidental podría ampararse en la reparación in natura del artículo 1382 CCB, lo que no comparte*.

Wéry explica que el Juez no puede arbitrariamente determinar la indemnización *in natura*, ya que, imperativamente, debe existir *cierta equivalencia entre el derecho o el interés lesionado y la ventaja de la reparación in natura*. La equivalencia tiene que ser cuantitativa y cualitativa. Sobre la cuantitativa, advierte que la misma se pierde frecuentemente de vista cuando se trata de la reparación *in natura*. Por ejemplo, se pierde en la tesis de que la víctima del dolo incidental podría reclamar, no solo la condena a que su contratante le pague daños y perjuicios, sino la anulación del contrato como reparación *in natura*. Wéry

[A.1] Considero que así lo entienden los citados autores, lo que argumentan, con mayor o menor contundencia, como sigue.

[A.2] Tras recordar «que la jurisprudencia y la doctrina alemanas se cuestionaban la posibilidad de que una de las partes de un contrato en principio válido pudiera desligarse de las obligaciones de él nacidas o excepcionar su cumplimiento fundándose en el comportamiento contrario a la buena fe de la otra parte durante la fase de negociación», García Rubio entiende que en «*el Derecho español la facultad de deshacer el vínculo contractual por violación de los deberes precontractuales parece estar limitada a aquellas situaciones en las que la propia ley establece la sanción de nulidad o anulabilidad*», y «*[f]uera de estas hipótesis, reconocer que cualquier otra violación de los deberes dimanantes de la buena fe en la fase de preparación del negocio podría derivar en la invalidez de éste significaría desconocer las opciones tomadas por la ley respecto a qué comportamientos son o no merecedores de la sanción de invalidez*» (cursiva mía)¹¹³³.

Apunta además, que «*[c]abría pensar [...] que en todos aquellos casos de culpa in contrahendo en los que, virtualmente, se pudiera acudir al plazo prescriptivo general de quince años [hoy, cinco años], se estaría dando la incongruencia de que los contratos surgidos a raíz de determinados comportamientos valorados por el legislador como más graves (error esencial, dolo causante) estarían amenazados por la anulabilidad durante un plazo bastante más breve (cuatro años) que otras conductas menos lesivas (error no esencial, dolo incidental)*» (cursiva mía)¹¹³⁴. Ahora bien, frente a esto, García Rubio no cree «que este último argumento [de la incongruencia valorativa] sea adecuado, pues, a nuestro juicio [García Rubio], la responsabilidad precontractual no presenta un carácter subsidiario y, por consiguiente, no hay obstáculo en considerar que todas sus posibilidades serían utilizables también en los supuestos de vicios invalidantes»¹¹³⁵.

[A.3] Tras referirse a la tesis de Morales Moreno (resolución *inter partes* del contrato como medida indemnizatoria del art. 1270.II CC¹¹³⁶), Gómez Calle se ocupa del derecho alemán. Explica que la jurisprudencia alemana admitía «la liberación del contrato por vía de la *c.i.c. [culpa in contrahendo]*» y la ventaja que para la víctima del «engaño» (del dolo) se derivaba es que podía «liberarse

recuerda que, *por hipótesis*, la víctima del dolo incidental habría *en todo caso concluido el contrato con el autor de las maniobras dolosas*, si bien en condiciones menos desventajosas. El comprador habría, por ejemplo, adquirido a un menor precio y *la diferencia* entre el precio al cual habría consentido comprar (hipótesis) y el precio al que efectivamente se vinculó *constituye el perjuicio a reparar*. La posibilidad de anular el contrato, al amparo de la reparación *in natura*, *supondría conceder a la víctima del dolo incidental una ventaja superior al perjuicio sufrido*» [cursiva del original; información FENOY PÍCÓN, *ADC* (2020) [78] p. 1451; *vid.* además [85] y nota 539, ambos en p. 1458].

¹¹³³ GARCÍA RUBIO (1991) p. 254.

¹¹³⁴ GARCÍA RUBIO (1991) p. 254.

¹¹³⁵ GARCÍA RUBIO (1991) p. 254.

¹¹³⁶ GÓMEZ CALLE se sitúa en el supuesto en «que la víctima del dolo causal no impugne el contrato, sea porque lo confirme sea porque haya caducado la acción para ello, y exija *exclusivamente* la correspondiente *indemnización*» [cursiva del original; (1994) p. 46].

del contrato cuando ello [le] sería imposible si no fuera por esta vía», imposibilidad debida a «haber prescrito la acción de anulación por dolo *ex* § 123 *BGB*», «y ello porque, mientras que el plazo de la acción de anulación por dolo es de un año a contar desde el descubrimiento del engaño doloso (§ 124 *BGB* [que transcribo *supra*, nota 902, a.1]) [...], se entiende que, como regla general, el plazo de la pretensión basada en *c.i.c.* es de treinta años (plazo de prescripción que fija el § 195 *BGB* para toda acción que carezca de uno específico [hoy, tres años])» (cursiva del original)¹¹³⁷. Aclara Gómez Calle, que «uno de los argumentos que el *BGH* invoca a favor de su tesis es que la anulación contractual por vía indemnizatoria no surte efectos frente a terceros, a diferencia de lo que ocurre cuando se impugna con base en un vicio del consentimiento conforme al § 142 *BGB* (nulidad *ex tunc*), lo que justificaría que aquella vía [de la anulación contractual dentro de la indemnización de daños] no pueda considerarse excluida por las normas positivas que regulan ésta» (cursiva del original)¹¹³⁸.

Ahora bien, añade Gómez Calle, «lo cierto es que en la misma Alemania la solución jurisprudencial ha sido muy criticada por un sector doctrinal, básicamente por considerar que permite prescindir de las exigencias que establece el *BGB* para la anulación de un contrato por comportamientos observados en la etapa que precedió a su celebración» (cursiva del original)¹¹³⁹. Y situándose en el Código civil, Gómez Calle considera que la crítica apuntada dentro del propio derecho alemán «parece trasladable a nuestro Derecho, dada la norma del art. 1301 Cc», por lo que, «si pasados cuatro años desde la celebración del contrato éste no ha sido impugnado, creemos [Gómez Calle] que el mismo ya es inatacable, también *inter partes* y aunque una de ellas hubiese actuado dolosamente porque, al fin y al cabo, para sancionar la mayor gravedad de su comportamiento hay otras vías establecidas por el propio ordenamiento, como la agravación de la responsabilidad» (cursiva del original)¹¹⁴⁰. «[H]ay que darle una seguridad definitiva, también *inter partes*, a partir del transcurso de un plazo de tiempo razonable en el que no haya sido contestado, y cuatro años después de su celebración parece un periodo suficiente» (cursiva del original)¹¹⁴¹. Además, «si la acción del art. 1270.II Cc prescribe en el plazo de quince años del art. 1964 Cc [hoy, cinco años], la posibilidad de resolver el contrato por esta vía llevaría a resultados [...]

¹¹³⁷ GÓMEZ CALLE (1994) p. 47.

Vigente § 195 *BGB*: «Plazo general de prescripción/ El plazo general de prescripción es de tres años» [trad. LAMARCA MARQUÉS, rev. BECKMANN (2008) p. 68]. *Vid.* ASÚA GONZÁLEZ (2014) nota 65 de p. 163.

¹¹³⁸ GÓMEZ CALLE (1994) p. 47.

§ 142 *BGB*: «Eficacia de la impugnación

(1) Si es impugnado un negocio jurídico impugnabile, se considera que es nulo desde el principio.

(2) Quien conocía o debía conocer la impugnabilidad es tratado, en el caso de que prospere la impugnación, como si se hubiese conocido o hubiese debido conocer la nulidad del negocio jurídico» [trad. LAMARCA MARQUÉS, rev. BECKMANN (2008) p. 59].

¹¹³⁹ GÓMEZ CALLE (1994) pp. 47-48.

Para el derecho alemán, *vid.* las consideraciones de ROJO AJURIA (1994) pp. 132-133 y de ASÚA GONZÁLEZ (2014) nota 65 de p. 163.

¹¹⁴⁰ GÓMEZ CALLE (1994) p. 48.

¹¹⁴¹ GÓMEZ CALLE (1994) p. 48.

completamente desproporcionados»¹¹⁴². Por último, Gómez Calle entiende que el tenor del artículo 1107 CC, que considera aplicable al *dolo in contrahendo* «no parece ofrecer ninguna base para entender que la indemnización de daños y perjuicios pueda consistir en la resolución del contrato», lo cual es distinto en el derecho alemán en el que «§ 249 BGB ha servido de apoyo a tal interpretación, al establecer que el obligado a indemnizar daños y perjuicios ha de *reponer la situación que existiría* si la circunstancia determinante de tal obligación no se hubiese producido» y «así, se entiende que si, de no haber empleado dolo uno de los contratantes, el otro no hubiera contratado, la reposición de la situación a que alude el § 249 [BGB] consiste precisamente en deshacer el contrato; abundando en ello se estima que la anulación del contrato es exigible cuando su simple existencia supone un daño» (cursiva del original).¹¹⁴³

[A.4] Realizando sus consideraciones a propósito de un futuro Código Latinoamericano de Contratos (*supra*, [126] [A.1]), uno, para el supuesto en que «la infracción del deber de información» haya constituido «*dolo* o [...] [causado] a la otra parte un error legalmente bastantes para anular el contrato» y esta hubiera confirmado el contrato o perdido «por caducidad la facultad de anularlo», y dos, para el supuesto en que «la infracción del deber de información *no constituyó dolo* ni causó a la otra parte un error legalmente *bastantes como para permitir la anulación del contrato*» (cursivas mías), Pantaleón Prieto recuerda que «[l]a jurisprudencia alemana permite», en tales casos, que «la parte perjudicada por la infracción del deber precontractual de información pueda pedir, como resarcimiento en forma específica, la rescisión del contrato»¹¹⁴⁴. En su opinión, «[n]o es una idea que merezca acogida»¹¹⁴⁵. Explica que «[s]e trata con ella de eludir las injustas consecuencias que pueda provocar [...] el demasiado breve plazo que fija el BGB para el ejercicio de la facultad de anular el contrato por dolo [un año, § 124 BGB, que transcribo *supra*, nota 900, a.1)]»¹¹⁴⁶. Y para ese futuro Código Latinoamericano de contratos, «[p]artiendo de la base» de que en dicho Código «se regularía» el dolo «de manera razonable», Pantaleón Prieto entiende que «carrecería de buen sentido» permitir que esa regulación «pudiera ser eludida mediante el recurso a la responsabilidad precontractual; que no debe servir para que la parte que, pese a haber padecido la infracción del deber precontractual de información, no disponga, conforme a normas legales razonables, de la facultad de

¹¹⁴² GÓMEZ CALLE (1994) p. 48.

¹¹⁴³ GÓMEZ CALLE (1994) p. 48.

§ 249 BGB: «Naturaleza y extensión del resarcimiento de un daño

(1) Quien está obligado al resarcimiento de un daño debe reponer las cosas al estado en que se encontrarían si el acontecimiento que da lugar al deber de resarcir no se hubiera producido.

(2) Si debe prestarse el resarcimiento de un daño por la lesión a una persona o por el menoscabo de una cosa, el acreedor puede exigir en lugar de la reparación la cantidad de dinero necesaria para ella. En caso de menoscabo de una cosa, el impuesto sobre el valor añadido sólo se incluye en la cantidad de dinero necesaria, según el inciso 1, si y en la medida en que ha sido efectivamente satisfecho» [trad. Lamarca Marqués, rev. Beckmann (2008) pp. 78-79].

¹¹⁴⁴ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (2011) pp. 921-922 y nota 24 de p. 922.

¹¹⁴⁵ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (2011) nota 24 de p. 922.

¹¹⁴⁶ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (2011) nota 24 de p. 922.

anular el contrato por vicio del consentimiento, pueda acabar liberándose de él a modo de resarcimiento en forma específica»¹¹⁴⁷.

Ahora bien, Pantaleón Prieto aclara que, quien sufrió la infracción del deber contractual de información en los dos supuestos anteriores, «*podría ciertamente liberarse del contrato resolviéndolo por incumplimiento*» (cursiva mía), pero para esto otro se «presupondría que efectivamente se hubiera producido un (esencial) incumplimiento del contrato por parte del infractor del deber precontractual de información: una (esencial) falta de conformidad de su prestación con los términos del contrato», «[l]o que a su vez presupondría que la falsa representación generada por aquél en la otra parte con su infracción [del deber de información] debiera considerarse incorporada al contrato como un término del mismo»¹¹⁴⁸.

[B] *Excurso: la «indemnización restitutoria» (adaptación y terminación del contrato) para el contrato usurario, según Ruiz Arranz*

Ruiz Arranz recoge la idea de que el contrato puede en sí mismo constituir un daño y la aplica a los contratos usurarios. El daño del prestatario consiste en la superación del que hubiera sido el oportuno interés remuneratorio. *Tratándose de una entidad de crédito*, este autor entiende que el contrato usurario infringe la buena fe (objetiva) del artículo 7.1 CC (el prestamista actuó con culpa, infringiendo un deber de cuidado) y las consecuencias de la infracción es la adaptación del contrato (la reducción al oportuno interés remuneratorio) y cuándo dicha adaptación sea inexigible al prestamista, la terminación del contrato. Más allá de esto, Ruiz Arranz considera que la Ley de Usura no ha de derogarse, sino actualizarse, y ha de aplicarse al «usurero». Lo que acabo de sintetizar, Ruiz Arranz lo argumenta como sigue.

a) *Sobre en qué consiste (o en dónde reside) el daño*, Ruiz Arranz explica que «[e]l daño que experimenta la contraparte del prestamista *es el contrato usurario*» (cursiva mía); «[q]uiere esto decir que el interés de la parte perjudicada por la usura no es uno típicamente lesionable, sino que este se plasma en el propio contrato y en la ordenación económica que distribuye»; «[l]a contraparte del prestamista queda vinculada a un contrato en unas condiciones económicas tales que son *anormalmente* perjudiciales en comparación con lo que el afectado podría obtener en ese mismo mercado y en ese momento; condiciones que desbordan el sinalagma del préstamo» (cursiva del original)¹¹⁴⁹. «De este modo se aprecia la relación entre el traspaso culpable del umbral y el daño que experimenta la otra parte»¹¹⁵⁰.

Apuntada la *idea de que el contrato, en sí, es el daño*, lo que puede «sonar extravagante a priori», Ruiz Arranz recuerda *qué sucede en el derecho alemán* en

¹¹⁴⁷ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (2011) nota 24 de p. 922.

¹¹⁴⁸ PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (2011) nota 24 de p. 922; *vid. además* para este autor, *supra*, notas 1027 y 1052 b).

¹¹⁴⁹ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 215.

¹¹⁵⁰ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 215.

el que «ante el llamado «engaño negligente» (*«fahrlässige Täuschung»*) es muy ilustrativa [su casuística] para explicar a lo que me refiero [Ruiz Arranz], aunque no estemos exactamente en el mismo supuesto. La *Fahrlässige Täuschung* se refiere a supuestos en los que una parte –de manera no intencional– provoca un error en la otra, conociendo o habiendo debido conocer que la otra contrataba bajo el influjo del error y como consecuencia de la omisión de un deber de información. En ese caso, existe culpa (o dolo) por parte de quien provocó el error y se reconoce que la perjudicada puede reclamar la anulación del contrato por la vía *indemnizatoria* de la restitución natural (§ 249 BGB [que transcribo *supra*, nota 1143, y al que se refería Gómez Calle *supra*, en anterior [A.3]]. Ante esos supuestos, jurisprudencia y doctrina coinciden en que, para la existencia de un daño que permita la restitución natural, basta con el contrato que organiza una lesiva organización de intereses. Fue lo que sucedió en la SBGH 26.9.1997, donde se declaró la posibilidad de acudir a la *culpa in contrahendo* o a la responsabilidad civil para «deshacer» el contrato celebrado por incumplimiento de deberes precontractuales de información; en ese caso, el daño es el contrato y la indemnización (§ 249 BGB) consiste en su liquidación» (cursiva del original)¹¹⁵¹.

Lo que sucede en el derecho alemán es, en opinión de Ruiz Arranz, rescatable para nuestro derecho y «para el supuesto de la usura, si advertimos la existencia de deberes de cuidado en la contratación»¹¹⁵². Según Ruiz Arranz, «[e]n la usura basada en la culpa, el daño es el contrato finalmente celebrado y la ordenación lesiva [esta última palabra, cursiva en el original] de intereses que este promueve; el contrato el [sic; es] resultado de la trasgresión, por el prestamista, de los límites –más o menos explícitos– que un determinado mercado reconoce en un momento temporal. No me parece [Ruiz Arranz] que existan demasiados problemas a reconocer esta consecuencia jurídica en un Derecho como el español que permite indemnizar daños puramente económicos (cfr. art. 1902 CC). Se trata de construir una regla de responsabilidad para estos casos (no abarcables exactamente ni por la vía de la responsabilidad contractual ni la extracontractual) con la que alcanzar una solución dogmáticamente coherente al tipo de usura. Hay que recalcar que no se trata [esto último, cursiva en el original] de tamizar la conducta usuraria que vengo definiendo por las reglas sobre culpa in contrahendo [esto último, cursiva en el original]. La usura no es un supuesto de culpa in contrahendo [esto último, cursiva en el original] ni protege la esperanza de la celebración de un contrato conforme con las expectativas de las partes» (cursiva mía, salvo que indique otra cosa)¹¹⁵³.

b) *Sobre si la usura opera de modo objetivo o subjetivo*, Ruiz Arranz apunta que «la última jurisprudencia del Tribunal Supremo ha desterrado el elemento subjetivo de la conducta usuraria del artículo 1 I LU»¹¹⁵⁴; esto es, «se ha dejado definitivamente de lado la exigencia de que el préstamo hubiese sido acep-

¹¹⁵¹ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) pp. 215-216.

¹¹⁵² RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 216.

¹¹⁵³ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) pp. 216-217.

¹¹⁵⁴ a) RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 195; al respecto, cita las *STS, 1.ª, Pleno, 25.11.2015* y *STS, 1.ª, Pleno, 04.03.2020* (en ambas, se resuelve sobre la condición de usurario de un crédito *revolving* y son del

mismo ponente, del *Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena*). Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

b) *En lo que interesa*, en la citada en la anterior a), *STS, 1.ª Pleno, 04.03.2020*, se explica la doctrina que el Tribunal Supremo fijó en su anterior *STS, 1.ª Pleno, 25.11.2015*, en el sentido de que, «[p]ara que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura, esto es, «que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», sin que sea exigible que, acumuladamente, se exija «que ha[ya] sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales» [FD 3.º1.ii); *vid.* FD 3.º3 de la *STS, 1.ª Pleno, 25.11.2015*]. *Para el caso del que conoce*, en el que la demandante (consumidora) «únicamente ejercitó la acción de nulidad de la operación de crédito mediante la tarjeta revolving por su carácter usurario» (FD 5.º1), el Tribunal Supremo señala: «2.- El extremo del art. 1 de la Ley 23 de julio 1908, de Represión de la Usura, que resulta relevante para la cuestión objeto de este recurso establece: / «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 [...]» / 3.- A diferencia de otros países de nuestro entorno, donde el legislador ha intervenido fijando porcentajes o parámetros concretos para determinar a partir de qué tipo de interés debe considerarse que una operación de crédito tiene carácter usurario, en España la regulación de la usura se contiene en una ley que ha superado un siglo de vigencia y que utiliza conceptos claramente indeterminados como son los de interés / «notablemente superior al normal del dinero» y «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso». Esta indeterminación obliga a los tribunales a realizar una labor de ponderación en la que, una vez fijado el índice de referencia con el que ha de realizarse la comparación, han de tomarse en consideración diversos elementos» (cursiva mía; FD 5.º, 2 y 3).

c) Conectando con lo anterior, sabido es que a lo largo del tiempo, el Tribunal Supremo ha interpretado de distinto modo los supuestos del artículo 1 LU (recuerdo su 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 o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. / Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. [...]»).

En esencia, según una interpretación, el artículo recoge tres supuestos: uno, el del interés notablemente y manifiestamente desproporcionado (art. 1.I LU); otro, el del contrato leonino (todas las ventajas son para el prestamista), habiéndolo aceptado el prestatario por su situación angustiosa, inexperiencia o por lo limitado de sus facultades mentales (art. 1.I LU); y el tercero, si en el contrato se supone recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada y ello, cualquiera que sea su entidad y circunstancias (art. 1.II LU). Según otra interpretación, el artículo 1 LU recoge dos supuestos: uno exige que el interés pactado sea notablemente superior al normal del dinero, y además que sea manifiestamente desproporcionado o leonino, y además que el prestario hubiera celebrado el contrato por su situación angustiosa, inexperiencia o por lo limitado de sus facultades mentales; el otro, si en el contrato se supone recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada y ello, cualquiera que sea su entidad y circunstancias (art. 1.II LU).

Da detallada cuenta de la jurisprudencia y evolución del Tribunal Supremo sobre el contrato usurario de la Ley Azcárate (supuestos, efectos, etc.), MARTÍNEZ DÍAZ (2020) pp. 49-58, 61-112, 116-121, 125, 132-149, 153-166, 167-194, 195-209, 213-226, 227-236, 238-240, 243, 245-269 (en pp. 266-269, trata de la *STS, Pleno, 1.ª, 25.11.2015*) y 285-287 (aquí, da cuenta de la *STS, 1.ª, 04.03.2020*). MARTÍNEZ DÍAZ considera, para el supuesto del artículo 1.I LU, que «es necesario que concurren acumulativamente el elemento objetivo –interés notablemente superior al normal del dinero– y, alternativamente, uno de los elementos subjetivos –manifiesta desproporción con las circunstancias del caso; condiciones que hagan al préstamo leonino–. Igualmente, la norma prevé tres casos inherentes a las circunstancias del prestatario en los que presume la existencia de un préstamo usuario –situación angustiosa; inexperiencia; facultades mentales límites [sic] →» (pp. 352-353). Añade, que tal «conceptualización de la nulidad por usura suprime la posibilidad de que el artículo 1.I LRU predique una tipología trimembre» (p. 353; *vid.* hasta p. 356). Para MARTÍNEZ DÍAZ, «la nulidad por usura [...] siempre se configuró como un vicio del consentimiento

tado a causa de la situación angustiosa, la inexperiencia o lo limitado de las facultades mentales del prestatario», consagrándose «la idea de que la ineficacia derivada de la usura conserva el mismo alcance (el del art. 3 LU) por el solo hecho de establecer un interés «objetivamente usurario» (art. 1 LU)»¹¹⁵⁵. Ruiz Arranz

resultante de los límites intervencionistas impuestos al libre interés. Un contrato, por muy usurario que sea, siempre gozará de una causa lícita. Tampoco hay causa torpe. Cuestión distinta es que el prestamista se haya aprovechado del prestatario haciéndole aceptar unas condiciones –exceso de intereses remuneratorios, condiciones leoninas– que inducen a la existencia de un vicio del consentimiento del prestatario. *¡ Nos encontramos, por un lado, con la astucia, el artificio, el abuso y el engaño, la intimidación y la violencia y el dolo y/o el fraude con los que el prestamista actúa para conseguir la formalización del negocio usurario. Por otro lado, concurre en el prestatario una «falta real y positiva de consentimiento, esto es, un vicio en el fondo» que determina su «falta de libertad» derivada de su situación angustiosa, inexperiencia o limitación de facultades para los supuestos del artículo 1.1 LRU y de un fraude manifiesto –en aplicación del principio *fraus omnia viciatur*– para los supuestos del artículo 1.2 LRU»* (cursiva mía, pp. 357-358; *vid.* p. 360).

Por otro lado, en el «*Texto del Discurso que precede a la inicial Proposición de Ley*» (cursiva y redonda del original) al Congreso, se dice: «La doctrina en que se inspiran esas leyes [de Austria, Alemania, Gran Bretaña, Suecia] es una aplicación de la general *referente a las circunstancias que vician el consentimiento*, y es manifestación de la política que ha dado en llamarse intervencionista en la que se inspiraba el actual Presidente de la República norteamericana al escribir estas palabras: «Será quizás necesario intervenir en las transacciones privadas más de lo que se ha hecho hasta aquí y poner trabas a la astucia, como las hemos puesto a la violencia». *¡ Por estas razones, e inspirándose en el espíritu los artículos 1255, 1265, 1276, 1303 y 1305 del Código civil, el que suscribe hubo de presentar en las Cortes últimas una proposición de ley, sobre la cual la Comisión correspondiente acordó un dictamen, del que no llegó a darse lectura por haberse disuelto aquéllas*» [cursiva mía; información de SABATER BAYLE (1986) p. 152; para todo el texto del discurso, pp. 149-153].

Vid. además, en la nota inmediatamente siguiente, las consideraciones de RUIZ ARRANZ sobre el artículo 1 LU (su opinión, la expongo en el cuerpo del texto).

¹¹⁵⁵ a) RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 195; *añade*, «[e]n la línea objetiva actual del Tribunal Supremo, para los contratos de crédito *revolving*, se mueve hoy una gran parte de la doctrina».

Antes, RUIZ ARRANZ explica la *problemática interpretación del artículo 1 LU*: «Quizá por su farragosa redacción, la interpretación de este primer párrafo del artículo 1 LU planteó problemas aplicativos desde los años posteriores a la promulgación de la norma. En particular, se dudaba sobre los tipos de contratos usurarios a que se refería el artículo 1. El desglose del precepto se hacía en dos partes. De un lado, el contrato usurario en sentido estricto (interés superior al normal del dinero y desproporcionado). De otro, el leonino (condiciones solo ventajosas para el prestamista). La duda estaba en los elementos subjetivos (situación angustiosa del prestatario, inexperiencia o debilidad mental) y si complementaban a ambas versiones o solo al contrato leonino. Esta discusión se ha arrastrado hasta nuestros días. La dicción literal de la ley no se presta a la sencillez por la presencia del conector aditivo-alternativo «o», que ampara una interpretación de este que distinga, por un lado, los préstamos en los que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionados (A); y, por el otro, los préstamos en que el interés sea notablemente superior al normal del dinero y en circunstancias tales que resulta leonino (B). La opción A sería totalmente objetiva, mientras que la B combinaría lo objetivo con lo subjetivo. Este argumento, impecable desde la lógica, choca con el espíritu de la ley. De la redacción del art. 1 I LU no se puede extraer que el legislador quisiera establecer tal diferenciación entre supuestos. Antes bien, todo apunta a que el gerundio circunstancial modal («habiendo motivos para») complementa a todo el precepto tanto el caso en que el préstamo presenta un interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado, como el caso en que el préstamo solo es ventajoso para una de las partes (leonino)» (p. 194).

Vid. la letra c) de la nota inmediatamente anterior.

b) Por su parte, MARTÍNEZ DÍAZ explica que «hay otra sutil diferencia en la tercera proposición [de la Ley Azcárate] respecto de las versiones anteriores, relativa a la redacción del artículo 1. Mientras que en la primera y en la segunda proposición [de la Ley Azcárate] *existía una coma que separaba a las expre-*

considera que «la exclusión del elemento subjetivo tradicional del tipo de usura se debe a que (i) la presencia de elementos subjetivos del artículo 1 I LU no se compadece con la realidad de unos casos donde aparecen involucradas entidades de crédito sometidas a la supervisión del Banco de España; y (ii) el endeudamien-

siones «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso» y «o en condiciones tales que resulte leonino», en la tercera proposición y en el texto definitivo de la Ley Azcárate dicha coma –seguramente por un error tipográfico– desaparece» (p. 24).

En concreto, la redacción del artículo 1 de la *primera y segunda proposición* de la Ley Azcárate era: «Artículo 1./ 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» (cursiva mía; p. 25). Y la redacción de la *tercera proposición* de la Ley Azcárate era: «Artículo 1./ 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» (cursiva mía; p. 25).

Según explica MARTÍNEZ DÍAZ, en el Congreso de Diputados, Picón y Pardiñas «solicitó la adición de un nuevo supuesto de nulidad por usura –entrega de cantidad menor a la indicada en el contrato–» (p. 26). Luego, se presentó un segundo dictamen en el que, entre otras cosas, se acogía «la inclusión de un supuesto de nulidad por usura adicional –los contratos falsificados– y la declaración de la nulidad de la renuncia al fuero propio (artículo 1, apartados 2 y 3):/ Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad de la realmente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias./ Será también nula la renuncia del fuero propio hecho por el deudor en esta clase de contratos». En el posterior debate, expone MARTÍNEZ DÍAZ, Azcárate aclaró «que el artículo 1.1 LRU no podía leerse de manera aislada atendiendo únicamente al requisito del interés notablemente superior al normal del dinero, sino que debía que tenerse en cuenta, además, todas las circunstancias previstas en el tipo, sin que la norma pudiera preverlas todas por cuanto no era intención de la Comisión tasar la prueba:/ ... la pregunta de S.S. era, la siguiente: ¿cuál es precio normal? ¿El del mercado? ¿Y quién va a apreciarlo? ¿El Tribunal? ¿Y cómo no? ¿Quién lo va a hacer si no? Porque es que S.S. no leía todo el texto del art. 1.º que dice: «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.» De suerte que hay que tener en cuenta todas esas circunstancias, y en ellas entrarán las que S.S. citaba, pretendiendo, cosa que a juicio de la Comisión no es posible, que se señalaran aquí concretamente. Y luego a continuación dice el art. 1.º: «... o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales»./ Responde al segundo motivo que yo decía. Por eso la normalidad de los intereses es el precio normal del mercado. ¿Cómo se sabe esto? Como lo saben todos los que se ocupan en estos asuntos. En las Bolsas y en los Centros mercantiles se conoce eso perfectamente y se sabe la diferencia que existe entre un préstamo a la gruesa y un préstamo ordinario, y entre un préstamo con garantía hipotecaria y otro sin garantía; y no cabe hacer esa determinación de que habla S.S. porque sería ir a la tasa que, a juicio de la Comisión, no puede restablecerse./ [...] No cabe tasar la prueba y por eso el juez resolverá en cada caso, en vista de las alegaciones de las partes y según las circunstancias del contrato, que pondrán de manifiesto si existe o no el abuso que se trata de perseguir» (el tamaño menor de la letra, del original; pp. 29-30).

Todas las citas de MARTÍNEZ DÍAZ (2020). Una exposición minuciosa y general sobre la discusión parlamentaria de la Ley Azcárate, por SABATER BAYLE (1986) pp. 136-185.

c) *En cuanto a la prueba*, recuerdo el tenor del *derogado* artículo 2 LU: «Los Tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes».

Actualmente, según el artículo 319 LEC: «Fuerza probatoria de los documentos públicos. 1. Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1.º a 6.º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella./ 2. [...] / 3. *En materia de usura, los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a lo establecido en el apartado primero de este artículo*» (cursiva mía). Al respecto, MARTÍNEZ DÍAZ (2020) pp. 243-245.

to del prestatario se orienta a la satisfacción de una serie de necesidades de consumo [...] que no presuponen una necesidad vital»¹¹⁵⁶. Y «[a]caso», si tiene «buen sentido prescindir, casi por completo, de los elementos subjetivos de inmoralidad que tradicionalmente inspiraron la Ley de usura» «para los casos a los que normalmente se enfrenta la jurisprudencia y el Tribunal Supremo», «[e]l problema [entiende Ruiz Arranz] es que cuando la Sala 1.^a se desprende definitivamente, y sin matiz, del elemento subjetivo de usura, está introduciendo –de manera subrepticia– un supuesto de lesión, confundiéndolo con el de usura [...], se está controlando de manera desafortunada la equivalencia de las prestaciones esenciales del contrato fuera de los límites marcados por la Ley de usura (y de la propia autonomía privada)»¹¹⁵⁷. *A su entender, «[e]l mantenimiento de un elemento subjetivo en la usura» (cursiva mía) es necesario*¹¹⁵⁸. ¿En que consistiría tal elemento subjetivo?

Teniendo en cuenta que «en los casos más habituales», *aquellos en los que están involucrados las «entidades de crédito»*, la aplicación del «elemento subjetivo» de la Ley de usura «es testimonial»¹¹⁵⁹, Ruiz Arranz considera que «acaso resulte necesaria una reinterpretación» de ese elemento subjetivo «que desplace la ubicación dogmática y sistemática de la institución» de la usura¹¹⁶⁰.

Y ¿«cómo mantener un elemento subjetivo *distinto* que permita a la usura desenvolverse *en el contexto actual*, sin los elementos subjetivos históricos, basados en la moralidad» (cursiva mía)?¹¹⁶¹. ¿«[Q]ué clase de «reproche» subjetivo cabe formular al prestamista»?¹¹⁶² Según Ruiz Arranz, «cabe construir un ilícito civil para la usura, basado en la culpa» y así «construir una concepción nueva y autónoma de la institución»¹¹⁶³. En concreto, «[l]a usura puede explicarse a partir de la contravención del deber objetivo de cuidado por parte [del] prestamista que concede crédito por encima de los límites en que resulta admisible *competir*, en un momento determinado y en un mercado concreto» (cursiva del original), y «[s]i el prestamista contrata con un interés remuneratorio muy elevado, su conducta podrá ser calificada como contraria a la buena fe objetiva –es decir, como negligente o dolosa–, si *además* lo hace desconociendo los umbrales por encima de los cuales es legítima y eficiente la obtención de un beneficio en un mercado determinado y un momento concreto» (cursiva del original)¹¹⁶⁴. «De este modo se perfila la culpa y, con ello, el elemento subjetivo de la usura «moderna», en contraposición al elemento subjetivo moral que presidía la usura «clásica»»¹¹⁶⁵.

¹¹⁵⁶ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 195.

¹¹⁵⁷ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) pp. 195-196.

¹¹⁵⁸ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 196.

¹¹⁵⁹ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 196.

¹¹⁶⁰ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 196.

¹¹⁶¹ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 197.

¹¹⁶² RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 197; «[e]l reto está en reconfigurar el tipo de usura bajo un prisma moderno adaptado a la realidad económica actual, que no es la misma a aquella que dominaba el deslavado capitalismo español de principios de s. XX».

¹¹⁶³ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 198.

¹¹⁶⁴ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 198.

¹¹⁶⁵ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 198.

Destaca Ruiz Arranz, «que ese elemento subjetivo, de intencionalidad o negligencia, se diluye en el objetivo: en lo elevado y lo desproporcionado del tipo de interés que el prestamista determina en cada caso»¹¹⁶⁶.

c) ¿En qué norma encaja lo anterior?

Para Ruiz Arranz, *de lege lata* y «[e]n tanto no se legisle en materia de umbrales de usura, el modelo de cláusula general del artículo 7.1 CC permite adaptar jurídicamente el supuesto de hecho de la usura basada en la infracción del deber objetivo de cuidado. La usura basada en la actuación culposa del prestamista respecto del umbral constituye una contravención de la buena fe objetiva. Por eso, el juicio de usura presentado cabe dentro del modelo de cláusula general de la buena»¹¹⁶⁷.

d) ¿Cuáles son las consecuencias para el prestamista, de que el préstamo sea usurario, una vez abandonada la Ley de usura¹¹⁶⁸?

¹¹⁶⁶ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 198; continúa: «No basta –y esto es lo importante– con que el interés sea elevado y desproporcionado, sino que su establecimiento tiene que además serle reprochable al prestamista, por lo menos a título de culpa, por superar el límite o umbral de lo admisible («lo usurario») para un determinado producto y un mercado concreto o de manera culposa. A la vez, se debe tratar de un comportamiento competitivo, esto es, que el prestamista se sitúe en estas cotas porque encuentra demanda para ello».

Además, «[p]ara que un interés a priori elevado alcance el adjetivo de «usurario» se exige culpa del prestamista. Solo entonces la usura constituirá un ilícito civil. La culpa, como elemento subjetivo, colorea al tipo de interés elevado que, por sí solo es neutro» (p. 199); «[t]eniendo en cuenta la dilución del elemento subjetivo de la culpa en el objetivo (el tipo de interés que se incorpore), el juicio de la existencia de la usura pasa por el traspaño consciente, por el prestamista, de un determinado umbral o límite, que permite reprochar la infracción de un deber de cuidado a su conducta» (p. 199); «[l]a determinación final del tipo de interés a partir de la información (externa o interna) de que se dispone es la que permite observar la conducta del prestamista y realizarle, en su caso, un reproche culpabilístico. El reproche descansará en haber trasgredido los límites de la buena fe objetiva y, en particular, los de un comportamiento leal y honesto, en el mercado y para sus clientes, a la hora de establecer un tipo de interés» (p. 203).

Vid. los ejemplos que RUIZ ARRANZ expone en p. 210, uno, siendo el prestamista persona que «no se dedica al negocio de los préstamos», y el otro, no siendo el prestamista «un particular, sino la entidad C, dedicada a la concesión de financiación para el consumo». Y *vid.* p. 217, la recapitulación del autor.

¹¹⁶⁷ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 219; añade: «Esta ubicación sistemática de la usura –entendida como una trasgresión de umbrales de lo admisible– permite extender el juicio de usura a otro tipo de contratos, distintos de los de préstamo. Piénsese, por ejemplo, en contratos de arrendamientos en los que exista un desequilibrio desproporcionado de las prestaciones del que negligentemente se beneficie una de las partes. Como fuere, esta cuestión debe realizarse con sumo tacto [...]».

¹¹⁶⁸ *En la Ley sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios*, recuerdo su artículo 3: «Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado».

MARTÍNEZ DÍAZ sintetiza las distintas opiniones que, a lo largo del tiempo y para el artículo 3 LU, se han mantenido entre los autores: «La doctrina sobre la nulidad por usura no fue, no es –y previsiblemente no será– pacífica. Originariamente, cabía distinguir dos grandes corrientes yuxtapuestas: (i) una absolutista que defendía la nulidad radical e inexistencia del contrato usurario –extendiéndose a todos los negocios derivados del subyacente– con base en la ilicitud de su causa (artículo 1275 del Código Civil), en la que se reconocía la imposibilidad de confirmar el contrato usurario y donde la acción de nulidad era imprescriptible y (ii) otra relativista en la que la nulidad relativa e ineficacia del contrato usurario derivaba de un vicio del consentimiento –sin extenderse a los negocios derivados del subyacente–, en la que el contrato usurario era confirmable y, además, la acción de nulidad por usura quedaba afectada a la prescripción extintiva. Como consecuencia de la contraposición de ambas teorías, también surgieron posturas

Ruiz Arranz *descarta la anulación del contrato por vía del artículo 1270.II CC*, «que ampara una suerte de indemnización *in natura*, colocando a la parte perjudicada por el dolo en la situación que tendría si la maquinación insidiosa no se hubiera producido», ya que, su «alcance limitado [...] desaconseja extraer de ella soluciones de tipo general, pues, la usura no nos coloca, en rigor, ante un engaño bastante capaz de captar la voluntad del otro contratante, ni en sede de vicios de la voluntad», además de que «[o]tro inconveniente de la anulación es que conduce a la restitución, si bien de manera menos agresiva para el prestatario que la establecida del artículo 3 LU»¹¹⁶⁹.

Pues bien, partiendo de que «[e]l objetivo es *reparar* el daño irrogado al prestatario con la conducta culposa (usuraria) del prestamista» (cursiva del original), «daño [que] se manifiesta en el contrato lesivo», y concibiendo la «conducta culposa precontractual del beneficiado, contraria a la buena fe objetiva, [lo] que permite adoptar las medidas más adecuadas que impidan la persistencia en el abuso (cfr. arts. 7.1 y 7.2 CC)», «el remedio [...] que se debe anudar a la usura así entendida [considera Ruiz Arranz] consiste en una «indemnización restitutoria» del contrato lesivo»¹¹⁷⁰. Esta indemnización restitutoria supone «la adaptación del contrato al umbral traspasado, que se empleó para declarar usuraria la conducta»¹¹⁷¹. «La moderación del interés sería una «reducción del precio»»¹¹⁷²,

eclécticas que tomaban elementos de una y otra corriente. Dentro de cada una de las corrientes tampoco existe unanimidad sobre la tipología de la nulidad por usura –bimembre o trimembre [del art. 1 LU]–. A raíz de la implementación comunitaria y nacional de la normativa en materia de protección de consumidores, ha surgido una nueva corriente que aboga por interpretar la nulidad por usura como una suerte de nulidad radical cuyo efecto determina la supervivencia del préstamo –excluidos los intereses– y la conservación del plazo en beneficio del prestatario para devolver el principal al prestamista» [(2020) p. 291].

En la corriente absolutista, MARTÍNEZ DÍAZ incluye y explica lo sostenido por Palomo, Colom Beneyto, Hinojosa, Manresa/rev. Téllez, Gete Alonso, Díez-Picazo/Gullón, Blasco Gascó, Albaladejo, Muñoz Cervera, Múrtula Lafuente, Martínez de Aguirre y Aldaz, Suárez Robledano, y Enrich/Aranda (pp. 292-311). *En la corriente relativista*, incluye y explica lo sostenido por Estasen, De Angulo, Beceña, Pérez Serrano, Gullón, Navarro Vilarrocha, Santos Briz, Marín Pérez, Sabater Bayle (en su tesis doctoral), Puig Brutau, De Ángel Yagüez, Rodríguez-Sainz García, Castán, Carrasco/Cordón (pp. 311-326). *En la corriente ecléctica*, incluye y explica lo sostenido por Rodríguez Martín, Vallés y Pujal, Fernández Cantos, Vizcarro, Jiménez Muñoz (pp. 326-334). Por último, en relación con la nulidad parcial, MARTÍNEZ DÍAZ explica las posiciones de García Cantero, Pérez Monge, Parra Lucán, Parra Lucán/Delgado Echeverría, y Sabater Bayle (pp. 334-341).

Para MARTÍNEZ DÍAZ, «la nulidad por usura comporta un supuesto de anulabilidad ya existente en el Código civil que deriva, única y exclusivamente, del consentimiento viciado [p. 347; para esto último y del citado autor *supra*, nota 1154 c)], y, «[e]l artículo 3 LRU crea efectos especiales para la nulidad por usura que difieren de los artículos 1303 y ss. del Código Civil»; «[l]as restituciones derivadas de la nulidad por usura deben ser cumplidas de manera inmediata»; «[e]l ejercicio de la acción de nulidad por usura no es público y está sujeto al plazo de caducidad del artículo 1301 del Código Civil»; «[l]a nulidad por usura es confirmable y admite la sanación convalidatoria»; y «[l]a nulidad por usura no se propaga a contratos relacionados con el negocio subyacente, sin perjuicio de que la teoría de la accesoriedad haga decaer aquellas garantías dependientes del negocio principal» (p. 347; las anteriores ideas las desarrolla MARTÍNEZ DÍAZ, pp. 360-371).

¹¹⁶⁹ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 226.

¹¹⁷⁰ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 227.

¹¹⁷¹ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 227.

¹¹⁷² RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 227.

«reducción *sui generis* específica para la usura»¹¹⁷³, «solución flexible»¹¹⁷⁴, y «[e]l precio a reducir [d]el contrato se correspondería con el umbral competitivo traspasado»¹¹⁷⁵, pues se trata «de reequilibrar y no de beneficiar a una de las partes –[el] prestatario– regalándole el disfrute de un capital a tipo de interés cero»¹¹⁷⁶.

Y para los casos en los que «la conservación del contrato adaptado no satisfaga el interés de la parte afectada por la usura; cuando al perjudicado no le pueda ser exigible su subsistencia», «[l]a terminación del contrato se antoja adecuada»¹¹⁷⁷. ¿Cuándo puede darse tal inexigibilidad para el perjudicado? Por ejemplo, *cuando*, «incluso reduciendo el tipo de interés a uno aceptable y competitivo de mercado [...], el prestatario no esté siquiera en condiciones de cumplirlo de esta manera; escenario no descartable en el crédito al consumo»¹¹⁷⁸; *cuando* al prestatario «ya no [le] interese el disfrute del capital prestado ni la liquidez que este le proporcionaba», como «si lo necesitaba con relativa urgencia para realizar una inversión que finalmente no acometerá»¹¹⁷⁹; «*cuando* [cursiva mía] la usura haya quebrado la confianza entre las partes necesaria para su desenvolvimiento (la del perjudicado en la credibilidad de su contraparte)»¹¹⁸⁰. Ruiz Arranz considera «razonable», «que la vía de la inexigibilidad, como válvula de escape, solo debe beneficiar a la parte que ha sufrido la usura, y no a la que la provoca con su conducta descuidada»¹¹⁸¹.

e) Por último, Ruiz Arranz sostiene que «tiene que mantenerse y no conviene derogar [...]; si acaso actualizar [...]» la Ley de Usura¹¹⁸², pero su aplica-

¹¹⁷³ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 228.

¹¹⁷⁴ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 229.

¹¹⁷⁵ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 230.

¹¹⁷⁶ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 230; en cuanto a la «restitución del excedente» («restitución de pagos indebidos»), habiendo tenido lugar la adaptación del contrato, pp. 231-232.

¹¹⁷⁷ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 230.

¹¹⁷⁸ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) pp. 230-231.

¹¹⁷⁹ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 231.

¹¹⁸⁰ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 231.

¹¹⁸¹ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 231.

¹¹⁸² *Existen distintas iniciativas para la modificación/derogación de la Ley Azcárate*, como:

a) MARTÍNEZ DÍAZ informa de que «[e]l impacto de la STS 25/11/2015 [al respecto, *supra*, nota 1154 b)] llegó hasta el Congreso de los Diputados», presentando «[e]l Grupo Parlamentario Popular [...] el 21 de marzo de 2017 una Proposición no de Ley (PNL) para «establecer una nueva regulación que refuerce la protección de los usuarios de servicios financieros de entidades no supervisadas por el Banco de España», en la cual «se mencionaba la necesidad de actualizar la Ley Azcárate, como ya hiciera el mismo Grupo Parlamentario veinte años atrás, y de fijar un tipo de interés de referencia para la declaración de nulidad por usura» (pp. 273-274). «El texto de la iniciativa recibió dos enmiendas, ambas de modificación. La primera, planteada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, concretando que las facultades de supervisión recayeran sobre el Banco de España. La segunda, del Grupo Parlamentario Socialista, destinada a modificar la Ley Azcárate en el sentido de considerar usurario aquello que superase el doble de los tipos medios de mercado» (p. 275). «Durante el debate parlamentario sobre la PNL de 14 de noviembre de 2017, diversos Grupos Parlamentarios acusaron la centenaria obsolescencia de la Ley Azcárate, la ausencia de una tasa de interés regulada y la necesidad de actualizar la norma» (p. 275). «La PNL fue aprobada sin modificaciones el mismo 14 de noviembre de 2017 sin que, hasta la fecha, haya habido más avances en sede parlamentaria» (p. 277). Todas las citas de (2020).

ción ha de «reservarse para casos donde su potencial preventivo-punitiva sea necesario, porque concurren todos los elementos –objetivos y subjetivos– del

b) Además, informa también MARTÍNEZ DÍAZ, en la primera Propuesta de Código mercantil de 17.06.2013, su artículo 573-11 disponía: «Límites al pacto de intereses/ 1. Podrán pactarse los intereses del préstamo sin limitación alguna, siempre que, atendidas las circunstancias de mercado y el riesgo que asume el prestamista, el préstamo no resulte usurario./ 2. En todo caso se reputará usurario el préstamo en que se declare recibida mayor cantidad que la efectivamente entregada» (pp. 270-271).

MARTÍNEZ DÍAZ entiende que, «[a]unque no lo decía expresamente, la Ley Azcárate, o al menos su artículo 1, venían a ser implícitamente derogados por virtud de la disposición derogatoria cuarta de la Propuesta de Código Mercantil («4.º Asimismo, quedan derogadas cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en este Código») (p. 271). Sobre el oportuno dictamen del Consejo de Estado de 29.01.2015, entre otras cosas, MARTÍNEZ DÍAZ indica que dicho Consejo «[c]riticó –veladamente– la parquedad del texto recogido en la Propuesta de Código Mercantil y sugirió que, en su lugar, se aprovechara la oportunidad para derogar la Ley Azcárate y para incorporar al texto de la Propuesta de Código Mercantil el contenido tanto del artículo 1 (supuestos de nulidad) como del artículo 3 (efectos de la nulidad)» (pp. 271-272). El Consejo de Estado, «[a]postó, igualmente, por la inclusión de una definición sobre qué debe entenderse por usura o, en su caso, por la «fijación de los criterios y factores que deberán tenerse en cuenta para poder calificar de usurarios a determinados intereses», debiendo la Propuesta de Código Mercantil «permitir valorar previsiones contractuales indirectas que pueden desembocar en que los intereses finales resultantes sean calificados de abusivos y, en el límite, incluso de usurarios» tomando como ejemplo la problemática de las cláusulas suelo y techo en los préstamos hipotecarios» (p. 272). Finalmente, en la (segunda) Propuesta de Código Mercantil de 2008, «se optó por suprimir toda regulación específica a la usura «por tener ésta naturaleza mercantil, al aplicarse también a los contratos mercantiles» (p. 273).

c) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de Profesores de Derecho civil de 2018, según su artículo 5124-2: «Concepto/ Es usurario un contrato cuando, en el momento de celebración, exceda en más de cuatro puntos porcentuales la tasa anual equivalente media aplicada durante el semestre precedente por las entidades de crédito a operaciones de la misma naturaleza y que comporten riesgos análogos». Para los efectos del contrato usurario, según el artículo 5124-3 PCCAPDC: «Nulidad de los intereses usurarios/ Si son estipulados intereses usurarios, la estipulación es nula, y no se deben intereses». Y el ámbito de aplicación de las dos anteriores normas es, en virtud del artículo 5124-1 PCCAPDC: «Ámbito de aplicación/ Lo dispuesto en este Capítulo se aplica a todo contrato por el que se otorgue financiación bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente mediante el cual, con independencia de la forma que revista, se conceda crédito a cambio de una remuneración, y surja para una de las partes la obligación de devolución en la que concurren las condiciones recogidas en el artículo siguiente». Estos tres artículos se ubican en el Capítulo IV «De los contratos usuarios», del Título XII «Los contratos de financiación», del Libro V «De las obligaciones y contratos», y su autora es ORDÁS ALONSO [(2018) pp. 7 y 10, 821-822].

En la EM se explica, para los reproducidos artículos de la *Propuesta de Código civil*: «Se ha considerado conveniente configurar la usura en clave marcadamente objetiva. Esta opción nos acerca a la regulación existente en países de nuestro entorno y se enmarca en la línea de la que, todo indica, será la futura disciplina europea de este problema (apartado 4-4.1. del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social», Dictamen exploratorio de 2014)./ El interés usurario debe hacer referencia a un concepto amplio de interés que abarque tanto interés nominal como comisiones, lo que conduce a la tasa anual equivalente. Esta medida no solo nos equipara a países como Francia o Italia sino que evita que el prestamista, respetando los límites establecidos para la cuantía del tipo de interés nominal, eleve significativamente las comisiones estipuladas como medio de incrementar la rentabilidad de la operación./ Ante la calificación de un contrato como usurario, la estipulación de intereses será nula. Esta medida se dirige a penalizar al usurero que ha estipulado intereses excesivos y, al mismo tiempo, se acomoda a las exigencias europeas en materia de cláusulas abusivas, pues, en la contratación con consumidores es más que probable que una estipulación en la que se establezcan unos intereses usurarios encaje igualmente en la noción de cláusula abusiva. Se trata, en definitiva, de una sanción civil indirecta dirigida a prevenir la trasgresión de una norma de orden público y, por tanto, de interés general, como es la que condena la usura» [Asociación de Profesores de Derecho Civil (2018) pp. 223-224].

artículo 1 I LU, incluido el reproche moral» (cursiva mía) ¹¹⁸³. Ya que «[I]o que no se puede hacer es perseguir igual a quien contrata a precios elevados por encima de los límites del mercado que a quien se aprovecha de la desdicha, la necesidad y la desesperación» ¹¹⁸⁴. Existe «una realidad social en la que siguen dándose tales circunstancias [del artículo 1 I LU]», incluida la figura prototípica del «usurero» ¹¹⁸⁵. Para esto último, Ruiz Arranz aclara, «[c]asos en que el prestamista es un particular cuyo negocio y pingües beneficios no pasa por la concesión de créditos y el cobro de intereses en condiciones de mercado, sino por la ejecución de bienes (y posterior adquisición comisoría) por valor mayor que las cantidades prestadas, que suelen ser de bajo montante»; «[e]l negocio del crédito rápido»; «[I]os prestatarios suelen ser personas necesitadas de inmediata liquidez y a las que se les han cerrado las puertas del crédito en condiciones de mercado, concedido por entidades financieras» ¹¹⁸⁶. Tales «casos no llegan al Tribunal Supremo, pero son aquellos en los que la aplicación de la LU se antoja más necesaria» ¹¹⁸⁷.

[132] *Más allá de lo anterior, ¿podrían los propios contratantes (la víctima, que ya descubrió el dolo incidental, y el que lo realizó) acordar una solución?* Sí. Por ejemplo, pueden determinar los daños a indemnizar, renegociar el contenido contractual (novación modificativa), pueden dar por extinguido el contrato (lo mismo entiendo para el dolo causal, una vez descubierto por su víctima).

B) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

[133] Del dolo incidental se ocupan la STS, 1.ª, 30.06.2000 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil) a la que aludo *supra*, [31] para la ilicitud (antijuridicidad) del dolo, y la STS, 1.ª, 11.07.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán) de la que doy cuenta *supra*, [55] [A.2] para el dolo omisivo. En lo que ahora respecta, el interés de la primera sentencia reside en que, en la indemnización de daños y perjuicios, se incluyen una serie de partidas, que se especifican; en cuanto al interés de la segunda sentencia, son los propios contratantes los que solucionan el dolo incidental del vendedor, novando modificativamente el contrato celebrado.

Con mayor detalle, en la STS, 1.ª, 30.06.2000 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil), en 1983, el Estado adquiere por expropiación de Rumasa una empresa dedicada a la fabricación de marroquinería «y viajes en piel» (*sic*;

¹¹⁸³ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 218.

¹¹⁸⁴ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 218.

¹¹⁸⁵ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) p. 218.

¹¹⁸⁶ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) nota 141 de p. 218; *vid. además* pp. 233-235, para la reinterpretación del autor del artículo 3 LU.

¹¹⁸⁷ RUIZ ARRANZ, *RDC* (2021) nota 141 de p. 218.

FD 2.º). Se había solicitado licencia de apertura para la empresa, que fue denegada y comunicado en 1984, y el 05.02.1985, el Estado vende la empresa, afirmando en el contrato que contaba con todas las licencias, permisos y autorizaciones para explotar su patrimonio y realizar sus actividades, como venía haciendo. La compradora demanda al Estado y pide, entre otras partidas, que el Estado le indemnice daños y perjuicios consistentes en gastos de honorarios, el coste de las obras para acondicionar y adaptar las instalaciones a la ordenación urbanística pagados por ella (los anteriores, todos gastos directos), y la pérdida del valor del suelo destinado a fines no productivos y gastos que resulten conforme a derecho. En segunda instancia se entienden indemnizables los costes de las obras necesarias para obtener la licencia de apertura, lo que incluye los gastos de honorarios de los profesionales, así como el valor de las tasas municipales y administrativas para obtener la licencia. El Tribunal Supremo, que no casa, entiende que hubo incumplimiento contractual del Estado contrario a la buena fe y doloso, por lo que «[s]e ha de responder de todos los daños y perjuicios, es decir, se trata de un resarcimiento pleno de los que resulten conocidos y provengan de la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas» (arts. 1101, y 1107 CC en relación con el art. 1270.II CC; FD 3.º); y además, una vez celebrado el contrato, el Estado mantuvo persistentemente su conducta incumplidora, ya que no llevó a cabo conducta alguna subsanadora tras la denuncia que, de la situación, le hizo la compradora.

En cuanto a la *STS, 1.ª, 11.07.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán)*, la concedente no había informado a la distribuidora, que un anterior distribuidor de aquella se quedó con importantes existencias (de vino) y sucedió que en los dos primeros años del contrato de distribución en litigio (años 1993 y 1994) el anterior distribuidor vendió a bajos precios y en la zona de la actual distribuidora por lo que esta sufrió daños (menos beneficios) y además, la concedente incumplió su pacto de exclusiva. Por otro lado, la actual distribuidora incumplió su obligación de compras mínimas en los años 1993 y 1994 (la distribuidora venía a alegar, que su aceptación de la cláusula contractual de compras mínimas anuales, fue por el dolo incidental de la concedente). *En suma*, existió dolo incidental de la concedente e incumplimiento tanto de la concedente como de la actual distribuidora (incumplimientos recíprocos). *En esta situación*, los contratantes, según el Tribunal Supremo, *renegocian su contrato, realizando una novación modificativa, adaptando el contrato al estado de cosas creado por el antiguo distribuidor por la venta de sus existencias a bajo precio en la zona de exclusiva de la actual distribuidora y, dado que la concedente debía haber informado a la distribuidora de que el antiguo distribuidor se había quedado con importantes existencias, los términos de la*

novación fueron todos favorables a la actual distribuidora que quiso continuar con el contrato y la concedente entendía que la actual distribuidora no había incumplido pese a no haber adquirido las compras mínimas a que se comprometió para los años 1993 y 1994; por otro lado y con la novación, la actual distribuidora renunciaba a ser indemnizada y renunciaba a la resolución del contrato por incumplimiento del pacto de exclusiva de la concedente, debido a la conducta de la antigua distribuidora. *Situados en el año 1995*, la actual distribuidora incumple el pacto de compras mínimos y la concedente resuelve el contrato¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁸ a) Y más allá de lo que he expuesto en el cuerpo del texto *para el dolo incidental*, en la STS, 1.ª, 05.03.2010 (Pte. Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz; doy cuenta de ella, *supra*, [55] [A.4] y [128] [B]) se reflexiona *sobre el dolo causal y la conveniencia de que las partes puedan llegar a un acuerdo extrajudicial*, ya que la solución judicial difícilmente contentaría a ambas partes (vendedor y comprador). Recuerdo, que el comprador adquirió un terreno que tenía una depresión o dolina, de la que el vendedor no le informó y que hacía inviable la construcción, habiéndose tasado la finca con valor de 0 € y habiendo dicho un arquitecto que construir en ella podría considerarse «*un monumento a la idiotez*» (cursiva del original; FD 2.º). El vendedor había actuado con dolo y la compraventa fue anulada, procediéndose a la devolución de ciertas cantidades (precio y gastos). Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

En lo que ahora interesa, el Tribunal Supremo manifiesta:

«En todo este conflicto se plantea una solución que difícilmente podrá contentar a ambas partes. En el proceso judicial, se estimará o no la demanda y se ejecutará lo resuelto. Otra cosa sería si hubiera habido acuerdo o se hubiera llegado a una mediación, como procedimiento alternativo de carácter extrajudicial como propone la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 que, aunque se aplica a la mediación en litigios transfronterizos, nada impide –como dice en su considerando (8)– que los Estados miembros lo apliquen a la mediación de carácter nacional. Ya las sentencias de esta Sala 2 de julio en [sic] 2009 y 3 de julio de 2009 dijeron que podría una mediación llegar a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo a que se podría llegar siempre sería menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica, basada en los hechos que se han declarado probados» (FD 2.º).

b) Sobre el anterior párrafo de la STS, 1.ª, 05.03.2010, DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN, muy críticos con el mismo, comentan y reflexionan: «¿Qué función tiene este párrafo de la sentencia? ¿Cuál es el mensaje? ¿A quién va dirigido? No parece que forme parte de la argumentación que lleva al fallo, pues no contribuye, al menos directamente, a la justificación de la decisión. En este sentido, es un *obiter dicta* [...]. Las dos sentencias citadas, coincidentes, son del mismo Ponente [del Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz] y no conocemos otras en el mismo sentido. ¿Un sello personal? ¿Una confesión sutil de su íntima insatisfacción con el fallo confirmatorio que propone y firma? Son recomendaciones de acudir a la mediación y evitar la intervención judicial, razonables en boca de los asesores de las partes o, con alcance general, en obras doctrinales. Lo que llama la atención es que la recomendación la haga el Tribunal Supremo al poner fin a un pleito, cuando el consejo es obviamente inoportuno para los litigantes (que ya no pueden seguirlo), salvo que se entienda como reproche al perdedor: mejor te hubiera ido si no hubieras acudido a la administración de justicia. ¿No es inquietante? Porque este reproche pragmático (has errado el medio elegido para satisfacer tus intereses) no puede aislarse del contenido del fallo: uno de los dos litigantes (el actor y recurrido en este caso [Prigel, S.L.]) ha acertado plenamente.

Evidentemente, como dice el Tribunal, la solución «difícilmente podrá contentar a ambas partes», pero esto es lo propio prácticamente de toda solución de conflicto judicializado. ¿El consejo debe entenderse en general, dirigido a todos los posibles litigantes en cualesquiera pleitos civiles? ¿Las soluciones judiciales son siempre más «traumáticas» que las extrajudiciales y por ello deben evitarse prudentemente? La «aplicación de la norma jurídica, basada en los hechos que se han declarado probados» ¿es siempre más

Referido lo anterior, paso a la detenida exposición de las dos señaladas sentencias.

[A] *La STS, 1.ª, 30.06.2000 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil)*

[A.1] En síntesis, el 05.02.1985, el Estado vende la totalidad de las acciones de la empresa *Industrias Tauro, S.A.* («negocio de fabricación de marroquinería y viajes en piel», *sic*, FD 1.º), de la que es propietario por la expropiación de *Rumasa* en 1983, a *Samsonite Corporation* (compradora). En la cláusula 4.º, apartado 25, del contrato celebrado, el Estado afirma que *Industrias Tauro, S.A.* «cuenta con todas las facultades, licencias, permisos y autorizaciones (de índole gubernativa y de otro tipo), necesarios para poseer y explotar su patrimonio y para desarrollar sus negocios y actividades, tal y como lo viene haciendo hasta ahora» (FD 1.º). Sin embargo, *Industrias Tauro, S.A.* carecía de licencia de apertura, que se había solicitado, la cual había sido denegada y comunicado en 1984. La compradora *Samsonite Corporation* demanda al Estado y pide su condena al pago de 89.987.446 pesetas que desglosa en 40.507.755 pesetas por «gastos directos por honorarios y costos por obras de acondicionamiento y adaptación de las instalaciones a la ordenación urbanística, directa y exclusivamente satisfechos por la actora» y 49.479.691 pese-

«dura» que el acuerdo al que se podría llegar? Hay detrás toda una concepción del Derecho, de la autonomía privada, del poder estatal y de la administración de justicia que sería interesante explicitar y debatir.

La admonición parece que tiene como finalidad desincentivar los pleitos en general, no sólo los recursos de casación. Pero es claro que un fallo como el de esta sentencia, al dar la razón a quien interpuso el pleito [*Prigel, S.L.*] impugnando un contrato por vicio de dolo y acordar en su favor prácticamente toda la indemnización pedida incentiva realmente a litigar. Al menos, invita a entrar en pleitos por estas causas con más expectativas que cuando la actitud de los Tribunales era de autocontención en cuanto a la calificación de dolo y la inclusión de partidas en el monto de la indemnización. Cabe advertir entonces una contradicción pragmática en las manifestaciones del Tribunal: dice desaconsejar, pero incentiva realmente la litigación. Podríamos pensar entonces que la admonición se dirige al demandado y recurrente [*Iber Godor, S.L.*]: negociando, se le diría, el actor [*Prigel, S.L.*] se hubiera conformado con menos. Pero, sobre que es hecho incierto (¿es pensable que un demandado por dolo admita fácilmente su comportamiento ilícito?), ocurre que el demandado [*Iber Godor, S.L.*] bien podía confiar en salir absuelto, en último término porque los jueces no llegarán a fijar los hechos de la forma contraria a sus intereses en que lo hicieron. En realidad, parece más fácil hacer desistir a alguien de poner un pleito que persuadir al demandado de que se allane a la demanda. Para lo primero, basta con las consideraciones de buen sentido sobre lo incierto del envite y los gastos seguros; lo segundo parece que sólo los propiciaría la seguridad de que los tribunales no sólo aplicarán del mismo modo las normas a los mismos hechos, sino que apreciarán de manera semejante los hechos, incluidos hechos tales como la intención de engañar en la omisión de una información medida con los parámetros de por sí inciertos de la buena fe» [*CCJC* (2011) apartado III, pp. 15-16].

DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN, tras extractar las *STS, 1.ª, 02.07.2009* y *STS, 1.ª, 03.07.2009*, citadas por la *STS, 1.ª, 05.03.2010* [vid. anterior a) de esta nota a pie de página], apuntan que en ambas subyacía un conflicto familiar, siendo entendible que se recomendase (para la de *STS, 1.ª, 03.07.2009*) la mediación (pp. 16-17). Pero el caso de la *STS, 1.ª, 05.03.2010* «tiene un perfil distinto. No hay conflictos o dramas familiares detrás; sólo relaciones de mercado puro y duro» (p. 17). Después de apuntar que cabe la mediación sobre la acción de dolo, concluyen que «[d]espués de todo, lo único que emparenta este caso [de la *STS, 1.ª, 05.03.2010*] a los dos anteriores [de las *STS, 1.ª, 02.07.2009* y *STS, 1.ª, 03.07.2009*] [...] parece ser el escepticismo sobre los hechos. En particular, tal como llegan al supremo, surge en muchos casos la sospecha fundada de que pudieron haber ocurrido de modo distinto a como han quedado fijados, con más o menos atención y precisión, en las resoluciones de la instancia. ¿Justifican estas posibles dudas o sospechas de los Magistrados del TS sus recomendaciones de mediación?» (p. 17).

tas por «la pérdida de valor del suelo destinado a fines no productivos, así como a la cantidad que por intereses, costas y gastos resulte conforme a Derecho» (AH 1.º).

En segunda instancia se condena al Estado a abonar a la compradora *Samsonite Corporation* el valor de las obras necesarias para la obtención de la licencia de apertura, lo que incluye los honorarios de los profesionales, y el valor de las tasas municipales y administrativas para obtener la licencia. En su recurso de casación, el Estado (vendedor) alega infracción de los artículos 7, 1258 y 1269 CC (argumenta que no actuó en contra de la buena fe, que no había dolo por su parte; motivo 2.º) e infracción de los artículos 1101, 1106 y 1107 CC (motivo 3.º). El Tribunal Supremo considera que el comportamiento del Estado fue contrario a la buena fe y doloso, por lo que este ha de indemnizar a la compradora *Samsonite Corporation* todos los daños conocidos y provenientes de la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas (art. 1107 CC en relación con el artículo 1270.II CC), además de que el Estado mantuvo con persistencia su conducta incumplidora ya celebrado el contrato, y no casa¹¹⁸⁹.

[A.2] *Acerca del comportamiento contrario a la buena fe y doloso (oculación deliberada) del vendedor (el Estado)*, el Tribunal Supremo explica:

«La sentencia recurrida decide que no concurrió buena fe en el Estado [el vendedor], al haber quedado suficientemente demostrado que la licencia que en su día se solicitó fue denegada en fecha 8 de Febrero de 1984, resolución que se notificó a la parte solicitante, y en dicha fecha el Estado ya era propietario por vía expropiatoria de *Industrias Tauro S.A.*, por lo tanto debía ser conocedor de la situación urbanística o, al menos, contaba con todos los medios aptos para tener perfecta y cabal noticia de ello y prescindiendo decidida y voluntariamente de tal situación irregular, no adaptada a la ley, la que aparcó a su conveniencia y utilidad, vino a llevar a cabo la trasmisión de todo el accionado de la empresa referida, expresando de modo claro y rotundo en el contrato de que «ni existe noticia de violación de la Ordenanza aplicable a la zona o del Código Urbanístico» (apartado 22 de la cláusula cuarta). Esto significa conducta de deslealtad contractual que incrementa el apartado 25 de la cláusula referida, en cuanto que la sociedad que se transmitió contaba con todas las licencias necesarias, tanto respecto a su patrimonio como para facilitar la explotación del negocio de fabricación de marroquinería y viajes [sic] en piel.

La situación de ausencia de buena fe resulta suficientemente patentizada con tal conducta contractual, al haberse ofrecido a la compradora [Samsonite Corporation] una situación de seguridad administrativa municipal inexistente, que deliberadamente ocultó al [sic; el] Estado [vendedor], por no hacer constar en el contrato la realidad contradictoria a la legalidad urbanística.

La recurrente [el Estado] trata de justificarse alegando que no había sido quien solicitó la licencia y que el precio de enajenación resultó muy bajo, alcanzando un millón de pesetas. *Dichos argumentos NOS [mayúsculas en el original] los reputamos insuficientes, careciendo la necesaria contundencia fáctica y jurídica para destruir la falta de buena fe que la sentencia establece, ya que la licen-*

¹¹⁸⁹ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

cia resultaba elemento importante de integración para la saneada situación urbanística de la sociedad enajenada [Industrias Tauro S.A.], que el contrato expresa y el Estado [el vendedor] aportó voluntariamente a la relación creada, conforme a los hechos probados firmes que no se vienen a respetar.

A su vez Industrias Tauro S.A., al tiempo de la venta, estaba afectada de una grave y difícil crisis económica, con deudas cuantiosas (en cantidad aproximada a los 900.000.000 de pesetas en los últimos seis años).

La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que la buena fe contractual ha de entenderse en su sentido objetivo como comportamiento justo, pero exige que sea adecuado y debe actuar para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto y su existencia o inexistencia es cuestión de hecho, de la libre apreciación por los juzgadores de instancia, lo que no es óbice para que el concepto jurídico de la buena fe sea deducido libremente, valorando la base fáctica (Sentencias de 5-Julio-1990, 9-October-1993 y 17-Febrero-1996), y no queda fuera del control casacional.

Por lo expuesto ha de mantenerse la declaración que se impugna, ya que los vendedores han de ser veraces en la aportación que efectúan al contrato de las realidades tanto materiales, como jurídico y administrativas que afectan a las cosas o bienes que transmiten (S. de 8-Junio-1994).

La conducta censurable del Estado [el vendedor] no se agota en que obró sin la necesaria buena fe, ya que la sentencia sienta que concurrió dolo, que apoya en el «factum» demostrado para decretar que la trasgresión se produjo voluntariamente y con plena conciencia de la antijuricidad del acto, al ocultar deliberadamente la denegación de la referida licencia de apertura, y ofrecer a la parte compradora [Samsonite Corporation] unas garantías y seguridades que, al ser inexistentes, maliciosamente resultaron sustraídas y autorizan a contemplar dolo incidental, que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados, conforme al artículo 1270 del Código Civil, en relación al 1104» (cursiva mía; FD 2.º).

[A.3] *En cuanto a que han de indemnizarse todos los daños que conocida-mente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 1107.II CC) y las concretas partidas indemnizables en el caso, el Tribunal Supremo dice ahora:*

«El incumplimiento contractual acreditado acarrea que proceda la consecuencia y correspondiente indemnización a cargo del Estado [el vendedor] de las obras de acondicionamiento exigidas para obtener la licencia de apertura, incluidos los honorarios profesionales, así como el importe de la Tasas a satisfacer al Ayuntamiento.

Habiéndose sentando actuación incumplidora contractual contraria a la buena fe y dolosa en la vendedora [el Estado], el resarcimiento indemnizatorio, partiendo del principio general reparador que proclama el artículo 1101 del Código Civil, hace aplicable el artículo 1107 en relación al apartado final del 1270. Se ha de responder de todos los daños y perjuicios, es decir se trata de un resarcimiento pleno de los que resulten conocidos y provengan de la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas.

El Estado [vendedor] no solo no había obtenido la licencia al tiempo del contrato, sino que mantuvo su conducta incumplidora con persistencia, pues de-

nunciada la situación por la entidad demandante [*Samsonite Corporation*, la compradora], ya celebrado el negocio, ninguna actuación positiva y subsanadora llevó a cabo, lo que obligó a la compradora [*Samsonite Corporation*] a asumirlas y hacerse cargo de las obras y actuaciones a las que se supeditó la concesión de la licencia y el importe correspondiente a fijar en ejecución de sentencia que reclama, asistiéndolo el suficiente derecho.

El valor de las obras ha de referirse a las estrictamente precisas para conseguir el fin que las justifica, es decir la concesión de la licencia y, por ello, han de excluirse todas aquellas, que aunque conste su realización, no responden a dicho objetivo, lo que elimina situación de enriquecimiento injusto, pues correspondía al Estado [el vendedor] haber acometido las obras de referencia y llegar así a la celebración del contrato por caminos de buena fe, es decir, contando con los permisos municipales debidamente otorgados, y esto le imponía el haberlos obtenido previamente» (cursiva mía; FD 3.º).

[B] *La STS, 1.ª, 11.07.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán)*

Reitero los hechos que expongo supra, [55] [A.2], salvo que ahora me refiero al motivo 3.º de casación y no al motivo 1.º, como anteriormente hice. En esencia, el 01.04.1993 se celebra contrato de distribución de vinos de cinco años de duración y con pacto de exclusividad entre *Vinícola de Castilla, S.A.* (concedente) y *J. Pecastaing, S.L.* (distribuidora), obligándose esta última a la compra de un mínimo de cajas de vino en función de cada año hasta llegar a las 300.000 cajas, objetivo ideal a lograr cuanto antes. Ni antes, ni al celebrar el contrato, la concedente *Vinícola de Castilla, S.A.* informa a *J. Pecastaing, S.L.* que una antigua distribuidora de *Vinícola de Castilla, S.A.* se quedó con importantes existencias de vino y la antigua distribuidora las vende en la zona de la exclusividad de *J. Pecastaing, S.L.* (actual distribuidora) en los años 1993 y 1994 y a bajo precio (por consiguiente, *Vinícola de Castilla, S.A.* incumple el pacto de exclusividad). Por otro lado, la actual distribuidora *J. Pecastaing, S.L.* incumple el pacto de compras mínimas correspondiente a los años 1993, 1994, y 1995 (en 1995 solo adquiere 25.985 cajas de vino) además de que dejó de pagar algunas facturas. La concedente *Vinícola de Castilla, S.A.* y la actual distribuidora *J. Pecastaing, S.L.* novan modificativamente el contrato de distribución para los años 1993 y 1994 y con la novación se da varias ventajas a la actual distribuidora *J. Pecastaing, S.L.*, dando esta última por reparado el daño debido al dolo incidental de la concedente *Vinícola de Castilla, S.A.* (por la no información antes referida) y la concedente *Vinícola de Castilla, S.A.* tolera el incumplimiento de compras mínimas de *J. Pecastaing, S.L.* de los años 1993 y 1994. En 1995, la concedente *Vinícola de Castilla, S.A.* resuelve unilateralmente el contrato con la actual distribuidora *J. Pecastaing, S.L.* por el incumplimiento de esta última de su obligación de compra mínimas.

La concedente *Vinícola de Castilla, S.A.* demanda a la actual distribuidora *J. Pecastaing, S.L.* y pide la declaración del incumplimiento de compra mínima de *J. Pecastaing, S.L.*, la de que resolvió el contrato conforme a derecho, la condena a *J. Pecastaing, S.L.* a que le indemnice daños y perjuicios por el incumplimiento de las compras

mínimas y la pérdida de mercados futuros, así como la condena al pago de facturas pendientes de *J. Pecasting, S.L.* (12.578.258 pesetas). *J. Pecasting, S.L.* reconviene y pide, con carácter subsidiario, la declaración de que la concedente *Vinícola, S.A.* incurrió en dolo incidental en particular en relación con la obligación de compra mínima (cláusula adicional 2 del contrato, lo que la indujo a aceptar esa obligación) y su condena a que le indemnice los daños y perjuicios, incluido el lucro cesante.

En primera y en segunda instancia se considera, entre otras cosas, que hubo dolo incidental. La concedente *Vinícola de Castilla, S.A.* recurre en casación y alega infracción de los artículos 1203, 1208, 1311 y 1313 CC por el efecto sanitario que habrían tenido las modificaciones en el contrato aceptadas por la concedente *Vinícola de Castilla, S.A.* y la distribuidora *J. Pecastaing, S.L.* (motivo 3.º). Para el Tribunal Supremo, la concedente *Vinícola de Castilla, S.A.* debió haber informado a *J. Pecastaing, S.L.* acerca de que la antigua distribuidora se había quedado con importantes existencias de vino y entiende que sí existió el dolo incidental, *si bien las partes solucionaron ese concreto problema mediante una renegociación del contrato (novación modificativa)*¹¹⁹⁰.

En lo que ahora interesa, el Tribunal Supremo explica lo alegado en dicho motivo 3.º del recurso de casación, el cual estima. En concreto, dice el Tribunal Supremo:

«El tercer motivo del recurso [de casación de la concedente *Vinícola de Castilla, S.A.*] se funda en infracción de los arts. 1203, 1208, 1311 y 1313 CC sobre la relevancia de la ratificación de modificaciones contractuales esenciales (margen en precio del distribuidor y descuento por pronto pago, habiendo cesado el posible vicio de la voluntad contractual)». Según su alegato, la sentencia recurrida prescinde de los efectos sanitarios que en el contrato habrían producido las modificaciones aceptadas por ambas partes [la concedente *Vinícola de Castilla, S.A.* y la distribuidora *J. Pecastaing, S.L.*] cuando ya no había duda alguna de las existencias en poder de la antigua distribuidora y de su liquidación a bajo precio, pues tales modificaciones se reconocen tanto por la sentencia de primera instancia, al referirse a mejoras promocionales para conjurar el problema, como por la de apelación al atribuir el mantenimiento del contrato por la demandada-reconviene [*J. Pecastaing, S.L.*] a su satisfacción con las nuevas ventajas promocionales. Para la recurrente [la concedente *Vinícola de Castilla, S.A.*], las partes habrían alterado de común acuerdo aspectos tan esenciales del contrato como el porcentaje de beneficio del distribuidor sobre el precio de venta o el descuento por pronto pago después de ser plenamente conscientes del problema creado por la anterior distribuidora, según resulta del intercambio de cartas entre aquéllas como de la aplicación de nuevas condiciones contractuales a partir de ese momento. Tal modificación habría purificado cualquier vicio previo y no sería admisible seguir invocando el desconocimiento de la situación cuando precisamente su conocimiento determinó esas modificaciones contractuales; como tampoco un desconocimiento del verdadero alcance del problema cuando tampoco la hoy

¹¹⁹⁰ Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias. Como apunto en el cuerpo del texto, *vid. supra*, [55] [A.2].

recurrente [la concedente *Vinícola de Castilla, S.A.*] podía captarlo en toda su dimensión.

*Pues bien, el motivo así planteado ha de ser estimado porque en verdad la sentencia recurrida no atribuye la adecuada relevancia a las mejoras contractuales que la demandada-reconviniente [la distribuidora *J. Pecastaing, S.L.*] obtuvo tras conocer el problema creado por la antigua distribuidora y comunicárselo a la concedente [Vinícola de Castilla, S.A.].*

[...].

En definitiva, con más o menos detalle las sentencias de las dos instancias vienen a dar por probado que, *una vez conocidos por la demandada-reconviniente [J. Pecastaing, S.L.] los datos silenciados por la actora-reconvenida [Vinícola de Castilla, S.A.] antes del contrato, se produjo una importante modificación de las condiciones de éste en forma de ventajas para la distribuidora [J. Pecastaing, S.L.], algo que por demás resulta con toda evidencia de la correspondencia cruzada entre las dos empresas contratantes [Vinícola de Castilla, S.A. y J. Pecastaing, S.L.] durante la vida del contrato y que comenzó muy poco tiempo después de su vigencia.*

Así las cosas, la significación jurídica de esos hechos probados no puede ser otra que la de una renegociación del contrato para adaptar sus condiciones al problema creado por la liquidación de sus existencias a bajo precio por la anterior distribuidora, adaptación que se produjo en beneficio de la nueva distribuidora [J. Pecastaing, S.L.], [...] en forma de ventajas promocionales y renunciadas de la concedente [Vinícola de Castilla, S.A.] en relación con lo inicialmente pactado. Tuvo lugar, así, una verdadera novación modificativa del contrato que, manteniéndolo en lo esencial, lo adoptaba al estado de cosas creado por la actuación de la anterior distribuidora. Y como esta actuación podía haber sido prevista por la concedente [Vinícola de Castilla, S.A.], que por ello tenía que haber advertido a su nueva distribuidora [J. Pecastaing, S.L.], antes de contratar, de las importantes existencias en mano aún de la anterior, los términos de esa novación fueron todos ellos favorables a esa nueva distribuidora [J. Pecastaing, S.L.], [...], que así, con estas nuevas condiciones, se dio por satisfecha para seguir vinculada al contrato, del mismo modo que la concedente [Vinícola de Castilla, S.A.] prescindía de considerarlo incumplido por no haberse logrado ni por asomo las compras mínimas comprometidas por su nueva distribuidora [J. Pecastaing, S.L.]. En suma, la conducta de ambos contratantes manteniendo su relación jurídica hasta que desaparecieron los efectos en el mercado de la actuación de la anterior distribuidora revela por sí sola que con la mencionada novación la nueva distribuidora [J. Pecastaing, S.L.] daba por reparado el daño causado por el dolo incidental de la concedente [Vinícola de Castilla, S.A.] al contratar y ésta, por su parte, toleraba el incumplimiento del pacto de compras mínimas para los años 1993 y 1994.

En consecuencia la sentencia recurrida, al no entenderlo así, infringió el art. 1203-1.º CC y, también, la regla o principio deducible de los arts. 1208, 1311 y 1313 del mismo Cuerpo legal, pues aunque deba descartarse la nulidad por dolo del contrato de distribución o de su pacto de compras mínimas, *no hay ninguna razón*

de peso para dejar de aplicar al dolo incidental, y a su consecuencia indemnizatoria según el párrafo segundo del art. 1270 CC, el principio de considerar renunciada su invocación por actos del inicialmente perjudicado que necesariamente impliquen esa voluntad de renuncia» (cursiva mía; FD 4.º; vid. además FD 5.º ¹¹⁹¹).

¹¹⁹¹ a) La renegociación (novación modificativa) no solo suponía que, con ella, se entendía indemnizado el dolo incidental, sino también que *no se apreciaba el incumplimiento de Vinícola de Castilla, S.A.* del pacto de exclusiva de los años 1993 y 1994. Según el Tribunal Supremo, en el citado en el cuerpo del texto FD 5.º:

«El cuarto motivo del recurso [de casación de la concedente *Vinícola de Castilla, S.A.*] se funda en infracción de los arts. 1257, 1903 y 1101 CC y de la jurisprudencia sobre el incumplimiento contractual, e impugna la sentencia recurrida por haber apreciado incumplimiento del pacto de exclusiva por la hoy recurrente [*Vinícola de Castilla, S.A.*].

Pues bien, lo razonado para estimar el motivo precedente desvirtúa prácticamente por sí solo el pronunciamiento de la sentencia recurrida imputando a la hoy recurrente [*Vinícola de Castilla, S.A.*] ese incumplimiento del pacto de exclusiva, ya que tal incumplimiento se hacía derivar, mediante toda una cadena causal, del dolo incidental de la misma parte, la liquidación de existencias a bajo precio por la anterior distribuidora y la falta de diligencia de la concedente [*Vinícola de Castilla, S.A.*] para impedirlo, de suerte que también este motivo tiene que ser estimado.

Apreciada por esta Sala una novación de las condiciones iniciales del contrato mediante su renegociación posterior al conocimiento de los hechos integrantes de esa cadena causal, claro está que no puede apreciarse el incumplimiento del pacto de exclusiva declarado por el tribunal sentenciador a partir de tales hechos, por lo que su pronunciamiento infringe los arts. 1257 y 1101 CC al responsabilizar a la concedente [Vinícola de Castilla, S.A.] de una intromisión en la zona de exclusiva por parte de la antigua distribuidora, en modo alguno fomentada ni tolerada por dicha concedente por más que hubiera debido informar a la nueva distribuidora de las existencias almacenadas por la anterior, y al condenarla a una indemnización por su negligencia que, conforme a lo razonado en el fundamento jurídico precedente, fue compensada mediante las ventajas obtenidas por la nueva distribuidora como fruto de la renegociación del contrato inicial.

En realidad, lo que sucede es que la sentencia recurrida transforma el dolo incidental de la hoy recurrente [*Vinícola de Castilla, S.A.*] por no informar a tiempo a la demandada-reconviniente [*J. Pecastaing, S.L.*] en una infracción del pacto de exclusiva, y lo hace por la vía indirecta de enlazar esa falta de información inicial con la liquidación de sus existencias por la antigua distribuidora en la zona de exclusiva y con la falta de una máxima reacción de la hoy recurrente [*Vinícola de Castilla, S.A.*] contra su antigua distribuidora pese a admitir que reacción sí hubo, como no podía ser menos a la vista de la demanda que la hoy recurrente [*Vinícola de Castilla, S.A.*] interpuso contra su antigua distribuidora. Se produjo, así, [...], una exarcebación del dolo incidental de la hoy recurrente hasta convertirlo también en una infracción del pacto de exclusiva, *minimizándolo así la trascendental importancia de la renegociación del contrato en favor de la nueva distribuidora una vez que se advirtió el problema generado por la anterior distribuidora, lo que implica, de un lado, el reconocimiento por la hoy recurrente [Vinícola de Castilla, S.A.] de que tendría que haber informado debidamente a la nueva distribuidora [J. Pecastaing, S.L.] pero también, por otro, la renuncia de esta última tanto a ser indemnizada como a instar la resolución del contrato por incumplimiento del pacto de exclusiva, fundado en la conducta de la antigua distribuidora» (cursiva mía). Vid. además FD 8.º*

b) Frente al anterior supuesto en que las partes, descubierto el dolo incidental, noven el contrato, modificándolo (solución), *otras veces*, los contratantes pueden prever, al celebrar el contrato, la posibilidad de que después se materialice un problema latente cuando la celebración, dando y anticipando contractualmente la solución a aplicar. Por ejemplo, en la *STS, 1.ª, 03.07.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos)* se entiende que no hubo dolo omisivo de las vendedoras pues, entre otras cosas, informaron a los compradores de la tramitación de la licencia municipal de apertura del negocio y en el contrato se pactó que, si se denegase dicha licencia, las vendedoras devolverían lo recibido de los compradores, minorándolo en determinado porcentaje. Vid. *supra*, [55] [C.1] y [73] [B].

CAPÍTULO II

EL DOLO EN EL DERECHO CATALÁN

1. EL LIBRO VI DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA. LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1269 Y 1270 CC

[134] Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Capdevila advierten para el Libro Sexto del Código civil de Cataluña¹¹⁹² que, «por razones de su incompletud, deben combinarse diversos textos legales» y «[l]a dificultad radica en que estos distintos textos responden a principios distintos difícilmente compatibles»¹¹⁹³. «Dicho de otro modo, el aplicador del Derecho debe conjugar, y no siempre sus principios son compatibles, el Libro VI del Código Civil de Cataluña con el Código Civil español reinterpretado por la jurisprudencia y con el Derecho de consumo estatal»¹¹⁹⁴.

[A] Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Capdevila, tras recordar que el Libro VI del Código civil de Cataluña «*no regula ni la teoría general de la obligación ni la teoría general del contrato*» (cursiva mía), advierten a propósito de los remedios por incumplimiento y de la formación del contrato, entre otras cosas, que lo anterior «haría suponer, a primera vista, que debe aplicarse el Código Civil estatal. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la regulación de la

¹¹⁹² Vid. *supra*, nota 61 a). La STC 132/2019, 31.11.2019 declara constitucional la Ley 3/2017, salvo su artículo 621-54.3 (*Pacto de condición resolutoria*) declarado inconstitucional y nulo. Comenta esta sentencia, GARCÍA RUBIO, *RDC* (2019) pp. 1-43, *vid.* 3-4, 22-23, 27-28, 39-41; para un amplio extracto de la STC 132/2019, BLANCO MARTÍNEZ, *ADC* (2020) pp. 851-909.

¹¹⁹³ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 21.

¹¹⁹⁴ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 22; *vid.* además la nota inmediatamente siguiente.

compraventa del Libro VI se regulan los remedios ante el incumplimiento de comprador y vendedor, de manera completamente distinta al Código Civil español, y con pretensión de generalidad por cuanto se aplican a otros contratos y actos como el violario o la partición de la herencia. *A grandes rasgos, la regulación de la compraventa, que es el tipo contractual básico, responde en el Libro VI CCCat a una orientación distinta y más moderna, que se corresponde con los desarrollos internacionales y europeos. Los remedios ante el incumplimiento son distintos a los del Código Civil estatal, pero no es solo eso. Toda la concepción del contrato es distinta. Mientras que la regulación de la compraventa en el Libro VI [del CCCat] es equiparable, por lo general, a los modelos internacionales y europeos, todo el proceso de la formación del contrato se rige por el Código Civil español, que permanece casi inmodificado desde su aprobación en 1889. Por el contrario, sí se asemejan el Derecho de consumo estatal y el Libro VI [del CCCat], en la medida en que beben de las mismas fuentes. Para terminar de complicar las cosas, la jurisprudencia, consciente de la obsolescencia del Código Civil español, en los últimos años está procediendo a «modernizar» el Derecho de obligaciones y contratos, inspirándose en los citados desarrollos europeos»* (cursiva mía)¹¹⁹⁵.

[135] *Sobre los vicios del consentimiento*, Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Capdevila apuntan que «*el Derecho civil catalán todavía no ha regulado la teoría general del contrato, por lo que los vicios del consentimiento se rigen por el CCEsp*» (cursiva mía)¹¹⁹⁶. Esta afirmación se traduce, para el dolo, en la aplicación de los artículos 1269 y 1270 CC, que

¹¹⁹⁵ a) DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) pp. 21-22.

b) La esencia de las ideas expuestas en el cuerpo del texto las manifiestan estos autores, también, en su *Prólogo al Derecho Civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos* (2021). En concreto: «Escribir una obra que analice en profundidad el derecho de obligaciones y contratos vigente en Cataluña supone un reto mayúsculo. [...] hay que combinar diversos sustratos legislativos: el libro sexto destaca por su incompletud, pues regula únicamente algunos tipos contractuales, lo que conlleva la aplicación –supletoria, en nuestra concepción del alcance de las competencias de la Generalidad de Cataluña– del Código Civil estatal, que responde a un modelo liberal decimonónico que demanda una reforma sustancial, y que debe conjuntarse con la legislación especial, en particular en materia de consumidores y usuarios –la cual, a su vez, debe coherenciarse con el Código de consumo de Cataluña, que contiene ocasionalmente alguna norma civil–. Nuestro principal esfuerzo se centra en presentar de manera armónica y comprensible el derecho civil vigente en esta área del derecho, y hacerlo además de manera que no redunde en obstáculos al funcionamiento del mercado de bienes y servicios. Sin olvidar, por supuesto, la atención a la jurisprudencia, que se esfuerza por modernizar el derecho de contratos enmendando, cuando ello deviene imprescindible, el tenor literal del Código civil español./ [...] afrontamos el análisis del derecho vigente con un espíritu sustancialmente crítico, por la poca correspondencia entre la importancia de la materia y los textos legislativos que la norman. En la teoría general de la obligación y del contrato [que exponen estos autores, en esta su obra] se incorporan instituciones de las que, con un criterio que seguramente no es el más sistemático, el libro sexto se ocupa dentro del contrato de compraventa» [en el original, todo el texto en cursiva; (2021) p. 15].

c) Sobre la coordinación entre el Código civil estatal y el Código civil de Cataluña para la materia de las obligaciones y los contratos, además GETE-ALONSO Y CALERA (2021) pp. 40-43, si bien desde p. 35; MONSERRAT VALERO (2021) pp. 39-40.

¹¹⁹⁶ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 246.

transcribo *supra*, [7] [A], y puesto que *supra*, [16] ss, analizo dicha regulación, *mi exposición del derecho catalán la centro, únicamente, en algunas cuestiones, las siguientes.*

2. EL CONCEPTO DE DOLO: LA TESIS RESTRINGIDA (O ESTRICTA) Y LA TESIS AMPLIA. LA VENTAJA INJUSTA. LA LESIÓN EN MÁS DE LA MITAD

[136] Habiéndose introducido en 2017 la figura de la *ventaja injusta* (art. 621-45.1 CCCat)¹¹⁹⁷ y habiéndose mantenido con modificaciones la *rescisión enorme (lesión en más de la mitad;* art. 621-46 CCCat), esto, *¿incide de algún modo en el concepto de dolo a acoger?* O, con una mayor concreción, *¿puede acogerse la tesis amplia del dolo (engaño que provoca error, e influencia indebida o captación de voluntad, abuso de la posición de superioridad)? ¿Tiene que acogerse la tesis estricta (o restringida; solo el engaño, que provoca error)?*

Antes de que responda, *primero* expondré detenidamente los requisitos y efectos de la ventaja injusta y de la lesión en más de la mitad, y *luego* pasaré a responder. De lo primero me ocupó en este mismo [136], y a continuación y de lo segundo, en el siguiente [137].

[A] *La ventaja injusta*

[A.1] *El Preámbulo de la Ley 3/2017 y los textos jurídicos*

El Preámbulo de la Ley 3/2017:

«La subsección sexta [«Ventaja injusta y lesión en más de la mitad», de la Sección primera «Contrato de compraventa», del Capítulo I «Contratos con finalidad transmisora», del Título II «Tipos contractuales», del Libro VI del CCCat] incorpora *una nueva regulación* de la ventaja injusta *en el ámbito subjetivo*, con el fin de evitar casos claros de abuso de una de las partes respecto a la otra, velando por la justicia del intercambio, en sintonía con los textos internacionales del derecho contractual europeo»¹¹⁹⁸ (cursiva mía).

¹¹⁹⁷ Por ejemplo, MARTÍN CASALS destaca que la ventaja injusta del artículo 621-45 CCCat es nueva en el derecho catalán [(2018) p. 251].

¹¹⁹⁸ Según MARTÍN CASALS, esta figura «se inspira más directamente en textos internacionales, tales como los Principios Unidroit (art. 3.2.7 PICC [que transcribo *supra*, [5] [C]]), y los trabajos armonizados, como son los Principios de Derecho contractual europeos o *Principios Lando* (art. 4:109 PECL [que transcribo *supra*, [5] [A]]), el denominado Marco común de referencia (art. II.-7:207 DCFR [que transcribo *supra*, [5] [B]]) y, de manera todavía más directa, en la finalmente no editada «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, cuyo

Artículo 621-45 CCCat: «Ventaja injusta

1. El contrato de compraventa y los otros de carácter oneroso pueden rescindirse si, en el momento de la conclusión del contrato, una de las partes dependía de la otra o mantenía con ella una relación especial de confianza, estaba en una situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, era incapaz de prever las consecuencias de sus actos, manifiestamente ignorante o manifiestamente carente de experiencia, y la otra parte conocía o debía conocer esta situación, se aprovechó de ello y obtuvo un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta.¹¹⁹⁹

2. [...]»¹²⁰⁰.

Artículo 621-47 CCCat: «Adaptación del contrato y corrección de la lesión

1. En el supuesto a que se refiere el artículo 621-45, a petición de la parte perjudicada, la autoridad judicial puede adaptar el contenido del contrato a la práctica contractual prevalente en el momento de su conclusión y a las exigencias de la buena fe y la honradez de los tratos.

2. [...]»¹²⁰¹.

artículo 51 CESL [que transcribo *supra*, nota 163] disponía [...]» [traducción mía; (2018) p. 256; *vid.* desde p. 253, en donde el autor se refiere a diversos derechos].

¹¹⁹⁹ a) Artículo 621-45 del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat: «Avantatge injust/ 1. El contracte de compravenda, com els altres de caràcter onerosos, pot ser rescindit si en el moment de la seva conclusió: a) Una de les parts depenia de l'altra o mantenia una relació especial de confiança amb ella, es trobava en una situació de vulnerabilitat econòmica o de necessitat imperiosa, era incapaç de preveure les conseqüències dels seus actes, palesament ignorant o manifestament mancada d'experiència. I./ b) L'altra part coneixia o havia de conèixer aquesta situació i se'n va aprofitar, tot obtenint un benefici excessiu o un avantatge manifestament injust» [en el original, en cursiva; GINÉS CASTELLET, *InDret* (2016) p. 9].

b) GINÉS CASTELLET reproduce, en 2016, los artículos del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat, informando al respecto que «los trabajos de elaboración del último de los libros que han de componer el Código catalán están avanzando de forma decidida y así, en lo que hasta ahora es su último hito, a finales de febrero de 2016, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña envió al Parlamento de Cataluña el proyecto de ley del Libro sexto del Código civil de Cataluña [...] relativo a obligaciones y contratos (Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña de 3 de marzo de 2016)» (p. 8); y en nota 10 de p. 8 apunta: «[c]uyo contenido no es sino una reproducción del ya presentado (y caducado) en la legislatura catalana anterior (Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña de 25 de febrero de 2015)».

Los artículos que en este trabajo reproduzco del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat son los que reproduce GINÉS CASTELLET.

¹²⁰⁰ a) Artículo 621-45 CCCat: «[...] / 2. En la compraventa de consumo, el contrato puede rescindirse, además de por los motivos a que se refiere el apartado 1, si ocasiona en los derechos y obligaciones de las partes un grave desequilibrio en perjuicio del consumidor, contrario a las exigencias de la buena fe y la honradez de tratos».

Para un análisis del artículo 621-45.2 CCCat, por ejemplo, MARTÍN CASALS (2018) pp. 264-268; GÓMEZ CALLE (2018) pp. 49-51.

b) Artículo 621-45 del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat: «Avantatge injust/ 1. [...] [este apartado lo transcribo en la nota inmediatamente anterior a esta, en a)] / 2. En la compravenda de consum, el contracte es pot rescindir, a més d'allò regulat per l'apartat 1, si ocasiona en els drets i obligacions de les parts un greu desequilibri en perjudici del consumidor contrari a les exigències de la bona fe i la honradesa de tractes» [en el original, en cursiva; GINÉS CASTELLET, *InDret* (2016) p. 9; *vid.* la nota inmediatamente anterior a esta, en b) último párrafo].

¹²⁰¹ Artículo 621-47 del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat: «Adaptació del contracte/ En els supòsits regulats pels articles 621-45 i 621-46 [este último artículo lo transcribo *infra*, nota 1244], a petició de la part perjudicada, l'autoritat judicial pot adaptar el contingut del contracte d'acord amb la pràctica contractual prevalent en el moment de la seva conclusió i amb les exigències de la bona fe i la honradesa

Artículo 621-48 CCCat: «Acciones

Las acciones establecidas por la presente subsección caducan en el plazo de cuatro años a contar desde la conclusión del contrato y no son renunciables en ese momento»¹²⁰².

[A.2] *Los requisitos de aplicación*

Con carácter acumulativo, son los tres siguientes¹²⁰³:

dels tractes» [en el original, en cursiva; GINÉS CASTELLET, *InDret* (2016) p. 9; *vid. supra*, nota 1199, en b) último párrafo].

¹²⁰² Artículo 621-48 del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat: «Accions/ Les accions establertes per aquesta subsecció caduquen en el termini de quatre anys des de la conclusió del contracte i no són renunciables en aquest moment» [en el original, en cursiva; GINÉS CASTELLET, *InDret* (2016) p. 9; *vid. supra*, nota 1199, en b) último párrafo].

¹²⁰³ Además de los requisitos que expongo a continuación en el cuerpo del texto, GINÉS CASTELLET se plantea, en relación con el artículo 621-45.1 del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat [que transcribo *supra*, nota 1199 a)], *la oportunidad de incorporar otro requisito*, el de «la naturaleza y finalidad del contrato» (o «el de las circunstancias y fin del contrato»), *de lo que es partidaria*. Según la autora, tal requisito aparece «en todos los textos estudiados [PECL, DCFR, Principios UNIDROIT], salvo en la propuesta catalana», si bien «el rol que se le asigna varía, en función del texto y su interpretación», y así, «[m]ientras en los [textos] de ámbito europeo [PECL, DCFR] no hay duda de que se trata de un requisito o condición que se une al resto [de requisitos] ya analizados, en los *PICC* [Principios UNIDROIT] el carácter cumulativo no se desprende de la redacción del precepto sobre la excesiva desproporción» [*InDret* (2016) p. 32]. Sobre «la expresión «naturaleza y finalidad del contrato»», apunta GINÉS CASTELLET, «hace más bien referencia al carácter general del contrato en cuestión. Si estamos, verbigracia, ante un contrato que comporta en sí mismo un riesgo elevado, aceptado como tal por las partes (por ejemplo, sobre derivados financieros de alto riesgo), parece poder concluirse de los textos en examen que queda descartada la posible impugnación del contrato por las circunstancias vistas. Algo semejante puede concluirse –creo [GINÉS CASTELLET]– respecto de los proyectos europeos [PECL, DCFR], aunque ahí se ha querido ser más pragmático y menos dogmático y por ello, se ha preferido sustituir la expresión «naturaleza del contrato» por la de «circunstancias del contrato» (pp. 33-34). Ahora bien, «[m]ención aparte merece una vez más la propuesta catalana [artículo 621-45.1 del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat que transcribo *supra*, nota 1999 a)], en que este tercer factor decae» (p. 34). En su opinión, «la explicación [de ello] hay que buscarla en el hecho de que se ha entendido que este elemento es ya tomado en consideración en el segundo párrafo del art. 621-46 [del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat que transcribo *infra*, nota 1244], cuando se establece que la parte demandada puede oponer para frenar la rescisión del contrato desequilibrado *ultra dimidium* que este desequilibrio se justifica en la realización del riesgo contractual propio de los contratos aleatorios o en la concurrencia de una causa gratuita. En todo caso, [...], y habida cuenta que ello se contiene en el art. 621-46 [del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat que transcribo *infra*, nota 1244] relativo, en principio, solo a los supuestos de rescisión objetiva por lesión en más de la mitad, *a mí parecer* [GINÉS CASTELLET], *sería oportuno incluir la referencia genérica a la «naturaleza y finalidad del contrato» en el artículo 621-45* [del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat que transcribo *supra*, nota 1999 a)] *para cubrir todo el espectro de posibilidades, en aquellos casos en que sea de aplicación la regla de la ventaja injusta del art. 621-45* [del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat que transcribo *supra*, nota 1999 a)] *y no la de la lesión en más de la mitad del art. 621-46* [del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat que transcribo *infra*, nota 1244]. *Por ejemplo, podría ser así en aquellos supuestos en que la desproporción, aun no alcanzando el lindar determinado en el artículo 621-46* [del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat que transcribo *infra*, nota 1244], *si sea determinante de un beneficio excesivo procurado mediante el aprovechamiento de una de las situaciones subjetivas enunciadas, o bien, aun no apreciándose un desequilibrio enorme en términos económicos, si quepa constatar la presencia de una ventaja que podría ser manifiestamente injusta, si no fuera porque las circunstancias, naturaleza y finalidad del contrato le dan respaldo y la justifican»* (cursiva mía; p. 34).

a) *Para el requisito subjetivo de la parte perjudicada*, entre otros supuestos, el artículo 621-45.1 CCCat se refiere a su *relación de dependencia con la otra parte o a su especial relación de confianza con dicha otra parte (la interrelación es asimétrica)*. Martín Casals señala que ambas situaciones responden «a una idea muy similar» y, «en el caso de los contratos onerosos concluidos bajo la influencia de una relación de confianza (por ejemplo, una venta en favor de un familiar próximo) el equilibrio racional de las ventajas o desventajas de la operación puede fácilmente verse sustituida por decisiones puramente emocionales de la parte perjudicada que le hagan tener en cuenta los intereses de la otra parte en detrimento de los propios»¹²⁰⁴. Por su parte, Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Capdevila consideran para la *dependencia con la otra parte*, que «la posición de superioridad [de la otra parte] encuentra en el ámbito laboral su más propio campo de actuación» y se preguntan si la misma «¿[p]uede darse también en otras esferas como, por ejemplo, en la militar, en la docente (la relación maestro-discípulo o profesor-estudiante), en la política, o incluso en la familiar (por ejemplo, el yerno que desea contentar a su suegro futuro)?», sobre lo que entienden que ha de serse «estricto» para «apreciar el alcance de la situación de dependencia», no incluyéndose los «casos en los que se quiera evitar desagradar a otra persona (el denominado «temor reverencial», art. 1267.IV CCEsp)»¹²⁰⁵.

Continuando con el requisito subjetivo de la parte perjudicada, el artículo 621-45.1 CCCat también contempla situaciones externas a él, como las siguientes. Para la «vulnerabilidad económica», explica Martín Casals, que «se refiere a situaciones en las que una persona actúa por necesidad económica, compelida por sus dificultades económicas, mientras que la «necesidad imperiosa» [asimismo recogida en el art. 621-45.1 CCCat] se refiere a aquellas otras en que, por

En el vigente artículo 621.45 CCCat [que transcribo supra, en el cuerpo del texto en la anterior [A.1.]] no se ha incorporado lo que Ginés Castellet proponía.

¹²⁰⁴ MARTÍN CASALS (2018) p. 259; añade, «se refiere más a la dependencia personal o moral de los criterios de la otra parte que a la dependencia económica. Aquí la parte beneficiada se encuentra en una situación de superioridad moral, que le permite influir sobre la otra parte e interferir en su toma de decisiones. *En este caso no hay necesariamente un consentimiento viciado, ni tampoco es necesario que exista una amenaza ni expresa[ni] tácita, ni tampoco encaja con la figura denominada «temor reverencial».* Lo que es esencial es que exista una relación personal entre las partes que abre la puerta a que la más fuerte abuse de su superioridad moral y la parte más débil se vea impelida a concluir un contrato que, en circunstancias normales, es decir, en ausencia de la influencia indebida, no habría querido hacer o no lo habría hecho de la misma manera» (pp. 259-260). Traducción mía.

¹²⁰⁵ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) pp. 248-249; continúan: «La *situación de dependencia* como vicio del consentimiento requiere una amenaza (tácita) que, por su evidente paralelismo con la intimidación, debería justificar la posibilidad de anulación –en el CCCat solo se permite la rescisión– del contrato» (cursiva mía).

Antes, para caracterizar a la *situación de dependencia* con la otra parte, DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA explican que «[s]e trata del caso en el que, sin mediar amenazas de la otra parte, una persona contrata para no contrariarla al temer que, si no actúa así, puede haber represalias como consecuencia de la posición «superior» en que se encuentra la otra parte» (p. 247).

En cambio, para la *relación de confianza*, DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA apuntan que «[s]e trata de una situación en la que la víctima piensa que la otra parte no se aprovechará de esta confianza para concertar un contrato que le sea desventajoso, y en virtud de dicha confianza no acude al asesoramiento de un experto para suplir su falta de conocimiento» (p. 248).

circunstancias tales como la gravedad de una situación o la urgencia de obtener dinero o una determinada prestación no dineraria, hacen que el perjudicado haya de contratar al precio sea»¹²⁰⁶; «[e]n suma, pueden considerarse situaciones de «necesidad imperiosa» aquellas que impelen al perjudicado a considerar el contrato como un mal menor»¹²⁰⁷.

Finalmente, otras situaciones de la parte perjudicada recogidas en el artículo 621-45.1 CCCat, son internas o inherentes a ella (así, «incapaz de prever las consecuencias de sus actos», «manifiestamente ignorante», «manifiestamente falto de experiencia») ¹²⁰⁸. *Para la imprevisión* (o «incapaz de prever las consecuencias de sus actos»), Martín Casals apunta que supone que el perjudicado «no está en condiciones de valorar correctamente el contenido o las consecuencias del contrato»¹²⁰⁹. *Para la ignorancia de la persona*, Martín Casals explica que «se refiere a su comprensión del contrato o de su objeto, de modo que no tiene un mínimo conocimiento de los aspectos esenciales del contrato o de sus consecuencias jurídicas, económicas o prácticas»; además, «no es necesario un conocimiento técnico, sino que se refiere a los conocimientos de una persona corriente»¹²¹⁰. *Y para la inexperiencia*

¹²⁰⁶ a) MARTÍN CASALS (2018) p. 260; lo ilustra con estos ejemplos: «cuando se encuentran amenazados bienes y derechos importantes como la salud (obtención de una medicina a un precio excesivo); cuando la necesidad de obtener dinero o la prestación no dineraria viene determinada por la dependencia del alcohol o las drogas, o cuando es necesario actuar rápidamente por las circunstancias políticas (p. ej., necesidad de exiliarse) o debidas a un accidente que requiere de una rápida respuesta (p. ej., rotura de una tubería que inunda la casa). Traducción mía.

b) DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA ofrecen estos ejemplos para la «vulnerabilidad económica»: «[e]n muchas ocasiones, la situación de dificultad económica llevará a la enajenación de bienes por un precio muy inferior al real. Pero este no es el único supuesto de hecho posible: también puede ocurrir que el contrato desventajoso suponga la realización de un determinado servicio en condiciones muy desfavorables, ya sea, por ejemplo, por la contraprestación irrisoria, por los riesgos que entraña o por la imposición de cláusula leoninas» [(2021) p. 248].

Y para la «necesidad imperiosa», este otro «ejemplo, si horas antes de un concierto se avería se manera irreparable el grupo electrogénico imprescindible para llevarlo a cabo, la urgencia en la contratación de otro grupo podrá determinar que las condiciones del contrato en cuestión, y no solamente el precio, sean notoriamente perjudiciales para el promotor del concierto que demanda la maquinaria. La amenaza existe: si el contrato no se concluye, el concierto no se podrá celebrar, con las pérdidas que ello implicaría» (p. 248).

¹²⁰⁷ MARTÍN CASALS (2018) p. 260; traducción mía.

¹²⁰⁸ a) MARTÍN CASALS (2018) pp. 260-261.

b) GINÉS CASTELLET destaca sobre la «circunstancia (la falta de habilidad en la negociación) [...] que en los proyectos estatal [art. 1301 PMCC de 2009, que transcribo *supra*, nota 114] y catalán [*vid. supra*, nota 1199 a)] se ha soslayado su inclusión como una de las condiciones subjetivas de la explotación injusta, cuando su presencia es constante en los textos de referencia (art. 3.2.7. 1.a) *PICC*; art. II.-7:207.1.a) *DCFR*; art. 4:109 *PECL*), aunque también es verdad que ha sido, sin embargo, obviada en una de las últimas propuestas, la del art. 51 *CESL*. Seguramente, ello responda, en primer término, a las reticencias e inquietudes que provoca la misma incorporación de esta modalidad de elementos de naturaleza estrictamente personal, puesto que se trata de los más propensos a reclamaciones abusivas de amparo al albur de la regla de la explotación injusta por quienes, en puridad, no necesitan ni meritan este amparo [...]» [*In-Dret* (2016) p. 27; transcribo los textos de los artículos citados, salvo el del art. 51 *CESL*, *supra*, [5] [A], [B] y [C]; el art. 51 *CESL* lo transcribo *supra*, nota 163].

¹²⁰⁹ MARTÍN CASALS (2018) p. 261; continúa: «no se pretende proteger de especulaciones equivocadas o de valoraciones económicas erróneas, sino que se refiere a la capacidad intelectual básica del perjudicado para reconocer el alcance y el significado del contrato que concluye»; «se acostumbra a considerar que es suficiente con que se haya dado en el caso concreto». Traducción mía.

¹²¹⁰ MARTÍN CASALS (2018) p. 261.

de la persona, se trata de «una falta de conocimiento sobre los asuntos generales de la vida y de los negocios, de ámbito general o referidos a campos determinados, de modo que dé lugar a que el perjudicado no pueda percibir las ventajas o desventajas del negocio»¹²¹¹. Tal falta de experiencia, apunta Martín Casals, «se dará sobre todo en el caso de jóvenes, de personas que proceden de países que cuentan con un sistema jurídico o económico diferente (por ej., extranjeros, migrantes) y de personas que ya han dejado de tener contacto con la vida de los negocios (p. ej. pensionistas)»¹²¹². Resalta Martín Casals, cómo «la regulación catalana parece reforzar la gravedad de las situaciones exigiendo que la ignorancia sea «patente» y la falta de experiencia «manifiesta»», lo que a su entender apunta a que esas circunstancias subjetivas han de ser perceptibles por un cocontratante que actúe diligentemente¹²¹³. Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Capdevila entienden que el «ignorante», el «inexperto», o el «incapaz» del artículo 621-45.1 CCCat alude «a la condición personal del sujeto» y lo son «en una medida tan extrema que desconoce la necesidad de asesorarse debidamente antes de concluir el contrato»¹²¹⁴.

¹²¹¹ MARTÍN CASALS (2018) p. 261.

¹²¹² MARTÍN CASALS (2018) p. 262.

¹²¹³ MARTÍN CASALS (2018) p. 262; traducción mía.

¹²¹⁴ a) DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) pp. 248-249; aclaran: «Estamos ante un sujeto ajeno totalmente al mundo de los negocios, inútil para negociar, pero también ignorante para procurarse un asesoramiento. *En cambio, si se tratase de un sujeto que solamente es «ignorante» respecto al negocio concreto que concluye, pero que tiene una cierta formación, no cabría la rescisión del contrato por esta causa, dado que una diligencia mínima exigible le hubiera llevado a demandar los servicios de un asesor»* (cursiva mía).

b) Informa SEGUÍ PUNTAS, que «[I]a SAP 11.ª Barcelona 488/2021, de 22 de septiembre, aborda una pretensión de rescisión y subsidiariamente de adaptación del precio de la venta a la *práctica contractual prevalente*, fundada en la ventaja injusta formulada por el vendedor de un inmueble» [(2023) p. 867, y para sus explicaciones y consideraciones sobre la sentencia, p. 868].

En dicha *SAP Barcelona, secc. 11.ª, 22.09.2021 (Pte. Ilma. Sra. D.ª M.ª del Mar Alonso Martínez; Cendoj, Roj SAP B 10641/2021)* se alude al estado de necesidad, a la relación de dependencia o de confianza, y a la incapacidad de prever las consecuencias del acto. En concreto, se rechaza el recurso de apelación que el vendedor Gabino interpone sobre rescisión de la venta del inmueble y, subsidiariamente, adaptación del precio pagado al precio de mercado (FD 1.º), alegando «resumidamente, la existencia del estado de necesidad del vendedor [Gabino], suponiendo por su dedicación profesional habilidades comerciales al demandado [Gervasio e Irene] para aprovechar la ocasión, aludiendo a la tasación que aportó y al precio de venta y a la diferencia de precio de 131.833,52 euros» (FD 2.º). Según la Audiencia Provincial: «[...] a la vista de la prueba practicada y pese a la argumentación de la apelante [Gabino], debe mostrarse conformidad con el criterio de la resolución de instancia, entendiéndose esta Sala que no existe prueba cierta alguna que determine la pertinencia de estimar la apelación y apreciar la lesión, no hallándonos ante los requisitos previstos legalmente./ En concreto debe señalarse que no queda probada la relación de dependencia o de especial confianza, que no queda determinada por el hecho de una relación de vecindad; la incapacidad de prever las consecuencias de sus actos, no existiendo prueba médica al respecto, y parecer por el contrario, por diversas testificales mencionadas en la resolución apelada, que la intención de vender la finca venía de atrás y que no se había consumado por no habersele ofrecido el precio solicitado./ Mención especial merece lo testificado por [...] Violeta, cuidadora de la esposa, que presenció el ofrecimiento de venta al vecino, [...] Teodoro y a los codemandados y las manifestaciones notariales del amigo y citado [...] Teodoro, que corroboró la intención de venta desde años atrás, por ser la vivienda poco idónea y anti-económica y que no le habían ofrecido más de 200.000 euros, habiendo constatado que el difunto [...] Gabino estaba contento con la venta realizada./ Tampoco consta un aprovechamiento o un beneficio injusto o excesivo. La compraventa fue por 300.000 euros, resultando de la pericial [...], y aportada por la demandada [Gervasio e Irene], la necesidad de una reforma que concreta 150.00 euros y de retirar la maqui-

b) *Para el requisito subjetivo de la parte beneficiada*, el artículo 621-45.1 CCCat requiere su «conocimiento» y «aprovechamiento». *Para el conocimiento*, Martín Casals indica que incluye saber «las circunstancias del perjudicado que inciden negativamente en su autonomía de la voluntad», impidiéndole «llevar a cabo una actuación económica racional en defensa de sus intereses», e incluye saber «la considerable desproporción entre prestación y contraprestación»; además, al señalar el artículo 621-45.1 CCCat que «la otra parte conocía o debía conocer», se equipara «el desconocimiento negligente con el conocimiento efectivo» de la situación de vulnerabilidad¹²¹⁵. Y *con el aprovechamiento* se apunta, según Martín Casals, «a la voluntad de aprovecharse intencionalmente de la situación ventajosa debida a las circunstancias externas o internas que hacen vulnerable a la otra parte»¹²¹⁶.

c) *Sobre el requisito objetivo de la ventaja injusta*, el artículo 621-45.1 CCCat alude alternativamente al «beneficio excesivo» o a la «ventaja manifiestamente injusta».

Para el *beneficio excesivo*, Martín Casals apunta, primero, que el *beneficio* debe «entenderse un exceso o defecto del precio, o más generalmente, en una falta de equivalencia económica entre prestación y contraprestación de acuerdo con el precio de mercado», que ha de apreciarse en el momento de la perfección del contrato¹²¹⁷. Y sobre que sea *excesivo*, se traduce en que sea «desproporcionado atendidas a las circunstancias del caso», para lo que habrá de tenerse en cuenta el contrato en su conjunto (por ejemplo, si contiene elementos especulativos, o se introducen riesgos o incertidumbres) y la situación general del mercado (por muy excesivo que parezca el precio, puede ser el precio de mercado, cuando la perfección del contrato, dada la escasez del objeto)¹²¹⁸. Consideran Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Capdevila, que «[h]abrà de esperar a las decisiones de los tribunales para ver cómo se cuantifica el beneficio «excesivo», pero hay que tener presente que, al mantenerse en el CCCat la rescisión por lesión *ultradimidium* (art. 621-46), no debería requerirse que la lesión fuera en más de la mitad, dado que si así fuera la rescisión del contrato por beneficio excesivo perdería utilidad, al poder también acudir a la figura de la rescisión por lesión» (cursiva mía)¹²¹⁹.

naria que había dentro por el negocio que se había regentado por el vendedor [Gabino] y que la tasación a la que alude el apelante [Gabino], por 431.833,52 euros, se hizo con ocasión del préstamo hipotecario y para la formalización de la compraventa./ No nos hallamos, por todo lo expuesto, ante el supuesto al que alude en la demanda y ello conlleva la pertinencia de desestimar la apelación» (FD 2.º).

¹²¹⁵ MARTÍN CASALS (2018) p. 262; traducción mía.

Apuntan DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, «[l]ógicamente, la dificultad está en averiguar cuándo el beneficiado sabía o debía conocer estas circunstancias; una posible solución sería considerar que la existencia de una lesión *ultradimidium* supone una presunción *iuris tantum* de que se conoce la situación de debilidad» [(2021) p. 249].

¹²¹⁶ MARTÍN CASALS (2018) p. 262; traducción mía.

¹²¹⁷ MARTÍN CASALS (2018) p. 263, traducción mía. Lo mismo, DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA: «El concepto de «beneficio» se refiere especialmente al precio, en el sentido de que la situación de debilidad puede provocar que se pague un precio muy superior, o que se reciba una contraprestación de valor muy inferior a lo que sería normal» [(2021) p. 249].

¹²¹⁸ MARTÍN CASALS (2018) p. 263; traducción mía.

¹²¹⁹ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 249. *Vid.* el texto que de la SAP de Barcelona, secc. 11.ª, transcribo *supra*, nota 1214 b).

Para la otra alternativa del artículo 621-45.1 CCCat, la *ventaja manifiestamente injusta*, según Martín Casals, «parece referirse a que puede aplicarse el remedio rescisorio, aunque no haya un desequilibrio o falta de equivalencia económica entre prestación/contraprestación, *habiendo, por ejemplo, cláusulas que imponen obligaciones o deberes excesivamente gravosos*» (cursiva mía)¹²²⁰. Además, «[n]ormalmente, estas ventajas tendrán una traducción en el precio o valor de mercado de la contraprestación, pero, incluso aunque no fuese así», en opinión de Martín Casals, «es esencial que el desequilibrio entre las ventajas que obtiene cada una de las partes se encuentre en la distribución que se hace en el contrato y no en circunstancias externas al contrato, como es el caso del ejemplo holandés» (Van Elmbt v. Feierabend, del que doy cuenta *supra*, [19] a) [A.3])¹²²¹.

¹²²⁰ MARTÍN CASALS (2018) p. 263; traducción mía. Según DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, el «concepto de «ventaja injusta», [...] va más allá del precio, y puede referirse a otras condiciones del contrato, como la forma de pago o las causas de resolución del contrato» [(2021) p. 250].

¹²²¹ a) MARTÍN CASALS (2018) pp. 263-264; traducción mía.

MARTÍN CASALS informa que en los *comentarios* de los artículos 4:109 PECL (*supra*, nota 116 y [5] [A]) y II.-7:207 DCFR (*supra*, nota 115 y [5] [B]) se indica que estos son aplicables «incluso si el intercambio no es excesivamente desproporcionado, en términos de valor por dinero, si se ha obtenido una ventaja, gravemente injusta de otra manera», *añadiendo*, «por ejemplo, un contrato puede ser injusto para una parte que no se lo pueda permitir aunque el precio no sea inadecuado», *preguntándose de inmediato*, «[¿]ué quiere decir que una parte «no se lo pueda permitir» (*can ill afford it?*)», tras lo cual reproduce el ejemplo de la *Illustration 5* (el ejemplo holandés del que doy cuenta *supra*, [19] a) [A.3]), y para el DCFR, *supra*, nota 115, *Comment E*.

Y sobre lo anterior, MARTÍN CASALS considera: «Pese a la autoridad de los comentaristas de los PECL y del DCFR, se ha señalado [Schulze y Pfeiffer en relación con el art. 51 CELS, que transcribo *supra*, nota 163] que es dudoso que estos preceptos cubran esta situación [del caso holandés]. En todo caso, por lo que ahora interesa, *creo* [MARTÍN CASALS] que *no queda cubierto por la regulación del art. 621-45 CCCat*, el cual requiere no solo la concurrencia de elementos subjetivos (*procedural unfairness*) sino también objetivos (*substantive unfairness*). El ejemplo [de la viuda del derecho de los Países Bajos], en cambio, encaja en lo que prevé el art. 3:44 (4) BW, ya que en el derecho holandés se habla de abuso de circunstancias (*misbruik van omstandigheden*) y, a diferencia del catalán, no requiere ningún desequilibrio entre prestaciones o entre ventajas y perjuicios causados por el propio contrato, sino simplemente un abuso. *El art. 621-45 CCCat*, en cambio, protege de la explotación de la vulnerabilidad de una parte para obtener una ventaja en la distribución de intereses que hace el contrato, bien sea en la forma de precio, bien en la forma de condiciones más ventajosas, no simplemente de contratos que puedan ser considerados abusivos o inmorales» (cursiva mía; traducción mía; p. 264; *vid.* también las notas 42 y 43 de p. 264).

b) Para el artículo 621-45.1 del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat [que transcribo *supra*, nota 1199 a)] que, igual que el vigente artículo 621.45-1 CCat, incluye «un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta», GINÉS CASTELLET entiende incluidos casos como el del derecho holandés (*Van Elmbt v. Feierabend*).

Explica GINÉS CASTELLET: «La propuesta catalana sobre la ventaja injusta que [...] acusa en mayor medida el influjo de los textos europeos [art. 4:109 PECL y II.-7:207 DCFR] (y, particularmente, de la propuesta de *CESL*), se encausa en esta dirección. Así, de llegarse a aprobar como norma legal el artículo 621-45, tal como viene redactado en el proyecto de ley del Libro sexto del Código civil de Cataluña, resultaría, si se sigue la interpretación dada con ocasión de los artículos 4:109 PECL y II.-7:207 DCFR, que la institución de la «ventaja injusta» podría alcanzar en Cataluña no solo a los supuestos en que se produjera un desequilibrio enorme entre los valores de prestación y contraprestación en la compraventa y otros contratos de carácter oneroso, sino también a aquellos otros en que, de una manera torcicera y con explotación de una de las posiciones de debilidad de la contraparte indicadas en el texto, se hubiera logrado la obtención de una ventaja manifiestamente injusta. De hecho, parece incluso que este precepto (el art. 621-45) está pensado más bien para situaciones en que la «injusticia» de la ventaja lograda no se mide tanto en parámetros de desproporción estrictamente económica entre una prestación y otra como en otro tipo de factores» [la última cursiva, mía; *Indret* (2016) p. 20; *vid.* desde p. 19].

Ahora bien, GINÉS CASTELLET es consciente de lo siguiente: «[...] no me parece tan fácil que pueda darse la posibilidad de una ventaja manifiestamente injusta en los términos que se exigen para dar lugar

[A.3] *Los efectos de la ventaja injusta*

El sujeto que sufrió la ventaja injusta («la parte perjudicada») puede rescindir el contrato (art. 621-45.1 CCCat) o pedir a la autoridad judicial *su adapta-*

a la anulación o revisión del contrato inicuo y que, al mismo tiempo, no consista en un desequilibrio económico entre las prestaciones comprometidas por ambas partes contractuales. Así, el problema que plantean los ejemplos suministrados para ilustrar tal posibilidad es que, en ellos, puede quedar más o menos claro (aunque incluso eso podría discutirse) que una de las partes, la parte débil, ha resultado desaventajada y, en cierto modo, perjudicada por el contrato (porque, i.e., ha vendido una casa por un precio justo, pero por el que no podrá adquirir otra en el mismo barrio), pero no es dable apreciar en aquellos supuestos cual es la ventaja que injustamente ha tenido que obtener la parte fuerte, a no ser que se entienda que tal ventaja es la propia celebración del contrato. Si recordamos que el acuerdo ha sido celebrado con respeto a los estándares económicos de mercado, resulta evidente que su simple conclusión no puede calificarse de superioridad o mejoría, esto es, ventaja, respecto a la otra parte. Esto es, podrá haber, en su caso, desventaja para una parte, pero no se acaba de apreciar, en los ejemplos barajados, cuál es la ventaja gravemente injusta que ha obtenido la contraparte» (cursiva mía; p. 21).

Y ante lo anterior, GINÉS CASTELLET considera: «Cabría pensar que quizá se ha querido introducir en la figura una idea de equilibrio que, hasta ahora, ha sido y es más propia del ámbito de la legislación protectora de consumidores y usuarios. Me refiero a la noción de equilibrio normativo, atinente, más que al núcleo económico del contrato, al estatuto normativo que establece su clausulado, esto es, al conjunto de derechos y obligaciones de las partes. Habría, en este caso, desequilibrio normativo relevante cuando, del entramado de derechos y deberes a favor y a cargo de las partes, se desprendiera una significativa asimetría entre los de una y los de la otra parte, siempre que esa asimetría hubiera sido el resultado de la explotación por la parte fuerte de la débil situación de la otra (que, a su vez, ha de ser una de las enunciadas taxativamente en la norma)» (cursiva mía; p. 21).

Concluye GINÉS CASTELLET: «En todo caso, preciso es apuntar que no es esta la línea por la que se apuesta en el proyecto catalán, puesto que en el segundo párrafo del art. 621-45 [que transcribo *supra*, 1200 b)] se dispone que la compraventa de consumo puede ser rescindida por ocasionar en los derechos y obligaciones de las partes un grave desequilibrio en perjuicio del consumidor contrario a las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos, además de por lo previsto en el primer apartado, y es este inciso el que lleva a pensar que, para el legislador catalán, aquella ventaja injusta es algo distinto al desequilibrio normativo, puesto que ambos dan, de por sí y por separado, al consumidor la facultad de rescindir la compraventa de consumo» (cursiva mía; p. 21).

c) *Trasladándome a otro plano, si bien cercano*, cuando GÓMEZ CALLE explica la exigencia del artículo 4:109 PECL (que transcribo *supra*, [5] [A]) de que exista el beneficio excesivo o la ventaja injusta, expone que «[l]os Comentaristas de los PECL apuntan en la dirección de que cada una de estas dos expresiones tiene un significado propio: mientras que la primera alude a aquella situación en la que existe una grave desproporción o desequilibrio económico entre las prestaciones, la segunda comprende casos en los que, pese a no haber tal disparidad, una parte ha obtenido una ventaja gravemente injusta por otras vías. Así, un grave desequilibrio en otras condiciones del contrato, distintas de las relativas al valor correspondiente de las prestaciones (p.e., sobre duración del contrato, forma de pago, plazos para el cumplimiento, cláusulas penales, causas de resolución, etc.), podría dar lugar a la apreciación de una ventaja injusta). [...] También se ha considerado que el término ventaja injusta tiene incluso un alcance más amplio, que iría más allá del propio clausulado contractual, hasta proyectarse sobre las consecuencias del contrato. En este sentido se dice que tal sería el caso cuando, p. e., se influye indebidamente a una persona en posición de debilidad para que celebre un contrato que, aunque sea equilibrado en términos económicos, aquella no pueda permitirse» [cursiva mía; (2018) p. 109]. Y en nota 283 de p. 109, GÓMEZ CALLE expone el ejemplo de la *Illustration 5* del comentario oficial del artículo 4:109 PECL, el ejemplo holandés del que doy cuenta *supra*, [19] a) [A.3], el de la viuda que vende la casa a su vecino por precio de mercado, pero no podrá comprar otra casa por ese precio en ese barrio, lo que no sabe y sí sabe su vecino en el cual confiaba. Continúa GÓMEZ CALLE exponiendo que «[e]l problema es que, como observa Ginés Castellet [apellidos, mayúsculas en el original], resulta difícil ver dónde está la ventaja injusta obtenida por la parte fuerte en este tipo de supuestos, en los que el contrato respeta los estándares económicos del mercado. A mi modo de ver [GÓMEZ CALLE], en estos casos podría plantearse la posible existencia de dolo por parte de quien oculta una información relevante que él mismo conoce, que sabe que es decisiva para el otro y que, de haber sido conocida por este, le habría disuadido de celebrar el contrato (reticencia dolosa)» (cursiva mía; pp. 109-110).

ción (art. 621-47.1 CCCat), siendo «*dos acciones alternativas*» (cursiva mía)¹²²². En relación con cada una de estas acciones:

a) Para la posible *desvinculación* del contrato, el legislador catalán *ha elegido la rescisión* (art. 621-45.1 CCCat). ¿*Es esto adecuado?* Teniendo presente «[e]l carácter híbrido [de la ventaja injusta] entre vicio del consentimiento y lesión del aprovechamiento injusto», Martín Casals considera «difícil pronunciarse sobre si hubiera sido mejor optar por la anulabilidad en vez de la rescisión»¹²²³. A su parecer, la opción por la *rescisión* «se justifica en la voluntad inicial de refundir *en una sola institución* la ventaja injusta y la rescisión por lesión, refundición que finalmente no tuvo éxito» (cursiva mía)¹²²⁴. Si la ventaja injusta se hubiera planteado «como [...] institución *separada* de la rescisión por

¹²²² a) MARTÍN CASALS (2018) p. 268. *Vid.* además las consideraciones de Barceló Compte sobre la renegociación del contrato por parte de los contratantes, *infra*, nota 1268 b).

b) Tras destacar la expresión de «if it is appropriate» [del art. II.-7:207 (2) DCFR, que transcribo *supra*, [5] [B]] «en el que, *sin lugar a dudas* [esta cursiva, mía], la ampliación del poder judicial llega incluso a la valoración preliminar de la oportunidad de dar o no curso a la solicitud de modificación y adaptación del contrato», GINÉS CASTELLET señala que «[no] es tan claro en ese sentido el texto de las *propuestas estatal* [art. 1301 PMCC de 2009, que transcribo *supra*, nota 114] y *catalana* [art. 621-47.1 del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat, que transcribo *supra*, nota 1201] *que se limitan a decir que el juez podrá a requerimiento de la parte legitimada, adaptar el contenido del contrato. Sin embargo, en mi opinión* [GINÉS CASTELLET], *el uso del verbo «poder»* [de los citados arts. 1301 PMCC de 2009 y 621-47.1 del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat] *referido a la acción del juez da pie para defender que, también en el seno de estas regulaciones* [PMCC de 2009 y Proyecto de Ley del Libro VI CCCat], *la autoridad judicial tendría la facultad de verificar con antelación el carácter apropiado de la modificación reclamada*» [cursiva mía; *InDret* (2016) pp. 46-47].

GINÉS CASTELLET considera que «si es posible mantener el contrato eliminado aquel desequilibrio o aquella ventaja manifiestamente injusta, *esa es la posibilidad por la que debe apostarse, que solo quedaría excluida si pudiera demostrarse que no es posible o extremadamente difícil ese reequilibrio y, por ello, no es apropiado el remedio*» (cursiva mía; p. 47).

¹²²³ MARTÍN CASALS (2018) p. 269; traducción mía.

¹²²⁴ a) MARTÍN CASALS (2018) p. 269; traducción mía. Para los oportunos artículos del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat, *supra*, notas 1199 a), 1201 y 1202. Sobre «la primera versión del texto articulado que la Sección de Obligaciones y Contratos de la Comisión de Codificación de Cataluña sometió al Plenario», *infra*, nota 1279 b).

b) Similar justificación *del acogimiento de la rescisión* apunta GINÉS CASTELLET, en su análisis de la ventaja injusta del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat. Según la misma, «muy probablemente la decisión de conceder el remedio de la rescisión en los contratos [...] [en el art. 621-45 del citado Proyecto de Ley] sea consecuencia directa de la previa determinación de mantener y ampliar, en el artículo posterior (621-46), la doctrina de la lesión *ultra dimidium* en una configuración que, como la actualmente vigente, conserva su perfil objetivo y basado en el resultado o contenido del contrato y no tanto en su proceso de formación. Esto es, puesto que finalmente el proyecto catalán ha apostado por dar permanencia al modelo objetivo de lesión enorme para dar solución a casos de grave desequilibrio de las prestaciones y, al mismo tiempo, hacer un hueco, al lado de esta, a la explotación injusta (que es figura que, en los términos en que queda diseñada, no existe hasta ahora en el derecho catalán), en el que la desproporción entre prestaciones o la ventaja manifiestamente injusta solo se tiene en cuenta si es provocada por un aprovechamiento injusto por una de la partes de una específica situación de debilidad de la parte perjudicada, la lógica inferencia parece haber sido la de mantener asimismo el remedio rescisorio para ambas figuras, a las que el legislador catalán agrupa bajo un mismo paraguas regulatorio, muy probablemente por la inercia de la tradición, que, en nuestro caso y en Cataluña, se inclina por el lado de la rescisión y no de la anulabilidad, y porque se hace quizá difícil el encaje de un régimen de anulabilidad en una institución del perfil de la rescisión objetiva debido al habitual enraizamiento de aquel régimen con la válida formación del consentimiento

lesión, tal vez [entiende Martín Casals] hubiera sido mejor configurar la ventaja injusta como supuesto de *anulabilidad* porque [...], junto con la lesión, requiere de elementos subjetivos, tanto por parte de quien sufre el perjuicio como de quien se aprovecha, y entonces el que se aprovecha en beneficio propio de la vulnerabilidad del otro lleva a cabo una conducta que, en sentido amplio, puede calificarse de usuraria» (cursiva mía)¹²²⁵.

contractual, en sede, pues, de proceso, y no con el resultado contractual, en sede, pues, de contenido. [...]» [Indret (2016) pp. 40-41].

¹²²⁵ a) MARTÍN CASALS (2018) p. 269; traducción mía. Por otro lado, MARTÍN CASALS considera justificable que, *en beneficio de la parte perjudicada, se abandone* la consecuencia de la nulidad absoluta prevista en los códigos alemán [§ 138 BGB, que transcribo *supra*, nota 185, b.1)] y austríaco, a fin de que dicha parte decida si quiere mantener el contrato, en vez de obtener la declaración de ineficacia. En cambio, MARTÍN CASALS entiende *más difícil de justificar* que, *quien se aprovecha de la vulnerabilidad del otro contratante*, tenga un contrato, que si bien es rescindible, sea válido mientras no se rescinda, y también que, una vez rescindido el contrato, se mantengan los efectos producidos, sea en su totalidad, lo que le permitiría hacer suyos todos los frutos de la cosa o los intereses del precio (cfr. art. 1295 CC) o, como mínimo, como decía el anterior artículo 324 CDCC [que transcribo *infra*, nota 1241, a)], los que fueran anteriores a la reclamación judicial.

b) *Ciertamente*, se discute sobre si es mejor aplicar la rescisión o la anulabilidad al supuesto de la ventaja injusta del Código civil de Cataluña (en cuanto al Código civil estatal, *supra*, [20] [A]). Sin perjuicio de lo que indico *infra*, en el cuerpo del texto y en la siguiente [D], para Barceló Compte, y *supra*, en la nota inmediatamente anterior, en b), para Ginés Castellet, apunto ahora:

b.1) DEL POZO CARRASOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA destacan haber «analizado [en su *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*] dicha institución [de la ventaja injusta] dentro del marco general del análisis de los vicios de la voluntad [lo hacen en pp. 246-250; *vid.* p. 233], vicios que dan lugar, por lo general, a la anulación del contrato. Sin embargo, a pesar de la existencia de un vicio del consentimiento, la ley [CCCc] no permite la anulación del contrato, sino que considera que dicho contrato es válido. Lo que sí permite la ley es la rescisión del contrato cuando dicho vicio va acompañado del aprovechamiento de la situación por la otra parte para la obtención de un beneficio excesivo o una ventaja injusta. *En definitiva, estamos ante un vicio del consentimiento al que la ley no concede la relevancia suficiente para posibilitar la anulación del contrato, pero sí la rescisión del mismo si se da el requisito que suele acompañar a los supuestos de rescisión de los contratos: el perjuicio, lesión o injusticia para una de las partes* [sus afirmaciones las hacen en su exposición de la rescisión]» [cursiva mía; (2021) pp. 401-402].

b.2) Según GARCÍA RUBIO, «la opción [del art. 621-45 CCCat] por la rescisión del contrato en lugar de la anulación del mismo que es la preferida en la mayor parte de los textos comparados, supone un mayor grado de intervencionismo judicial en la relación entre las partes, aunque solo sea porque la anulación no exige la reclamación ante un juez, ya que también puede ser realizada mediante una notificación unilateral de la persona legitimada»; añade, «aunque no se dan razones explícitas, la sanción prevista por el legislador catalán [de la rescisión] se suele relacionar con la tradición catalana de la rescisión por lesión. En este sentido conviene indicar que las citadas reglas [de los arts. 621-45 y 621-47.1 CCCat] no se cohestan demasiado con la configuración que venía teniendo la figura en la Compilación catalana, sino que más bien se parecen a la rescisión navarra [de la que doy cuenta *infra*, [142] [B]]. En efecto, según entienden de la mejor doctrina y ha confirmado la jurisprudencia recaída sobre las normas compiladas, en Derecho catalán la rescisión responde a un fundamento objetivo y no a un estado de vulnerabilidad de una de las partes del contrato. *Por su parte, muchos autores relacionan esa situación de vulnerabilidad que ahora regulan los modernos textos sobre Derecho contractual con los vicios del consentimiento y, en consecuencia, le atribuyen un fundamento de tipo principalmente subjetivo, subjetividad que también queda clara en la formulación de las circunstancias que conforman el supuesto de hecho de la norma catalana. No ha de extrañar pues que algunos autores catalanes hayan mostrado ya su disconformidad con la solución en su día propuesta, que finalmente ha sido la de la ley, considerando que para esta ventaja injusta, fundada en criterios subjetivos, era más adecuada la sanción de la anulabilidad que la de la rescisión*» [cursiva mía; (2018) pp. 28-29].

*En otro orden de consideraciones, Martín Casals considera que la nueva regulación hubiera debido indicar algo más sobre la rescisión del contrato, más allá de la mera referencia al plazo de ejercicio de la acción en el artículo 621-48 CCCat (que añadido, son cuatro años desde la conclusión del contrato, plazo de caducidad); en este sentido, apunta Miquel Casals, qué sucede si el lesionado por la ventaja injusta no puede restituir lo adquirido o no puede hacerlo el beneficiado por la misma, ya que dejar la solución de estos problemas a la aplicación supletoria del Código civil español incrementa las incertidumbres que la institución introduce*¹²²⁶.

b) Sobre la *adaptación del contrato*, Martín Casals también considera criticable la parquedad de su regulación¹²²⁷.

Destaca el autor la opción de *legitimar para su ejercicio solo al perjudicado*, pues no parece aceptable legitimar al beneficiado por el contrato, lo que «indica que, en el difícil equilibrio entre vicio y lesión» que contiene la ventaja injusta, se da más relevancia «a la vulneración de la plena libertad contractual del perjudicado y al carácter reprobable de la conducta de quien se aprovecha, que a la lesión o desequilibrio económico que produce el contrato»¹²²⁸. Sobre *cómo ha de procederse en la adaptación*, debe hacerse de conformidad con «la práctica contractual prevalente en el momento de su conclusión y a las exigencias de la buena fe y la honradez de los tratos» (art. 621-47.1 CCCat). Esto se traduce en que *el juez*, «a petición de la parte perjudicada, pueda reconducir el contrato al

Más adelante, para el artículo 621-45 CCCat, GARCÍA RUBIO apunta «[...] que tal vez pudiera estar en la línea de la rescisión por lesión aunque, como hemos dicho, parece más adecuado llevarlo a la sanción prevista para todos los vicios del consentimiento, es decir, la anulabilidad» (cursiva mía; p. 29).

¹²²⁶ a) MARTÍN CASALS (2018) p. 269.

Según DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, «[e]n cuanto a los efectos de la rescisión [por la ventaja injusta], cabe entender que se aplica el régimen general del art. 1295 CCEsp» [(2021) p. 402]. Sobre el funcionamiento de la acción rescisoria, BARCELÓ COMTE (2010) pp. 181-190.

b) Para el entonces artículo 621-45 del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat [que transcribo *supra*, nota 1199, a)] y previendo la derogación de los artículos 321 a 325 CDCC [que transcribo *infra*, nota 1241, a)], GINÉS CASTELLET apunta que «[l]a cuestión será, pues, la de elucidar cuál será el régimen a aplicar a la rescisión prevista en los artículos 621-45 y 621-46 [del entonces Proyecto de Ley], en lo que no queda regulado en la nueva normativa [esto es, a salvo lo dispuesto en el art. 621-48 del Proyecto de Ley], así, *llamativamente, en cuanto a los efectos. De entrada, parece que lo más sencillo sería abogar por la aplicación del régimen previsto en los artículos 1290 y siguientes del Código civil estatal, en virtud de lo que se dispone en el artículo 149.3 de la Constitución Española. De todos modos, preciso es tener en cuenta que, si se entiende que la regulación de la rescisión del Código civil estatal se opone a las disposiciones del derecho civil catalán o a los principios generales que lo informan, podría llegar a quedar excluida la aplicación del derecho supletorio, en virtud de lo establecido en el art. 111-5 CCCat [que transcribo en esta misma nota, último párrafo]. Algún argumento podría encontrarse para defender esto último, y es que, como se ha puesto reiteradamente de manifiesto, la rescisión por lesión prevista en el CCE [Código civil español] y la prevista en el Derecho civil catalán parten, ambas, de hipótesis normativas distintas. [...] Sin una remisión legal explícita [a la rescisión por lesión del Código civil español], puede ponerse en tela de juicio, con mayor razón y a la luz de lo indicado en el art. 111-5 CCCat [que transcribo en esta misma nota, último párrafo], la bondad de una aplicación supletoria del régimen de la rescisión del Código civil estatal» [cursiva mía; *Indret* (2016) p. 42; *vid. desde* p. 41].*

Artículo 111-5 CCCat: «Preferencia y supletoriedad/ Las disposiciones del derecho civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras. El derecho supletorio solo rige en la medida en que no se opone a las disposiciones del derecho civil de Cataluña o a los principios generales que lo informan».

¹²²⁷ MARTÍN CASALS (2018) p. 269.

¹²²⁸ MARTÍN CASALS (2018) p. 270; traducción mía.

que, atendidas las circunstancias objetivas y subjetivas, hubiera sido el equilibrio de intereses más probablemente establecido por las partes en caso de que la parte beneficiada no hubiera explotado la vulnerabilidad de quien solicita la adaptación» (cursiva mía)¹²²⁹. Martín Casals reconoce que se permite al juez inmiscuirse en lo que las partes pactaron, pero, se justifica en que la adaptación la pide quien padeció el que el otro se aprovechara de su vulnerabilidad y no cabe objetar, por el que se aprovechó y al que se le impone la adaptación, que para respetarse su autonomía de la voluntad, la adaptación del contrato solo habría de permitirse si consta claramente la voluntad «del comprador» beneficiado de llevar a cabo el contrato oneroso por precio no lesivo, dado que no debe olvidarse que el beneficiado hizo un uso abusivo en beneficio propio de las reglas de la autonomía de la voluntad que amparan el proceso negociador¹²³⁰. Además, «el art. 621-47.1 CCCat no da carta blanca al juez, sino que marca unos parámetros que, si bien son conceptos jurídicos indeterminados, tal vez sean los únicos que permiten resolver en cada concreto caso de manera justa, o si se prefiere, socialmente adecuada, casos como estos en los que los supuestos de hecho no se pueden determinar de una manera más específica y concreta»¹²³¹.

Verdaderamente, la cuestión de si el legitimado para solicitar la adaptación del contrato solo tendría que ser el perjudicado (como dispone el artículo 621-47.1 CCCat) o solo el beneficiado o ambos, es objeto de reflexión entre los autores. Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Capdevila apuntan que, con la opción del artículo 621-47.1 CCCat de legitimar solo al perjudicado, «[p]arece [...] que se quiera castigar la mala fe de» quien «se aprovecha de la situación de debilidad de la otra», puesto que «a aquella podría interesarle celebrar el contrato en las condiciones acordadas» y no «en las condiciones una vez realizada la adaptación, por mucho que esta adaptación se haga conforme a las exigencias de la buena fe y la justicia» (cursiva mía)¹²³². Lo ilustran así: «si [...] se ha acordado una venta a un precio reducido, al comprador podrá no interesarle realizar la venta al precio superior fijado por el juez al que la víctima solicita que adapte el contrato, aunque dicho precio sea el precio justo»¹²³³. A su entender, la «facultad de adaptación debe [...] ser ejercitada por el juez con cierta prudencia, y [...], en la línea del art. II.-7:203(3) DCFR [aplicable al error común], debería ser preciso que los términos de la adaptación fuesen conformes con la voluntad de las partes» (cursiva mía)¹²³⁴.

¹²²⁹ MARTÍN CASALS (2018) p. 270; traducción mía.

¹²³⁰ MARTÍN CASALS (2018) p. 270; traducción mía.

¹²³¹ MARTÍN CASALS (2018) p. 271, traducción mía.

Sobre la adaptación del contrato, además BARCELÓ COMPTE (2019) pp. 226-228. Para el artículo 621-47 del Proyecto de Libro VI del CCCat, GINÉS CASTELLET, *InDret* (2016) pp. 48-50.

¹²³² DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 402.

¹²³³ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 402.

¹²³⁴ a) DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 402.

b) Y sobre la adaptación del contrato para el supuesto del error común del artículo II.-7:203 DCFR: b.1) *En lo que ahora interesa*, el artículo II.-7:203 DCFR dispone: «Adaptation of contract in case of mistake/ (1) If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party performs, or indicates a willingness to perform, the obligations under the contract as it was understood by the party entitled to avoid it, the contract is treated as having been concluded as that party understood it. This applies only if the other party performs, or indicates a willingness to perform, without undue delay after being infor-

med of the manner in which the party entitled to avoid it understood the contract and before that party acts in reliance on any notice of avoidance./ (2) [...] (3) Where both parties have made *the same mistake*, the court may at the request of either party bring the contract into accordance *with what might reasonably have been agreed had the mistake not occurred*» (cursiva mía).

b.2) En el *Comment B* del artículo se lee, que «[e]n casos en los cuales el contrato puede ser anulado porque ambas partes tienen el mismo error, se aplica el apartado (1) [del art. II.-7:203 DCFR]. Así, si una parte parece que obtiene la ventaja del error y la otra parte obtiene la pérdida, la primera puede ofrecer cumplir el contrato del modo en que inicialmente fue entendido por la segunda. *Pero si no está claro que una de las partes obtenga mayores desventajas que la otra, o la parte que obtiene las ganancias no está preparada para cumplir el contrato como fue inicialmente entendido, puede ser más apropiado ajustar el contrato, que meramente anularlo.* En este caso el apartado (3) [del art. II.-7:203 DCFR] permite a ambas partes solicitar del tribunal el reajuste del contrato *de modo que refleje lo que podrían haber acordado si no hubiera tenido lugar el error*» [cursiva mía; (2009) p. 484]. Lo anterior se ilustra en la *Illustration 2*: «Los hechos son los de la *Illustración 1* [de los doy cuenta en esta misma nota, en b) *in fine*], salvo que ambas partes estaban en un error acerca de la cantidad de trabajo necesaria. El empleador [el comitente] puede señalar su voluntad de liberar al constructor del trabajo extra bajo el amparo del apartado (1) [del art. II.-7:203 DCFR]. *Alternativamente, cualquiera de las partes pueden solicitar del tribunal la adaptación del contrato al amparo del apartado (3)* [del art. II.-7:203 DCFR]. *En tal caso el tribunal podría aplicar tarifas contractuales para el trabajo adicional, con los apropiados ajustes para el volumen del trabajo involucrado*» (cursiva mía; p. 485).

En el *Comment B* también se advierte que en *ocasion*es resulta claro que, *si no hubiera sido por el error, las partes no hubieran celebrado el contrato y en tal caso la adaptación no sería apropiada* (p. 485). En la *Illustration 3*: «A vende una pintura, sobre la cual las partes piensan que es de un artista poco conocido, a B por 500 €. Después descubren que la pintura es de un muy conocido artista y su valor es de 50.000 €. B puede no tener la posibilidad de pagar 50.000 €. A puede anular el contrato; el contrato no será adaptado hasta que B pague a A el verdadero valor de la pintura» (p. 485). Igualmente, si tiene lugar un *subsecuente* cambio en la situación de una de las partes, *que puede hacer inadecuada la adaptación del contrato* (p. 485) y así en la *Illustration 4*: «Las partes de un contrato de edificación compartían el error consistente en que pensaban que el trabajo involucrado sería menor del que realmente requería el caso. Si hubieran conocido la verdadera cantidad de trabajo, el constructor habría acordado hacer todo el trabajo bajo la misma unidad de precio del contrato, pero, con posterioridad, aceptó otro trabajo y no puede hacer el trabajo extra del contrato que celebró. No es apropiada la adaptación y el contrato puede ser anulado» (p. 485).

En la antes aludida *Illustration 1* se explica: «Un constructor empleado para poner suelos en un gran edificio tuvo un error esencial sobre la cantidad de trabajo necesaria. El error había sido conocido por la otra parte contratante. De ahí que el constructor tuviera derecho a anular el contrato. El empleador [comitente] ofrece al constructor liberarse del trabajo extra sin ninguna reducción en el precio. El constructor no puede anular el contrato» (p. 484).

c) El expuesto artículo II.-7:203 DCFR es el precepto equivante al artículo 4:105 PECL. Según MORALES MORENO, «[e]sta norma [art. 4:105 (3) PECL] adolece de cierta oscuridad, que el comentario [del artículo] no desvanece totalmente. [...] *La adaptación judicial del contrato ha de hacerse conforme a lo que razonablemente hubiera podido ser querido por las partes si no se hubiera producido el error. El criterio de adaptación creo [MORALES MORENO] que debe extraerse de la regulación del propio contrato.* Por ejemplo, si la obra supone mayor trabajo, se incrementará el precio de esta, conforme a los precios del contrato. *Atender a la voluntad previsible de las partes implica también establecer límites a la facultad de adaptación judicial. No cabrá adaptar el contrato si, razonablemente, puede entenderse que alguno de los contratantes no lo habría celebrado en los términos de la adaptación.* Por ejemplo, tomando en cuenta el incremento del costo que implica el mayor trabajo requerido, el precio de la obra se distancia de la previsión inicial en tales términos que es razonable pensar que el comitente no hubiera estado dispuesto a pagar ese precio» [cursiva mía; (2003) pp. 393-394].

d) *Más allá de lo anterior*, son de interés las consideraciones de MOMBORG URIBE, que recorre y explica distintos instrumentos sobre contratos (Principios UNIDROIT, PECL, DCFR, CESL y CISG), por un lado, sobre las *mayores facultades otorgadas al juez para intervenir en el contenido del contrato*, y por otro, sobre las facultades que, tradicionalmente atribuidas al juez, han pasado a ser de la parte afectada por un vicio o por un incumplimiento [Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte (2014) pp. 277-304]. En sus conclusiones y en lo que interesa, MOMBORG URIBE señala que su trabajo «permite concluir que *el rol del juez ha variado, pasando de resguardar meramente los aspectos procedimentales del contrato a proteger la justicia del acuerdo, con facultades tanto para preservarlo como para adaptarlo, teniendo en vista la satisfac-*

Por su parte, Barceló Compte entiende que «*la parte perjudicada por el resultado del contrato no debería ser la única legitimada para ejercer el derecho potestativo de reclamar una adaptación del contrato en términos de equidad, sino que resulta más razonable que ante la demanda de pretensión extintiva de la parte perjudicada, se le otorgue a la parte no perjudicada por el contrato la posibilidad de instar la adaptación del contrato en términos equitativos, tal y como establece actualmente el artículo 621-47.2 CCCat para los casos de lesión en más de la mitad (cursiva mía)*», y también considera que «podría, la parte débil, incluir en su demanda una petición de adaptación del contrato, quedando a elección de la parte beneficiada [...] la adaptación o extinción del mismo» (cursiva mía)¹²³⁵. Con esto, «el papel del juez quedaría relegado en un segundo plano y se evitaría un exceso de discrecionalidad judicial»¹²³⁶. En definitiva, para Barceló Compte, «debería legitimarse a ambas [perjudicada y beneficiada] en cuanto a la posibilidad de solicitar una adaptación del contrato» (cursiva mía), pues, por un lado, «en la ventaja injusta existe un consentimiento prestado de una forma no totalmente libre que acarrea [...] la celebración de un contrato en perjuicio de una parte» y cabe otorgarle «la posibilidad [...] de solicitar una adaptación de los términos del contrato», y por otro, ha de permitirse «que la otra parte [la beneficiada] pueda solicitar, también, la modificación del contrato ya que el recurso de la ventaja/explotación injusta no pretende, bajo nuestro punto de vista, sancionar a la parte que ha resultado beneficiada por el contrato, sino sobre todo proteger al contratante más débil» y «[e]l juez, en estos casos, deberá atender a la voluntad de ambas partes»¹²³⁷.

ción de los intereses de las partes, y en particular, de aquella afectada por un vicio de nulidad, por el incumplimiento de la otra parte o que se encontraba en una situación de inferioridad respecto de la otra. [...] es interesante destacar que el rol del juez en el moderno derecho de contratos no solo ha implicado otorgarle mayores facultades para intervenir en el acuerdo, [...] / La tendencia de otorgar mayores facultades a los tribunales puede considerarse consecuencia de una mayor moralización de las relaciones contractuales, en que la libertad contractual y la fuerza obligatoria del contrato han sido morigeradas por una aplicación efectiva del principio de buena fe, de los deberes de cooperación, del principio de conservación del contrato y de la protección de los intereses de la parte débil o desventajada» (cursiva mía; p. 300).

¹²³⁵ BARCELÓ COMPTE (2019) pp. 216-217.

¹²³⁶ BARCELÓ COMPTE (2019) p. 217.

¹²³⁷ BARCELÓ COMPTE (2019) pp. 217-218. Expone además:

«[...] consideramos [BARCELÓ COMPTE] una medida más prudente la que hallamos en la fórmula prevista en la propuesta de ventaja injusta contenida en el texto articulado presentado por Bosch Capdevila, Del Pozo Carrascosa y Vaquer Aloy [apellidos, mayúsculas en el original], que la alejan del patrón subjetivista del castigo o sanción civil, y destacan la vertiente objetiva de la figura relativa al reequilibrio entre las prestaciones, siguiendo la orientación marcada por la lesión catalana [art. 621-47.2 CCCat] y la *rebus* italiana [art. 1467.III CC ita.]; el art. 56(3) de dicha propuesta establece que: «El juez, a petición de la parte que haya recibido la notificación de anulación, puede adaptar el contrato a las exigencias de la buena fe y a los usos del tráfico jurídico». Sin embargo, y pese a preferir esta solución [de la Propuesta de Bosch Cadevila, Del Pozo Carrascosa y Vaquer Aloy] a la anterior, consideramos [BARCELÓ COMPTE] más adecuado legitimar también a la parte perjudicada por el resultado del contrato, permitiéndole asimismo solicitar también la adaptación del mismo, de tal modo que la otra parte, en la contestación a la demanda, podría reconvenir solicitando o bien la adaptación o extinción del contrato, reduciendo así el alcance del poder que se atribuye al juez. La opción por la *reductio ad aequitatem* que reproducen los arts. 621-47.2 CCCat [que transcribo *infra*, en el cuerpo del texto y siguiente [B.1]] y el 1450 CCit para los casos de lesión en más de la mitad debería contemplarse, pues, en los casos de ventaja injusta, ya que dicho remedio permite reajustar la relación de valor entre las prestaciones, garantizando así su plena eficacia y satisfaciendo los intereses de ambas partes.

Por último, para el entonces artículo 621-47.1 del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat (y también para el art. 1301 PMCC de 2009, que transcribo *supra*, nota 114) y acerca de que el perjudicado sea el único legitimado para la petición de la adaptación del contrato, considera Ginés Castellet que «parece que puede afirmarse [...] [que el] planteamiento [...] de las propuestas estatal y catalana es que la situación de la parte causante del daño debe ser evaluada bajo el aspecto del comportamiento usurario que no merita protección alguna»¹²³⁸. Que el «que provoca la lesión» no pueda «exigir la anulación/rescisión del contrato contra la voluntad del lesionado[,] ni imponer una reducción parcial de las prestaciones o una adaptación a los estándares que puedan requerir, al parecer de la autoridad judicial, los principios de buena fe y honradez en los tratos», «[p]arece que se entiende que ello podría suponer una incitación a la lesión, partiendo de que, después de su tentativa de explotación, podría salvar el contrato exigiendo una prestación «normal» o ajustando el contrato a un patrón de «normalidad»»¹²³⁹. *Ahora bien*, a Ginés Castellet le «parece más adecuada, la perspectiva de los textos no nacionales [DCFR, Principios UNIDROIT] [que] es menos subjetivista: no importan tanto el «castigo», la «represión» de una determinada conducta como la obtención de un resultado más proporcionado, lo que implica, a su vez, volver de nuevo los ojos no tanto a lo que quieren las partes sino a lo que «quiere» el contrato»¹²⁴⁰.

[B] *La lesión en más de la mitad*

Los artículos 321 a 325 CDCC regulaban la rescisión por lesión¹²⁴¹,

En conclusión, *nos resulta turbadora la omisión de cualquier referencia a la parte beneficiada en relación con la posibilidad de solicitar una adaptación del contrato. A nuestro modo de ver [BARCELÓ COMPTE], la ventaja injusta no constituye un supuesto de sanción civil (la actuación de la parte beneficiada podría calificarse, como venimos diciendo, a lo sumo, de cuasi dolosa) ni debe configurarse la misma como un castigo para la parte beneficiada por el resultado final del contrato. La protección de la parte débil que aborda la ventaja injusta no permite desarrollar dos remedios (adaptación y rescisión/anulación) que deben establecerse permitiendo una conciliación de los deseos de ambos contratantes, signatarios del contrato original. El contrato modificado o adaptado no puede alejarse, en exceso, de la vinculación original proyectada entre las partes.*

*Así, bajo nuestro punto de vista [BARCELÓ COMPTE], si únicamente se reconoce la legitimación para solicitar la adaptación a la parte contractualmente más débil o perjudicada por el contrato (según la redacción dada por el art. 1301 PMCC de 2009 [que transcribo *supra*, nota 114], el art. 527-9 PAPDC y el art. 621-47.1 CCCat), la parte beneficiada podría verse obligada, contra su voluntad, a pasar por un contrato al que no ha prestado su consentimiento, y ante cuya imposición, pueda preferir la rescisión» [cursiva mía; (2019) pp. 218-219].*

¹²³⁸ GINÉS CASTELLET, *InDret* (2016) p. 44.

¹²³⁹ GINÉS CASTELLET, *InDret* (2016) p. 44.

¹²⁴⁰ GINÉS CASTELLET, *InDret* (2016) p. 44.

¹²⁴¹ a) *Los textos jurídicos*. Artículo 321 CDCC: «Los contratos de compraventa, permuta y demás de carácter oneroso, relativos a bienes inmuebles, en que el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, serán rescindibles a su instancia, aunque en el contrato concurren todos los requisitos necesarios para su validez.

No procederá esta acción rescisoria en las compraventas o enajenaciones hechas mediante subasta pública, ni en aquellos contratos en los que el precio o contraprestación haya sido decisivamente determinado por el carácter aleatorio o litigioso de lo adquirido o por el deseo de liberalidad del enajenante. En las ventas a carta de gracia o con pacto de retroventa no podrá ejercitarse dicha acción rescisoria hasta que se haya extinguido o caducado el derecho de redimir, «lluir», «quitar» o recuperar.

Artículo 322 CDCC: «La acción rescisoria a que se refiere el artículo anterior es de naturaleza personal, transmisible a los herederos, y caduca a los cuatro años de la fecha del contrato. Solo será renuncia-

ble después de celebrado el contrato lesivo, excepto en Tortosa y su antiguo territorio, dónde la renuncia podrá hacerse en el mismo contrato».

Artículo 323 CDCC: «Enajenadas varias cosas en el mismo contrato, solamente procederá la rescisión tomándolas en conjunto y por su valor total, aunque se especificare el precio o valor de cada una de ellas.

Para apreciar la existencia de la lesión se atenderá al justo precio, o sea, el valor en venta que las cosas tuvieran al tiempo de otorgarse el contrato en relación a otras de igual o análogas circunstancias en la respectiva localidad, aunque el contrato se consumara después».

Artículo 324 CDCC: «Será aplicable a la rescisión lo dispuesto en el artículo 1295 del Código civil, pero no tendrán que ser restituidos los frutos o intereses anteriores a la reclamación judicial, y habrán de ser abonados los gastos extraordinarios de conservación o refacción y las mejoras útiles».

Artículo 325 CDCC: «El comprador o adquirente demandado podrá evitar la rescisión mediante el pago en dinero al vendedor o enajenante del complemento del precio o valor lesivos, con los intereses, a contar de la consumación del contrato».

b) *Algunas sentencias sobre rescisión por lesión.* Al elaborar este trabajo me he encontrado con las siguientes sentencias:

b.1) *Del Tribunal Supremo:*

b.1.1) De la STS, 1.^a, 13.12.2000 (Pte. Excmo. Sr. D. José Ramón Vázquez Sandes) me ocupo *supra*, [87] [C] al tratar del dolo de parte y de tercero. *Para ahora*, recuerdo que el Tribunal Supremo entiende que hubo lesión en más de la mitad del justo precio y aplica los artículos 323 y ss CDCC (FD 5.º y 6.º). Vid. VAQUER ALOY, CCJC (2001) pp. 629-632. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

b.1.2) En la STS, 1.^a, 31.03.1973 (Pte. Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca; Cendoj, Roj STS 177/1973), Pedro Jesús (vendedor) demanda a Ana (su hija, compradora) la rescisión por lesión *ultra dimidium* de la venta del inmueble hecha el 17.07.1968 (rdo 1.º). En primera instancia se desestima la demanda (rdo 4.º). Alexander, hijo y heredero del fallecido Pedro Jesús, apela y en segunda instancia se confirma la sentencia de primera instancia (rdo 5.º). Alexander recurre en casación y entre otros motivos alega violación e infracción del artículo 323 CDCC (motivo 3.º) e incongruencia de la sentencia (motivo 4.º) (rdo 6.º). El Tribunal Supremo entiende que *no puede apreciarse la excepción a la rescisión por lesión, consistente en el deseo de liberalidad del enajenante* (art. 321.II CDCC) y casa (Fallo). Teniendo en cuenta lo descrito y en lo que interesa, el Tribunal Supremo manifiesta:

b.1.2.1) «[...] que en la demanda se ejercitaba la acción de rescisión de la compraventa de la finca [...] por lesión «ultra dimidium», contra la hija [Ana] del actor [Pedro Jesús], alegando el demandante [Pedro Jesús] que se la había vendido en precio de 50.000 pesetas, cuando, su valor en aquella fecha, alcanzaba el de 480.000 pesetas, sosteniendo, en defensa de su pretensión: a) que la propia escritura probada [*sic*; probaba] que la venta no había sido realizada en subasta pública, ni el precio había sido determinado por el carácter aleatorio o litigioso de la adquisición, ni por el deseo de liberalidad del enajenante, por lo que no existían los requisitos que vedan la acción de rescisión por lesión, señalados en el número 323 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña; b) que no había renunciado con posterioridad a la compraventa, al ejercicio de la acción rescisoria» [*sic*] «engany a mitjés»; por lo que terminaba suplicando se rescindiera por lesión el expresado contrato de compraventa, requiriendo a la demandada [Ana] para que, dentro del plazo que se le señalase, otorgara la correspondiente escritura de rescisión, o en su lugar lo hiciera el Juzgado, si ella se negara» (cdo 2.º).

b.1.2.2) «[...] que en la sentencia impugnada [...] establece como base de su fallo absoluto: «Que dada la acción ejercitada, la relación familiar y convivencia de los litigantes, la extraordinaria diferencia entre el valor peritado y el precio confesado e incluso el expresado en el documento que se dice firmado por el vendedor [Pedro Jesús], y de modo especial, los que se han traído a la vista, certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, revelador del carácter versátil del fallecido demandante [Pedro Jesús] que, después del acto que se trata de rescindir, otorga hasta cinco testamentos en pocos meses, el contenido del último, en el que después de afirmar que la demandada [Ana] se hallaba pagada de sus derechos legítimos, que le lega estos derechos para el supuesto de que, prosperando la demanda perdiese la finca, y por último, la referencia [*sic*] actos dispositivos... permiten estimar la liberalidad del demandante [Pedro Jesús] de la que se arrepintió... y este deseo de liberalidad según el artículo 323 de la Compilación, que gobierna hoy la motivación de la rescisión por lesión, determina la improcedencia de la acción ejercitada» (cdo 5.º).

b.1.2.3) Que el recurrente en casación Alexander alega incongruencia de la sentencia (art. 359 LEC) «porque, en su sentir, la sentencia decide un punto litigioso que no ha sido objeto del pleito» (cdo 7.º) y, «verdaderamente [dice el Tribunal Supremo], la sentencia recurrida incide en ese acusado vicio [de incon-

gruencia], porque, como acertadamente sostiene el recurrente [Alexander]: a) La parte actora [Pedro Jesús] interpuso la acción rescisoria por lesión, prevista en el artículo 323 de la Compilación, por entender que en la compraventa en cuestión se había producido la lesión en el precio, pues se había vendido la finca en 50.000 pesetas, cuando se acreditó que en el momento de la venta valía 480.000 pesetas, b) La parte demandada [Ana] fundó y [sic] su oposición única y exclusivamente en el «quantum» o importe de esa lesión, o lo que es lo mismo, en alegar que no existía daño en la mitad del precio, —pues había sido complementate [sic; completado]—, pero ni una sola vez, en su oposición, aparece la palabra «liberalidad», ni se contiene la menor alusión o referencia a esa circunstancia obstativa; c) La existencia de liberalidad es una excepción a la procedencia de la acción, y para que sea estimada tiene que ser aducida por la parte demandada [Ana], pues, en otro caso, la— [sic] sentencia no puede entrar a conocer de ella sin incurrir en la incongruencia que da base a la casación por esta vía del número segundo del artículo 1.-692 [sic] de la Ley procesal, al violar lo dispuesto en el artículo 359 de la— [sic] propia Ley d) Sin embargo, se estima la existencia de una liberalidad que no había sido aducida ni opuesta por la parte demandada [Ana], y que, por tanto, no se había ventilado en el procedimiento, ni sobre ella se había practicado prueba alguna en el período correspondientes [sic], por lo que, en realidad, vino a decidir un punto, litigioso que no había sido objeto de debate» (cdo 8.º).

b.2) *Del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña:*

b.2.1) De la STSJC 14.02.2008 (Pte. Ilmo. Sr. D. Ramón Foncillas Sopera) doy cuenta *supra*, nota 304, al referirme a la doctrina que considera que hay falta de causa en el contrato de renta vitalicia si son desproporcionados los riesgos asumidos por cada una de las partes contratantes en el momento de su celebración (para los hechos igualmente me remito a dicha nota 304). Pues bien, en esta sentencia, la recurrente en casación (*Congregación de los Sagrados Corazones*) también solicitaba la rescisión por lesión ya que no hubo justo precio, lo que no se estima, pues la *Congregación* no prueba cuál es el valor del inmueble transmitido con lo que no puede hacerse la comparación necesaria para determinar si hubo o no lesión.

Sobre la alegación de la *Congregación de los Sagrados Corazones* y cómo se entiende la rescisión por lesión aplicada al contrato de renta vitalicia, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña explica:

«Sostiene la parte [la *Congregación de los Sagrados Corazones*] que no concurre el requisito del justo precio del bien transmitido para lo que defiende la valoración más elevada de las realizadas en el juicio que la del perito designado a su instancia, y que se ha producido por consiguiente la lesión en más de la mitad de dicho precio justo, habida cuenta de la desproporción con la carga asumida por la demandada [Paulina], representada por la suma de las pensiones que abonó y por la de las que en cualquier caso hubiera podido llegar a abonar. Hay que señalar [dice el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña] que la parte [*Congregación de los Sagrados Corazones*] ha puesto en todo momento el énfasis en los conceptos valor real del bien y precio realmente asumido por la demandada [Paulina], colocando en la comparación de tales elementos clásicos, propios de la figura más característicamente rescindible como es la compraventa, el eventual resultado de la vulneración en más de la mitad del precio justo. Sin abandonar del todo esta postura, que viene a conformar el primero de los dos motivos, la parte [*Congregación de los Sagrados Corazones*] ha llegado a conocer la existencia de la sentencia de este Tribunal Superior de 18 de septiembre de 2006 en la que se aborda el examen de la rescisión en relación con el concreto contrato aleatorio de renta vitalicia, ofreciendo una nueva perspectiva más adecuada a la naturaleza del contrato en cuestión y basada en la equivalencia del riesgo en el momento de constitución de la renta, siendo tal equivalencia la piedra angular sobre la que descansa la consideración de la figura y la que debe llevar a la conclusión de la renta justa y adecuada, atendidas las circunstancias personales de la constituyente [Beatriz] y objetivas del valor del bien. Por ello se articula el segundo de los motivos basados en la rescisión por lesión en la infracción también del art. 321 de la Compilación pero a la luz del criterio establecido en la referida sentencia. Por razones lógicas y sistemáticas, dada la íntima relación de los dos motivos [de casación], se considera adecuado un examen conjunto de los mismos, enfocando la cuestión de la incidencia de la figura de la rescisión por lesión sobre la peculiaridad del contrato de renta vitalicia.

Las sentencias recaídas en las dos instancias no ponen ninguna objeción a la posibilidad de aplicar la institución de la rescisión por lesión a los contratos aleatorios como el de autos, según el criterio establecido en la sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 2003 y seguido por la de 18 de septiembre de 2006 que hace un acabado análisis de la cuestión, centrado en la especificidad del contrato de renta vitalicia y en la modulación o precisión que del concepto de justo precio debe hacerse a fin de encajar adecuadamente el particular contrato en el plano general de la rescisión por lesión. *Esta última sentencia no ve razones jurídicas válidas para negar la posibilidad de la existencia de lesión en aquellos contratos aleatorios en los*

rescisión de carácter objetivo¹²⁴². Dichos artículos han sido *sustituidos* por los

que sea posible valorar el riesgo y, por ende, la proporcionalidad de las prestaciones. Indica que para evaluar tal proporcionalidad o hacer el juicio sobre la equivalencia del riesgo habrá que atender a un elemento cierto y determinado cual es el valor del inmueble y a otro incierto, en el que radica el factor de aleatoriedad, que es la duración de la obligación de pagar la renta, en función de la duración de la vida de la preceptora [sic; perceptora]. La consideración de ambos elementos, con las dificultades de valorar el segundo de ellos si no es mediante la introducción de cálculos actuariales y estadísticos con finalidad prospectiva, de aproximación al factor de riesgo, es lo que llevará a apreciar si se ha producido una desproporción o lesión objetiva en la fijación de la cuantía de la pensión y ello atendiendo al momento mismo de la conclusión del negocio jurídico, no pudiendo situarse el momento de valoración cuando se produce la llegada del término, muerte de la persona perceptora de la renta –la parte aquí recurrente [Congregación de los Sagrados Corazones] tiende a la equivocación de poner el énfasis en dicho momento del fallecimiento para tratar de presentar el elemento comparativo de la cantidad realmente abonada por pensiones o incluso por la que se habría llegado a abonar partiendo de una hipótesis de mayor duración de la vida de Doña Beatriz – Como claramente establece nuestra anterior sentencia, habrá que examinar si en el momento de concluir el negocio este equilibrio de las posibilidades de ganancias o pérdidas para cada una de las partes, propia de los contratos aleatorios, existió o bien resultó muy desproporcionado el riesgo que ambas corrían, en cuyo caso podría rescindirse y, lógicamente, si es después de celebrado el contrato cuando se produce el desequilibrio por la llegada del término, el negocio no podría ser rescindido por esta causa.

En el supuesto contemplado por la referida sentencia de 18 de septiembre de 2006 se contó con el dato del valor acreditado del inmueble transmitido y con un informe aportado por la parte actora sobre el valor del usufructo que se reservaba la transmitente y sobre la expectativa estadística de vida de la mujer catalana a partir de lo cual se podía evaluar el riesgo probable y aplicar un criterio racional de renta calculada mediante la división del valor de la finca en cuotas periódicas en función de la duración de la vida que se podía esperar. Efectuados los cálculos procedentes, resultaba que la renta establecida era inferior en más de la mitad a la que hubiera correspondido fijar por lo que se dio lugar a la rescisión.

En el caso presente, y por déficits probatorios achacables a la parte actora [Congregación de los Sagrados Corazones] que deben redundar en su perjuicio, no se ha llegado a acreditar el valor del inmueble, dato trascendente sin el cual no cabe iniciar ningún tipo de cálculo de proporcionalidad, [...].

[...]. En definitiva, si, como declara la sentencia de la Audiencia Provincial a raíz de la valoración negativa de la pericial de la actora [Congregación de los Sagrados Corazones], no puede entenderse probado que, a fecha del contrato, el piso de autos tuviese un valor superior al reconocido por la parte demandada [Paulina] con fundamento en su pericial, tal valor, ya se sitúe en los 177.993 euros o en los 254.738,42, y a falta incluso de la correspondiente reducción por usufructo, no permite considerar ocasionada una lesión en más de la mitad del justo precio por lo que no puede producirse el efecto rescisorio que, al amparo de los arts. 321 y siguientes de la Compilación, pretende la actora recurrente [Congregación de los Sagrados Corazones]» (cursiva mía; FD 4.º).

b.2.2) De la STSJC, 1.ª, 13.03.2017 (Pte. Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio; con voto particular de la Ilma. Sra. D.ª Núria Bassols Muntada) me ocupo *supra*, nota 777, para la lesión y el engaño y para la inaplicación de la rescisión por lesión a la venta hecha mediante subasta forzosa.

¹²⁴² Por ejemplo:

a) MARTÍN CASALS explica el carácter objetivo de la rescisión por lesión y su fundamento en la causa onerosa (es vicio de la causa) como sigue:

«El Código civil francés y la Compilación catalana, por su especial regulación de la l. u. d. [lesión *ultra dimidium*], responden a una supervivencia de un sistema preliberal en el cual, de acuerdo, con el postulado del justo precio, se exigía con carácter general la observancia de un determinado grado de equivalencia a la causa onerosa. La institución de la l. u. d. [lesión *ultra dimidium*] actuaba como norma causal de la onerosidad, tutelando esa equivalencia objetiva de prestaciones y posibilitando la rescisión del contrato cuando no era observada. Se trata tan sólo de una supervivencia, porque [...] en la Compilación, [...], no es tan amplio su ámbito [el de la lesión *ultra dimidium*] como podría deducirse de una primera lectura del artículo 321, 1.º, C.D.C.

En los Ordenamientos que siguen ese sistema de falta de equivalencia no admite ningún tipo de justificación: cualquier falta de equivalencia –a partir de un cierto grado, más o menos arbitrario– no fundamentada en la voluntad de enriquecer, es antijurídica. O, en otras palabras, provoca la existencia de una lesión jurídicamente relevante. En ese sistema se considera que, a partir de ese cierto grado de falta de equivalencia, la estructura de la onerosidad deja de alcanzar el resultado de la función económica onerosa.

artículos 621-46, 621-47.2 y 621-48 CCCat que regulan la lesión en más de la mitad (cfr. DD 1.^a de la Ley 3/201 ¹²⁴³).

[B.1] *El Preámbulo de la Ley 3/2017 y los textos jurídicos*

El Preámbulo de la Ley 3/2017:

«La subsección sexta [de la Sección primera, del Capítulo I, del Título II del Libro VI del Código civil de Cataluña] [...]. *En el ámbito objetivo*, se mantiene y se generaliza la antigua doctrina de la *laesio enormis* para resolver supuestos de grave desequilibrio de las prestaciones. Se establece una acción de rescisión, renunciable solo con posterioridad a la conclusión del contrato, y la parte legitimada puede pedir al tribunal en todo caso la adaptación del contrato» (la primera cursiva mía).

Artículo 621-46 CCCat: «Lesión en más de la mitad

1. El contrato de compraventa y los demás de carácter oneroso pueden rescindirse si la parte perjudicada prueba que, en el momento de la conclusión del contrato, el valor de mercado de la prestación que recibe es inferior a la mitad del valor de mercado de la prestación que realiza.

La sanción que el Ordenamiento prevé para eliminar esa disfuncionalidad va orientada entonces a privar de efectos a una estructura jurídica que se considera que no se dirige ni tendencialmente a alcanzar el resultado económico de su función económica propia (causa típica) (art. 321. 1.º, C.D.C., rescisión de contratos onerosos). La sanción prevista no viene impuesta de un modo automático (art. 321, 1.º, C.D.C., «... serán rescindibles a su instancia...») porque, de entrada, no puede excluirse que el resultado al cual tiende la causa típica de esa estructura onerosa no haya sido voluntariamente distorsionado por la concurrencia del ánimo liberal (causa gratuita) (art. 321, 2.º, C. D. C [...]). Si no fuera así, se imposibilitaría la existencia de negocios mixtos con donación en ese Ordenamiento.

Pero ya que el resultado económico al cual aspira la función económica propia del negocio (causa típica) es opuesto al resultado económico (enriquecimiento) –propio de una causa no típica (causa gratuita)– ese ánimo liberal no se presupone, sino que deberá ser demostrado por quien lo alegue (321, 2, C. D. C., sentencia de 31 marzo 1973). [...]. Cuando el presunto causante de la lesión no pueda probar que esa falta de equivalencia fue realmente querida por el que la sufre (concurrencia de causa gratuita y, por tanto, existencia de negocio mixto con donación), se procederá a privar al contrato de sus efectos (rescisión) (arg. ex art. 321, 1.º, y 321, 2.º C. D. C.). Pero se concederá la posibilidad de corregir la disfuncionalidad producida; entonces el Ordenamiento exigirá que en la estructura jurídica onerosa se alcance íntegramente el resultado de la función económica típica al cual, normalmente, sólo se tiende (arg. ex. 325 C. D. C.).

En resumen, el fundamento de la lesión ultra dimidium en la Compilación catalana es puramente objetivo. La institución actúa como norma causal de una concepción de la onerosidad, distinta de la del Código civil, que exige, además, de la recíproca causalidad de prestaciones, la observancia de una equivalencia económica no inferior a la mitad del justo precio. La presencia de una l. u. d. [lesión ultra dimidium] en un contrato oneroso ocasiona un defecto o vicio de la causa onerosa. Dado que ésta exige un mínimo de equivalencia no inferior a la mitad del justo precio, cuando no se alcance ese mínimo estará viciada. [...]» (cursiva mía; «Artículo 321» (1987) pp. 495-497; *vid.* hasta p. 498]. Para los artículos que el autor cita de la Compilación de Derecho civil catalana, *vid.* a) de la nota inmediatamente anterior a esta.

b) Según BARCELÓ COMPTE, «[l]a jurisprudencia afirma vehemente el carácter objetivo de la institución. La lesión *ultra dimidium* como causa de rescisión de los contratos no se define, por tanto, por la presencia de un consentimiento viciado sino por la existencia de la lesión, es decir, desde un fundamento objetivo, sin vinculación alguna a la existencia de una voluntad viciada» [RJC (2019) p. 38; *vid.* desde p. 37].

¹²⁴³ Sobre la sustitución de la Compilación del Derecho civil de Cataluña («sustituye»), BARCELÓ COMPTE, RJC (2019) nota 15 de p. 35.

2. En el caso a que se refiere el apartado 1, la otra parte puede oponer que el pretendido desequilibrio se justifica en el riesgo contractual propio de los contratos aleatorios o en la existencia de una causa gratuita.

3. En los supuestos de opción de compra, el desequilibrio a que se refiere el apartado 1 debe existir en el momento en que se pacta la opción»¹²⁴⁴.

Artículo 621-47 CCCat: «*Adaptación del contrato y corrección de la lesión*

[...]

2. En el supuesto a que se refiere el artículo 621-46, puede evitarse la rescisión del contrato mediante el pago en dinero del valor total de la prestación, con los intereses legales, a partir de la conclusión del contrato» (cfr. con el artículo 621-47 del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat, *supra*, nota 1201).

Artículo 621-48 CCCat: Lo transcribo en la anterior [A.1].

[B.2] *El ámbito y los requisitos de aplicación*

Martín Casals destaca *las diferencias más notables* de la vigente regulación de la rescisión por lesión, frente a la derogada de la Compilación del Derecho civil de Cataluña.

Y en tal sentido y por ejemplo, el artículo 621-46 CCCat se aplica no solo a bienes inmuebles, sino *también a los muebles*¹²⁴⁵. Sobre estos últimos, Martín Casals apunta que «la exclusión de los contratos sobre bienes muebles se había hecho históricamente por razones prácticas»¹²⁴⁶. Se señalaba el «poco valor de los bienes muebles» frente a los inmuebles (*res mobilis, res vilis*); «el temor al aumento de la litigiosidad, o, que tratándose de bienes sujetos a un tráfico económico más intenso y a unas alteraciones de precio más elevadas, el ejercicio de la acción y la estimación del justo precio resultan más difíciles»¹²⁴⁷. Ahora bien, considera Martín Casals, «la principal razón de la exclusión [de los bienes muebles] era el convencimiento de que la aplicación de la institución [...] afectaría negativamente a la seguridad jurídica y perturbaría el tráfico económico» y en su opinión, «el peligro subsiste en la actualidad»¹²⁴⁸. Ciertamente, continúa Martín Casals, el artículo 344 CCO excluye de la rescisión por lesión a las compraventas mercantiles, pero, de conformidad con el artículo 321.1 CCO, sí se aplica a las «compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquieren» (art. 326.1.º CCO)¹²⁴⁹. Por lo anterior, *el artículo*

¹²⁴⁴ Artículo 621-46 del Proyecto de Ley del Libro VI del CCat: «Lesió en més de la meitat/ 1. El contracte de compravenda, com els altres de caràcter oneros, també pot ser rescindit si la part perjudicada prova que, en el moment de la conclusió del contracte, el valor de la prestació que rep és inferior a la meitat del valor de la prestació que fa./ 2. L'altra part pot oposar que el pretès desequilibri es justifica en el risc contractual propi dels contractes aleatoris o en la concurrència d'una causa gratuïta./ 4. [sic] En els supòsits d'opció de compra, el desequilibri ha d'existir en el moment en què es pacta l'opció» [en el original, en cursiva; GINÉS CASTELLET, *InDret* (2016) p. 9; *vid. supra*, nota 1199, b) último párrafo].

¹²⁴⁵ Para la exclusión de los bienes muebles del (derogado) artículo 321.I CDCC, que transcribo *supra*, nota 1241 a), MARTÍN CASALS, «Artículo 321» (1987) pp. 499-503.

¹²⁴⁶ MARTÍN CASALS (2018) p. 272; traducción mía.

¹²⁴⁷ MARTÍN CASALS (2018) p. 272; traducción mía.

¹²⁴⁸ MARTÍN CASALS (2018) pp. 272-273; traducción mía.

¹²⁴⁹ MARTÍN CASALS (2018) p. 273; traducción mía.

621-46 CCCat «permite rescindir por lesión en más de la mitad no solo las compraventas entre privados, sino también las compraventas de consumo, si bien en este último caso el amplio alcance de la protección que el artículo 621-45.2 CCCat [que transcribo *supra*, nota 1200 a)] ofrece a los consumidores, hace innecesario en la práctica recurrir a la aplicación de la lesión en más de la mitad en el caso de consumidores lesionados» (cursiva mía)¹²⁵⁰.

Acerca de cuándo existe lesión, el artículo 621-46 CCCat, fijándola en el momento de conclusión del contrato, dispone que «el valor de mercado de la prestación que recibe [la parte perjudicada] es [sea] inferior a la mitad del valor de mercado de la prestación que realiza»¹²⁵¹.

Y sobre los contratos a los que se aplica el artículo 621-46 CCCat, Martín Casals destaca que «[e]l cambio más fundamental de la nueva regulación se encuentra precisamente en su generalización», ya que al señalar aquel artículo al «contrato de compraventa y los demás de carácter oneroso», no refiriéndose al enajenante como se hacía en el (derogado) artículo 321 CDCC [que transcribo *supra*, nota 1241 a)], sino a la «parte perjudicada», son asimismo rescindibles los que, en el Libro VI del CCCat, se denominan «contratos sobre actividad ajena», tales como los contratos de servicios, de obra, de depósito, mandato, etc.; los «contratos sobre objeto ajeno», tales como los contratos de arrendamiento, de *conreu*, de aprovechamiento por turno, de estacionamiento temporal de vehículo», y «también parece que podrán ser rescindidos por lesión en más de la mitad los denominados «contratos de cooperación», tales como los de sociedad, aparecería, *masoveria*, integración, [y ello] porque la Ley [art. 621-46 CCCat] habla en general de «contratos onerosos» y no restringe el remedio rescisorio a los bilaterales o sinalagmáticos»; «[f]inalmente, por estas mismas razones, parece [según Martín Casals] que también serán rescindibles los denominados «contratos de financiación», tales como el préstamo mutuo»¹²⁵².

¹²⁵⁰ MARTÍN CASALS (2018) p. 273; traducción mía.

¹²⁵¹ En el (derogado) artículo 323.II CDCC, que transcribo *supra*, nota 1241 a), se indicaba lo que se entendía por justo precio; sobre ello, MARTÍN CASALS, «Artículo 323» (1987) pp. 557-561.

¹²⁵² MARTÍN CASALS (2018) p. 275.

a) *Más allá de lo que indico en el cuerpo del texto*, MARTÍN CASALS apunta:

a.1) *Que del derogado artículo 321.II CDCC [que transcribo *supra*, nota 1241 a)] se excluyesen, de la rescisión por lesión, a las compraventas o enajenaciones hechas en subasta pública [vid. *supra*, nota 777 b)] y nada se diga sobre esto en el vigente artículo 621-46 CCCat, parece que estas compraventa sí pueden rescindirse por lesión* (p. 276). Discrepan de esta interpretación DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, como expongo en esta misma nota, en la siguiente b).

a.2) Para la regla del artículo 621-46.2 CCCat (que transcribo *supra*, en el cuerpo del texto y anterior [B.1]) y que permite, ante la pretendida rescisión, que «la otra parte puede [pueda] oponer que el pretendido desequilibrio se justifica en el riesgo contractual propio de los contratos aleatorios [...]», MARTÍN CASALS informa que se recoge la doctrina de las SSTSJC 18.09.2006 y 14.02.2008 (pp. 276-277). Vid. *supra*, nota 1241 b.2) para estas sentencias. Vid. SEGUÍ PUNTAS (2023) pp. 869-970.

a.3) Sobre la posible oposición a la rescisión por lesión consistente en que el contrato se justifica en su causa gratuita (art. 621-46.2 CCCat), MARTÍN CASALS señala que la «concepción material de la onerosidad, propia del *ius commune*, es la que se recogía imperfectamente en la regulación anterior y que ahora se amplía sin excepciones para corresponder a lo que la doctrina había denominado «una regulación catalana autónoma de la causa», la cual, a diferencia de la del Código civil español, añade «la necesaria correlación económica de las prestaciones que forman el núcleo central de la causa onerosa»» (p. 277; traducción mía).

[B.3] *Los efectos de la lesión en más de la mitad*

La parte perjudicada puede rescindir el contrato (art. 621-46 CCCat)¹²⁵³, pero «puede evitarse la rescisión del contrato mediante el pago en dinero del valor total de la prestación, con los intereses legales, a partir de la conclusión del

a.4) Por último, sobre la regla del artículo 621-46.3 CCCat, MARTÍN CASALS explica que «se resuelve legislativamente la cuestión del momento en que ha de concurrir el desequilibrio en más de la mitad en los contratos de opción de compra», siendo dicho momento el de su perfección y no cuando se ejercita la opción (SSTSJC 24.02.1994, 07.01.2011; pp. 277-278; traducción mía).

Para el ámbito de aplicación contractual del *derogado* artículo 321 CDCC (lo incluido y lo excluido), MARTÍN CASALS, «Artículo 321» (1987) pp. 503-530.

b) Como adelanto en la anterior a.1) de esta nota, DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA opinan de modo distinto a Martín Casals, ya que consideran que las ventas hechas en pública subasta no pueden rescindirse por lesión y lo razonan como sigue:

«No son rescindibles las enajenaciones hechas en pública subasta. Así lo establecía expresamente el art. 321.II CDCC, conforme al cual «no procederá esta acción rescisoria en las compraventas o enajenaciones hechas mediante pública subasta». La STSJC 13.3.2017 [de la que me ocupo *supra*, nota 777 b), en lo que ahora interesa; *vid. supra*, nota 1241 b.2.2)] justificó esta regla en que «tanto en el caso de las subastas voluntarias o contractuales como en el de las forzosas, se presume que el precio obtenido es el mejor de todos los posibles, atendida la situación en que se encuentra la finca a subastar». La citada sentencia añadía que «aunque no han faltado autores que opinan que dicha presunción solo debería ser *iusuris tantum*, la común opinión doctrinal excluye la rescisión por lesión *ultra dimidium* en los supuestos de subasta judicial por entender que, en función de las circunstancias y formalidades que rodean la enajenación, el precio de remate debe considerarse el único valor en venta posible, y en el caso de las ventas forzosas, algunos autores entiende [*sic*; entienden] que concurren también razones de seguridad jurídica, relacionadas con la deseable estabilidad de los remates y del recobro de los créditos». El art. 621-46.1 [CCCat] ya no establece que en las enajenaciones verificadas mediante subasta no procede la acción de rescisión, sino que guarda silencio al respecto, por lo que conforme al CCCat la cuestión resulta dudosa. No obstante, entendemos [DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA] que, aunque no se prohíba, no es posible la rescisión por lesión en las adquisiciones hechas en pública subasta, por incompatibilidad con este mecanismo de fijación del precio, y conforme a los siguientes argumentos: 1) existe un precio mínimo fijado por el vendedor; 2) no parece razonable que pueda rescindir un comprador que ha pujado de una manera excesivamente «alegre», y 3) puede entenderse que el valor de mercado es equivalente al que se obtiene en la subasta, aunque ello no siempre será así» [cursiva mía; (2021) p. 400; y para los requisitos de la rescisión por lesión, desde p. 399 hasta p. 401].

c) Por su parte, BARCELÓ COMPTE apunta que «el art. 321.2 CDCC [que transcribo *supra*, nota 1241 a)] excluía la rescisión por lesión de las compraventas o enajenaciones hechas mediante subasta pública ya que el precio no lo determinan libremente las partes sino que viene establecido con anterioridad por el procedimiento administrativo; así pues, la Compilación catalana presumía *iusuris et de iure*, con el fin de preservar la seguridad jurídica de la adjudicación hecha en subasta pública, que en la venta derivada de ella el precio obtenido era el más alto que se podía obtener por la cosa vendida y que era su valor verdadero en venta sin posibilidad de lesionar a nadie (STSJC 17/2002, de 17 de junio, FJ 4.º, páfo 8.º). Se presumía el justo precio en las compras vehiculadas a través de subasta judicial. Sin embargo, lo cierto es que el precio que se obtenga no tiene que coincidir, necesariamente, con el precio justo» [RJC (2019) p. 620]. Y constata, «que el CCCat elimina, en su nueva redacción, el supuesto de exclusión de la compraventa hecha en pública subasta» (p. 620; *vid.* p. 623).

Más allá de lo anterior y para la lesión en más de la mitad del artículo 621-46 CCCat, de BARCELÓ COMPTE, sobre el momento en que ha de valorarse la lesión en el contrato de opción de compra, p. 6161; sobre su aplicabilidad al contrato de arrendamiento, p. 617; y sobre que «la otra parte puede oponer que el pretendido desequilibrio se justifica en el riesgo contractual propio de los contratos aleatorios», p. 623, pero *vid.* desde p. 622.

¹²⁵³ Comparando con la regulación de la rescisión del Código civil, para los efectos de la rescisión por lesión, DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA consideran:

contrato» (art. 621-47.2 CCCat)¹²⁵⁴. Esto último supone que «*la parte contra la que se ejercita la acción de rescisión, y no el perjudicado* [por la lesión en más de la mitad], *es el que tiene la opción de decidir sobre si se rescinde o no el contrato*» (cursiva mía)¹²⁵⁵. Además, «el art. 621-47.2 [CCCat] deja claro que si se quiere mantener el contrato no solamente deberá excluirse la lesión *ultra dimidium*, es decir, abonar la cantidad que falte hasta alcanzar la mitad del precio justo, sino que se deberá satisfacer el complemento hasta alcanzar la totalidad de dicho precio justo» (cursiva mía)¹²⁵⁶.

«El art. 324 CDCC [que transcribo *supra*, nota 1241 a)] establecía que «será aplicable a la rescisión lo dispuesto en el artículo 1295 del Código Civil pero no tendrán que ser restituidos los frutos o intereses anteriores a la reclamación judicial, y habrán de ser abonados los gastos extraordinarios de conservación o refacción y las mejora útiles». *Dicha norma no se encuentra en la regulación que de la institución [de la lesión en más de la mitad] se hace en el Libro VI CCCat, pero cabe acudir a la misma como elemento de integración que forma parte de la tradición jurídica catalana. Por tanto, se aplicará el régimen general de la rescisión de los contratos previsto en el art. 1295 CCEsp [...] con la especialidad de que solamente se deberán los frutos o los intereses generados a partir de la reclamación judicial, y que deberán abonarse los gastos extraordinarios de conservación y las mejoras útiles*» [cursiva mía; (2021) p. 401].

¹²⁵⁴ En relación con la rescisión y el complemento del precio de los derogados artículos 324 y 325 CDCC [que transcribo *supra*, nota 1241 a)], MARTÍN CASALS, «Artículos 324 y 325» (1987) pp. 564-581.

¹²⁵⁵ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 401; continúan: «una vez determinado el valor del mercado de la prestación, y apreciada la existencia de lesión, [la parte contra la que se ejercita la acción de rescisión] puede optar por mantener el contrato mediante el pago del complemento del valor total de la prestación, más los intereses legales».

¹²⁵⁶ a) DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 401.

b) Por su parte, BARCELÓ COMPTE informa que «el art. 621-47.2 CCCat entiende que el complemento del precio en aras a evitar la rescisión del contrato debe alcanzar el valor total de la prestación. Su precedente, el art. 325 CDCC, planteaba la cuestión del alcance que debía darse a la expresión sobre el complemento del precio o valor lesivos a efectos de mantener el contrato. Dos opciones se podían sostener de la lectura del art. 325 CDCC: si el complemento del precio debía entenderse hasta que no hubiera lesión (la mitad de ese precio justo) o si dicho complemento debía alcanzar la totalidad del precio justo (esta es la opción que establece el 621-47.2 CCCat)./ La jurisprudencia ha venido entendiendo que el complemento del precio no tenía que llegar hasta la mitad del justo precio sino hasta cubrir la totalidad del valor, siendo éste, también, el criterio seguido por la doctrina» (p. 625). Para BARCELÓ COMPTE, *la opción del artículo 621-47.2 CCCat «no casa con la noción de lesión objetiva, independiente de cualquier tipo de vicio en el proceso de formación de la voluntad (ni el art. 321 CDCC ni el actual art. 621-46 CCCat ejercen ningún juicio sancionador sobre la parte no perjudicada por el contrato) y puede plantear alguna incoherencia sistemática en el ordenamiento jurídico»* (cursiva mía; p. 625). Considera que «[l]as soluciones en términos de lógica jurídica para ambas lesiones [BARCELÓ COMPTE habla de *laesio ab initio* para los supuestos de rescisión por lesión, y de *laesio supervenies* para los de lesión sobrevenida, esta última a propósito de «la persistencia del equilibrio entre el intercambio en aquellos contratos que tengan una ejecución diferida o periódica», *rebus sic stantibus*] deberían orientarse hacia una misma dirección: aquella solución que satisfaga las exigencias de la justicia conmutativa hasta el límite de lo que sea manifestamente injusto, ya que aquellos casos en que la lesión no alcance el límite *ultra dimidium* pero lo bordeen serán igual de injustos que aquellos que superen el límite de más de la mitad, pero, por el contrario, ni podrán rescindirse ni reconstruirse hasta que el balance de la prestación y contraprestación refleje una situación de equilibrio (piénsese en el caso de un inmueble que tenga un precio de mercado de 300.000 € y que se venda por 151.000 €; al no alcanzar el límite de más de la mitad, no podría rescindirse por lesión *ex art.* 621-46 CCCat, siendo igual de injusto o desproporcionado que aquel que se vendiera por 149.000 y que sí podría rescindirse o solicitar la corrección del precio lesivo, en atención al tenor literal del 621-47.2 CCCat alcanzaría el valor total de la prestación, es decir, los 300.000)./[...] Si no hay ningún elemento subjetivo que fundamente la rescisión por lesión o que implique alguna nota de abusividad o aprovechamiento de la otra parte contratante (como sí sucede en la ventaja injusta) *lo más coherente sería que la corrección del precio fuera hasta el baremo que marca la lesividad contractual. El restableci-*

Martín Casals se muestra muy crítico con el artículo 621-47.2 CCCat, pues da lugar a un conjunto de problemas que habrían debido solucionarse. *Por ejemplo*, la falta de concordancia entre el Preámbulo de la Ley 3/2017 (que transcribo *supra*, [B.1]) y que, en relación con la rescisión por lesión habla de la «*adaptación del contrato*» (como sucede para la ventaja injusta), frente a lo que dispone el propio artículo 621-47.2 CCCat que, para la lesión, habla de «*evitarse la rescisión del contrato mediante el pago en dinero del valor total de la prestación, con los intereses legales [...]*» (cursivas mías); en el artículo 621-47.2 CCCat se utiliza el poco expresivo impersonal de «puede evitarse la rescisión» y habrá de ser el perjudicado; se olvida que el perjudicado ya no es solo quien recibe un precio lesivo, sino también quien ha pagado un precio lesivo en la medida en que es excesivo, y la expresión del artículo 621-47.2 CCCat «mediante el pago en dinero del valor total de la prestación» se refiere únicamente al complemento del precio; etc¹²⁵⁷. Lo cierto es que, ante tales consideraciones, Martín Casals advierte que el artículo 621-47.2 CCCat «fue introducido en el último momento por una Enmienda del Grupo parlamentario *Junts pel Sí*, que pretendía intentar recuperar el antiguo remedio alternativo propio de la rescisión por lesión que era la facultad dada al comprador de completar el precio para evitar la rescisión y que había desaparecido porque en una versión más anterior del Proyecto legislativo [...] el remedio de la rescisión por lesión se integraba en una sola institución con la ventaja injusta»¹²⁵⁸.

El plazo para rescindir o evitar la rescisión es de cuatro años, de caducidad y a contar desde la celebración del contrato (art. 621-48 CCCat)¹²⁵⁹.

[C] *La coordinación en la aplicación entre el «beneficio excesivo» de la ventaja injusta y la lesión en más de la mitad*

Sobre su «encaje», Barceló Compte entiende que si «[e]l perjuicio excesivo que experimenta la parte débil es una lesión por debajo de la mitad (lesión *citra dimidium*)» se aplica la ventaja injusta del artículo 621-45.1 CCCat, mientras que si el perjuicio alcanza el umbral del 50 por 100, la cuestión recibiría respuesta a través del art. 621-46 CCCat, el relativo a la lesión en más de la mitad»¹²⁶⁰. Más matizadamente se manifiestan Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Cap-

miento del equilibrio pleno cobra sentido cuando lo que se persigue es una suerte de sanción civil sobre la parte fuerte que se aprovecha de la otra, como paradigmáticamente sucede en los vicios del consentimiento» (cursiva mía, pp. 626-627). Todas las citas de *RJC* (2019).

¹²⁵⁷ MARTÍN CASALS (2018) pp. 278-279; *vid.* hasta p. 280.

¹²⁵⁸ MARTÍN CASALS (2018) p. 278; traducción mía; continúa «[...] la enmienda fue hecha sin mucho tiempo, ni posibilidad de reflexión [...]». Cfr. el texto del artículo de la primera versión, que la Sección de Obligaciones y Contratos de la Comisión de Codificación de Cataluña envió al Plenario, *infra*, nota 1279 b).

¹²⁵⁹ Sobre la regla de que «[l]a acción rescisoria [...] caduca a los cuatro años de la fecha del contrato» del derogado artículo 322 CDCC [que transcribo *supra*, nota 1241 a)], MARTÍN CASALS, «Artículo 322» (1987) pp. 542-545.

¹²⁶⁰ BARCELÓ COMPTE (2019) p. 152; continúa: «Desde el punto de vista objetivo, como ya se señala en el Preámbulo del Libro Sexto [que transcribo en el cuerpo del texto, anterior [B.1]], la lesión en más de la mitad se significa como la única institución de la causa onerosa en el Libro Sexto tras la supresión de la norma relativa al saneamiento, sustituida por un régimen de conformidad (arts. 621-20 y ss CCCat) y *escenifica dos niveles de desequilibrio entre las prestaciones: por debajo de la mitad y por encima, que es rescindible*» (cursiva mía).

devila que, al ocuparse del beneficio excesivo de la ventaja injusta, *recuerdo* [*supra*, [A.2] c)], tienen presente la rescisión por lesión *ultradimidium* del artículo 621-46 CCCat y señalan para la ventaja injusta del artículo 621-45.1 CCCat que «no debería requerirse que la lesión fuera en más de la mitad, dado que si así fuera la rescisión del contrato por beneficio excesivo perdería utilidad, al poder también acudir a la figura de la rescisión por lesión».

Si bien refiriéndose al Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat, en el mismo sentido de lo expuesto lo entiende Ginés Castellet¹²⁶¹.

[D] *Otras consideraciones de Barceló Compte sobre la ventaja injusta*

[D.1] *Su propuesta de ubicar la ventaja injusta en las disposiciones generales del contrato del Código civil de Cataluña y su ampliación a los negocios gratuitos*

Teniendo presente que en el Libro VI del Código civil de Cataluña, su Título I contendrá las «Disposiciones generales» del contrato (art. 2 Ley¹²⁶²), Barceló Compte afirma que «*ante una hipotética regulación de la parte general del negocio jurídico, cabría realojar allí la ventaja injusta*, extendiendo así su ámbi-

¹²⁶¹ Explica GINÉS CASTELLET: «En el proyecto catalán, se ha ido por otra línea, y es que, con el propósito de seguir la tendencia mayoritaria en el terreno de las nuevas propuestas de un derecho contractual común sin renunciar por ello a la tradición catalana en este ámbito, se ha pretendido dar cabida a las dos posibilidades a través de la acumulación de dos reglas vecinas pero distintas, la ventaja injusta del artículo 621-45 y la lesión en más de la mitad del artículo 621-46. Por un lado, se preserva y extiende la añeja regla de la *laesio enormis* en su versión objetiva, por la que cabe privar de efectos a un contrato oneroso (de compraventa y otros de carácter oneroso, dice el art. 621-46 del proyecto –y ya no solo inmobiliarios–) si se puede acreditar, por la parte perjudicada, que entre su prestación y la que recibe hay *una diferencia superior a la mitad*, y sin que sea precisa la concurrencia de otros requisitos. *Por debajo de ese umbral*, hay que acudir, en su caso, a la figura de la ventaja o explotación injusta, en un ámbito, pues, subjetivo, y se necesitará de otros requisitos adicionales (los elementos subjetivos) para dar lugar a la rescisión del contrato: así, la suma de una situación de fragilidad contractual más el aprovechamiento consciente de la otra parte de esa frágil situación para obtener un beneficio excesivo o una ventaja injusta» [cursiva mía; *Indret* (2016) p. 19].

También: «Y en todo caso, hay que tener presente que, si hubiera un desequilibrio entre prestaciones [en la ventaja injusta], parece que este no debería superar el umbral *ultra dimidium*, puesto que, si así fuera, nos encontraríamos ante el supuesto de hecho del art. 621-46 (que contiene, [...]), la clásica regla de la rescisión por lesión más allá de la mitad en términos objetivos) y parecería, por tanto, de preferente aplicación este último por tratarse de una regla más específica» (pp. 20-21). *Vid.* además p. 32.

¹²⁶² Artículo 2 Ley 3/2017: «Estructura del libro sexto/ El libro sexto del Código civil de Cataluña se estructura, inicialmente, en tres títulos: / a) *Título I, relativo a las disposiciones generales.* / b) *Título II, relativo a los tipos contractuales.* / c) *Título III, relativo a las fuentes no contractuales de las obligaciones*» (cursiva mía).

En el Preámbulo de la Ley 3/2017 se explica: «En el momento de iniciar la regulación de la materia civil que debe contener este libro sexto, era preciso formular una estructura sistemática que permitiera futuras incorporaciones. Teniendo en cuenta, pues, el carácter de código abierto, de formación sucesiva, y de conformidad con lo establecido por los artículos 4 y 6 de la Ley 29/2002, se ha optado por una estructura mínima, que puede ser necesario completar más adelante, de modo que el libro sexto se divide, inicialmente, en tres títulos. / *El título primero, relativo a las disposiciones generales, se reserva para la regulación de las partes generales de la obligación y del contrato, teniendo en cuenta los principios que informan la contratación que afecta a los consumidores.* El título segundo se dedica a las fuentes contractuales y debe contener los diversos tipos contractuales. El título tercero se referirá a las fuentes no contractuales de la obligación» (cursiva mía)

to de aplicación a la negociación *inter vivos*» (la primera cursiva mía)¹²⁶³. Antes, advertía que la actual ubicación de la ventaja injusta y la lesión en más de la mitad –en la Subsección sexta, de la Sección primera «Contrato de compraventa», del Capítulo I «Contratos con finalidad transmisora», del Título II «Tipos contractuales», del Libro VI del Código civil de Cataluña– «*reduce [...] la ventaja injusta a la causalidad onerosa, a diferencia del DCFR que [...] extiende la aplicación de la explotación injusta a la donación (art. IV.H.-2:104 DCFR)¹²⁶⁴ y a la constitución gratuita del trust [art. X.-4:201.b) DCFR]¹²⁶⁵» (cursiva mía)¹²⁶⁶.*

¹²⁶³ BARCELÓ COMPTE (2019) p. 146; *vid. además* pp. 152-153, 158.

¹²⁶⁴ a) Artículo IV.H.-2:104 DCFR (versión española): «Explotación indebida/ Todo donante que esté sujeto a una relación de confianza con el donatario o que sea la parte más vulnerable en una relación de confianza con el donatario podrá anular el contrato en virtud del Artículo 7:207 (Explotación indebida) [que transcribo *supra*, [5] [B]] del Libro II, salvo que el donatario demuestre que no se ha aprovechado de la situación del donante para obtener un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta» [rev. VAQUER ALOY (2015) p. 299].

Artículo IV.H.-2:104 DCFR (versión oficial): «Unfair exploitation/ A donor, who was dependent on, or was the more vulnerable party in a relationship of trust with, the donee, may avoid the contract under II.-7:207 (Unfair exploitation) unless the donee proves that the donee did not exploit the donor's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage» [VON BAR/CLIVE (ed.), vol. 3 (2009) p. 2833].

b) De las distintas situaciones que el artículo II.-7:207 DCFR contempla, la modificación del artículo IV.H.-2:104 DCFR *solo concierne a la de dependencia y a la de una relación de confianza*. Si con el artículo II.-7:207 DCFR, la parte que alega la explotación ha de probarlo, en el artículo IV.H.-2:104 DCFR, la carga de la prueba recae en el donatario, por la presunción de explotación en caso de donación, y la razón de tal presunción se fundamenta en la ausencia de «consideration» para el donatario. Ahora bien, el donatario puede probar que la donación no era excesiva, ni injusta (por ejemplo, un regalo de cumpleaños normal). Como ejemplos para el artículo IV.H.-2:104 DCFR, se indican los dos siguientes. El de la *Illustration 1* consiste en que, un pequeño empresario, el cual solo suministra componentes de coches a la compañía de automóviles de B, a fin de consolidar su posición como suministrador de B, le dona un valioso receptor de televisión. Aquí, A depende económicamente de B y por tanto, A puede anular el contrato con apoyo en el artículo II.-7:207 DCFR, salvo que B pruebe que no obtuvo un beneficio excesivo, ni una grosera ventaja injusta. En cuanto a la *Illustration 2*, A sufre una depresión y recibe tratamiento médico del psiquiatra B durante varios meses. En el periodo del tratamiento, A dona una pintura muy valiosa de Picasso a B. Aquí, A es la parte más vulnerable en la relación de confianza con B y de nuevo, el donante A puede anular el contrato, salvo que el donatario B pruebe que no obtuvo un beneficio excesivo o una grosera injusta ventaja de A (lo que en este caso probablemente sea más difícil).

Todas las citas de VON BAR/CLIVE (ed.) vol. 3 (2009) *Comments B y C*, pp. 2833 y 2834.

¹²⁶⁵ Artículo X.-4:201 DCFR (versión española): «Anulación por parte del fundador de trust/ Sin perjuicio de otras modificaciones que resulten necesarias, el Libro II Capítulo 7 (Causas de invalidez) se modificará de la siguiente forma, si es de aplicación a los trusts constituidos a título gratuito en vida del fundador del trust:/ [...] / (b) el fundador del trust que dependiera de un beneficiario, o que fuera la parte más vulnerable en una relación de confianza con un beneficiario, puede anular el trust o un término del mismo en la medida en que disponga beneficios a favor de dicho beneficiario, salvo si él [*sic*] mismo demostrara que no obtuvo provecho de la situación del fundador de trust recibiendo un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta./ [...]» [rev. GONZÁLEZ BEILFUSS (2015) pp. 444-445].

Artículo X.-4:201 DCFR (versión oficial): «Avoidance by the truster/ Without prejudice to other necessary adaptations, Book II, Chapter 7 (Grounds of invalidity) is modified as follows in its application to trusts constituted gratuitously in the truster's lifetime:/ [...] / b) a truster who was dependent on, or was the more vulnerable party in a relationship of trust with, a beneficiary may avoid the trust or a trust term in so far as it provides for benefit to that beneficiary unless that beneficiary proves that the beneficiary did not exploit the truster's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage./ [...]» [VON BAR/CLIVE, vol. 6 (2009) p. 5716].

¹²⁶⁶ BARCELÓ COMPTE (2019) p. 146; *vid. también* p. 158.

Barceló Compte considera que, aunque el ámbito de aplicación de la ventaja injusta «sea la contratación onerosa, ello no debería excluir» que la misma pudiera tener relevancia «en negocios jurídicos, con causa gratuita» (y de ahí la oportunidad de su reubicación en las antes señaladas «Disposiciones generales») ¹²⁶⁷.

Además, Barceló Compte entiende que la regulación de la ventaja injusta, en esas disposiciones generales del contrato, sería «junto con una hipotética regulación relativa al cambio sobrevenido de las circunstancias esenciales del contrato (*hardship*); [pues] ambos instrumentos [ventaja injusta y *hardship*] sirven como herramienta para reequilibrar la economía del contrato» ¹²⁶⁸.

¹²⁶⁷ BARCELÓ COMPTE (2019) p. 158; añade: «Reiterando, [...] es en los negocios onerosos donde la ventaja injusta tiene su sede principal; en aquellos negocios jurídicos con causa gratuita, y según la naturaleza móvil que hemos señalado [BARCELÓ COMPTE], la apreciación de una causa de ineficacia del contrato por ventaja injusta decantará el peso hacia la vertiente procedimental de la figura, es decir, la relativa al proceso de formación del consentimiento; por tanto, a la mayor explotación de la parte débil, ya que el desequilibrio patrimonial es inherente en estos».

¹²⁶⁸ a) BARCELÓ COMPTE (2019) p. 153; *vid.* hasta p. 154.

b) En el capítulo IV de su obra *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, capítulo titulado *Remedios previstos en los supuestos de ventaja injusta*, además de tener presente otros datos, en su análisis de la ventaja injusta, BARCELÓ COMPTE tiene en cuenta las soluciones de la *alteración sobrevenida de las circunstancias o hardship*. *Supra*, en el cuerpo del texto y en anterior [A.3] y para la ventaja injusta del Código civil de Cataluña, me ocupé de los remedios de la rescisión y adaptación del contrato, y *ahora*, es oportuno detenerme en las consideraciones de BARCELÓ COMPTE *sobre la renegociación del contrato entre las partes*.

Según BARCELÓ COMPTE, «la renegociación del contrato en los casos de *ventaja o explotación injusta* no ha sido prevista en los instrumentos contractuales europeos, así como en la mayoría de ordenamientos jurídicos nacionales, *pero sin duda resulta más compatible con el principio del pacta sunt servanda que la adaptación del contrato por el juez o la terminación del mismo*» [cursiva mía; (2019) p. 207]. Para BARCELÓ COMPTE, «[l]as características y el contenido que sugiere el deber de renegociación se concentran en la cooperación entre las partes en orden a sugerir una propuesta sugerida de modificación del contrato y en el margen de tiempo razonable que quede debe durar el periodo de renegociación [*sic*]./ Nos parece [BARCELÓ COMPTE] atinada la opinión de Momberg [apellido, mayúsculas en el original], quien es partidario de imponer un deber como tal para ambas partes –en sede de *hardship*–, siendo para la parte afectada por el cambio sobrevenido de circunstancias un requisito o presupuesto necesario para solicitar, *a posteriori*, la modificación o terminación del contrato. *A nuestro juicio* [BARCELÓ COMPTE], *también ello debería reflejarse en los supuestos de ventaja/explotación injusta. Consideramos* [BARCELÓ COMPTE], *por ello, que la parte afectada por el desequilibrio económico (es decir, tanto en los supuestos de excesiva onerosidad o ventaja o explotación injusta) debe pedir o requerir la negociación en un plazo de tiempo breve y sin demora injustificada*» (cursiva mía; p. 209). Además, «[s]i trasladamos este efecto conservador [de la alteración sobrevenida de las circunstancias] a supuestos de explotación o ventaja injusta, *las partes deberían ser las primeras en considerar una redefinición de la economía contractual, establecida como una obligación de medios, relevante si se actúa de buena fe, aunque sin una obligación de llegar a un nuevo acuerdo entre las partes.*/ A nuestro modo de ver [BARCELÓ COMPTE] no sería conveniente un eventual deber de aceptar la propuesta formulada por la otra parte, cuando esta sea justa y razonable, porque el juicio o apreciación sobre qué propuesta es justa y razonable puede ser distinta para cada una de las partes. *Consideramos* [BARCELÓ COMPTE] únicamente conveniente establecer como obligación para las partes la de entrar efectivamente a renegociar y actuar, en dicho proceso, conforme a los parámetros establecidos por el principio de la buena fe y la honradez en los tratos (art. 111-7 CCCat [que transcribo *infra*, [138] [A]]); *convendrá, pues, la introducción normativa de un deber de negociar de buena fe antes de que la parte afectada pueda acudir a la vía judicial o arbitral correspondiente.*/ Si la renegociación ha sido prevista en el propio contrato (normalmente ello puede existir en supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias, en contratos de larga duración, en los que las partes han establecido una cláusula en el contrato que señala que en caso de un eventual cambio sobrevenido de las circunstancias se obligan a renegociar las condiciones del mismo) puede conllevar la obligatoriedad de aceptar la propuesta, si esta fuera justa y razonable./ Finalmente, *concluido el periodo de renegociación, se plantean dos posibilidades: la primera de ellas, si las partes han llegado a un acuerdo, ello dará lugar a la nova-*

[D.2] *La naturaleza de la ventaja injusta: vicio del negocio*

Para Barceló Compte la ventaja injusta es figura *ad hoc*¹²⁶⁹ y, siguiendo a Badosa, *con el que coincide*, apunta que es «un vicio del negocio pero no estrictamente un vicio del consentimiento»¹²⁷⁰, ya que «[l]a explotación injusta *refleja un régimen de vicio híbrido, complejo*: para que prospere una acción de rescisión o adaptación del contrato por explotación injusta se requieren tres aspectos: la posición de la parte débil en un estado negocial susceptible de ser explotado; una conducta de explotación de la otra parte y una ganancia desproporcionada obtenida en forma de una ventaja manifiestamente injusta o beneficio excesivo»; esto es, «se trata, por tanto, de una institución de nuevo cuño» (cursiva mía)¹²⁷¹. *E «[i]nsistimos [Barceló Compte] en la calificación de la figura de la ventaja injusta como un vicio del negocio en la aceptación utilizada por De Castro [apellidos, mayúsculas en el original] y no como un vicio del consentimiento clásico [...] ya que su peculiaridad también reside en los remedios previstos para ella: la anulación y adaptación»* (cursiva mía)¹²⁷². *Y más perfileadamente*, afirma Barceló Compte, «en la clasificación de De Castro [apellidos, mayúsculas en el original], [la ventaja injusta es] un vicio específico del negocio, que no necesariamente caracterizado como un vicio de la voluntad: *un vicio del negocio jurídico a caballo entre un vicio del consentimiento y un vicio de la causa onerosa por ser los negocios onerosos su sede principal y ser la finalidad del remedio el reequilibrio económico de las prestaciones»* (cursiva mía)¹²⁷³. Lo

ción modificativa del contrato (art. 1203 CCE). La segunda posibilidad es que las parte hayan fracasado en el intento de renegociación; en este caso, consideramos [BARCELÓ COMPTE] que cualquiera de las partes debería estar facultada para solicitar al juez la adaptación o resolución del contrato [...]. Habiéndose acreditado que las partes no han llegado a un acuerdo sobre la renegociación del contrato, el juez, a petición de parte, podría adaptar o resolver el mismo» (cursiva mía; pp. 211-213).

¹²⁶⁹ BARCELÓ COMPTE (2019) pp. 138, 139.

¹²⁷⁰ BARCELÓ COMPTE sigue la clasificación de De Castro y Bravo, e indica: «A los efectos que interesan a nuestro estudio, la acepción vicio del negocio se divide entre aquellos vicios que son propios de cada tipo de contrato (venta, donación, etc.), de los que se pueden encontrar en cualquier clase de negocio jurídico. Dentro de estos últimos, encontramos: / a) Los vicios específicos de la figura del negocio jurídico: que se subdividen a su vez entre aquellos relativos a la declaración de voluntad (los que hacen que no exista declaración o los que la vician) y los relativos a la causa. / b) Los comunes a los demás actos jurídicos (los que afectan a la capacidad jurídica, capacidad de obrar, legitimación, objeto y forma). / A tenor de dicha clasificación, parece obligado plantearse dónde incluiríamos la figura de la explotación injusta. A continuación, intentaremos dar respuesta a dicho interrogante» [cursiva mía; (2019) p. 149].

¹²⁷¹ BARCELÓ COMPTE (2019) p. 150; *vid. además* pp. 127-128.

Continúa: «La peculiaridad de este vicio del negocio es que está predispuesto antes de la celebración del contrato; pero adquiere relevancia una vez se ha celebrado este. Las situaciones descritas por el contexto negocial del art. II-7:207.1.a) DCFR [que transcribo *supra*, [5] [B]] y el art. 621-45 CCCat son previas a la celebración del contrato y están vinculadas a la parte débil. Un vicio potencial a la persona que deviene efectivo por la explotación de la otra parte. Como indica Badosa [apellido, mayúsculas en el original], «*aquesta potencialitat del vici fa que es desplaci del contracte a la persona; d'ésser un vici negocial a una qualitat del celebran*». Cabe señalar, sin embargo, que en los casos de explotación o ventaja injusta, el riesgo de ser engañado es menor que en los casos de dolo; existe un riesgo de ser convencido, que no engañado, y ello exige algún tipo de expediente o institución que permita declarar la ineficacia del negocio o que permita su adaptación, precisamente este último remedio se contempla por ser menor el abuso o la explotación de la otra parte que en los casos de dolo, violencia o intimidación» [(2019) p. 150].

¹²⁷² BARCELÓ COMPTE (2019) p. 151.

¹²⁷³ BARCELÓ COMPTE (2019) p. 151.

anterior «no excluye, como sucede en el DCFR, que pueda tener una restringida manifestación en la causa gratuita (p. ej., donación *ex art. IV.-H.-2:104 DCFR* [que transcribo *supra*, nota 1264 a)); ocurre, en estos casos, que el acento recaerá en los elementos subjetivos de la figura, por tanto, en la vertiente relativa a la injusticia procedimental, próxima a los vicios de la voluntad»¹²⁷⁴.

[D.3] *¿Qué efecto ha de asignarse a la ventaja injusta? ¿La anulación, o la rescisión?*

La «propuesta» de Barceló Compte «se encamina» al «el establecimiento de una acción por ventaja injusta como una causa autónoma de rescisión», si bien «[l]a ambivalencia relativa a la naturaleza de la institución [de la ventaja injusta] [...] permite justificar la adopción de un remedio u otro de ineficacia: la anulabilidad como factor propio de los vicios del consentimiento (justicia procedimental) y la rescisión, coherente con un remedio fundamentado en la justicia sustantiva»¹²⁷⁵. Para Barceló Compte, «[l]a opción por uno u otro régimen vendrá determinada por el emplazamiento sistemático que se dé a la figura, como sucede en la regulación dada por el CCCat –como remedio rescisorio [art. 621-45.1 CCCat]– o como factor de anulabilidad en el Derecho contractual europeo, por estar localizada a continuación de los tradicionales vicios del consentimiento [arts. 4:109 PECL, II.-7:207 DCFR] [que transcribo *supra*, [5] [A] y [B] respectivamente]»¹²⁷⁶. *En suma*, «la ubicación propuesta [por Barceló Compte] en sede de disposiciones generales en materia de obligaciones y contratos [del CCCat] señalará el

¹²⁷⁴ a) BARCELÓ COMPTE (2019) p. 151; continúa: «Cabe recurrir aquí a la teoría del sistema móvil planteada por Martín Casals [apellidos, mayúsculas en el original]: en los supuestos con causa gratuita en que opere la ventaja injusta, será el elemento subjetivo el que tendrá más relevancia: es decir, se dará una decantación hacia el vicio de la voluntad. *Ello refleja las dos vertientes sobre las que oscila la figura: la lesión y el vicio*. En otro sentido, en los casos en los que la desproporción/lesión sea flagrante, en que exista una preeminencia de la lesión, el elemento subjetivo perderá importancia y cobrará peso la inequidad en el contrato. En todo caso, ambos elementos están, pues, en una relación de dependencia recíproca; así, si se cumplen de una forma muy destacada los elementos subjetivos, la exigencia de desproporción puede ser menor (p. ej., lo que sucede en los casos en que se aprecie explotación injusta en la donación, en que el desequilibrio entre prestaciones es inherente a la institución), y a la inversa; una desproporción grave entre prestación y contraprestación requerirá una explotación de la situación de debilidad de menor intensidad» (pp. 151-152).

b) YÁÑEZ VIVERO critica la consideración de Barceló Compte, de la anterior a): «Esta compensación entre elementos [...] podría, en mi opinión [YÁÑEZ VIVERO], desvirtuar una figura que ha nacido combinando elementos que no creo que sean compensables. En otros términos: si el desequilibrio no puede considerarse excesivo –cuestión diversa es qué hemos de entender por excesivo, [...]– ya no estaríamos ante uno de los presupuestos de la figura que pueda ser salvado por la existencia –en exceso– del otro. Y, por otro lado, la explotación de la asimetría contractual o existe o no existe (*tertium non datur*, entiendo yo [YÁÑEZ VIVERO]), de modo que no comprendo cómo pueda apreciarse la intensidad en la explotación: o uno se aprovecha del otro con conocimiento de causa o no se aprovecha, entiendo yo [YÁÑEZ VIVERO]» [(2019) p. 56].

¹²⁷⁵ BARCELÓ COMPTE (2019) p. 180; continúa: «Este último mecanismo de ineficacia [la rescisión] se define negativamente, es decir, como aquel tipo de ineficacia que «no se fundamenta en un vicio de los que pueden anular el contrato». Los casos de rescisión suponen una medida correctora que persigue evitar un resultado injusto y operan sobre contratos inicialmente válidos».

¹²⁷⁶ BARCELÓ COMPTE (2019) p. 181; *vid.* también p. 187.

régimen final que deba adoptar la institución de la ventaja injusta, que, bajo nuestro parecer [Barceló Compte], debería ser el rescisorio»¹²⁷⁷.

[D.4] *Su valoración negativa sobre la regulación simultánea de la ventaja injusta y de la lesión en más de la mitad*

Barceló Compte *cuestiona* «el [actual] mantenimiento de la rescisión por lesión ya que la introducción de la ventaja injusta integra en su contenido el elemento objetivo caracterizador de la *laesio enormis*; [y] entendemos [Barceló Compte] *que no era necesaria una regulación paralela relativa únicamente al desequilibrio intrínseco en el contrato; la nueva regulación de los arts. 621-45 y 621-46 CCCat denota una duplicidad del objetivo protector de la parte débil, innecesario bajo nuestro punto de vista*» (cursiva mía)¹²⁷⁸.

Explica Barceló Compte que, aunque no disponga «de un documento que permita consultar el debate de la Sección de Derecho Patrimonial de la Comisión de Codificación del Derecho civil de Cataluña, de la lectura de la norma proyectada en el art. 621-46 CCCat (lesión en más de la mitad) constatamos [Barceló Compte] que el legislador se hizo eco de las propuestas del profesor Martín Casals [apellidos, mayúsculas en el original], quien estableció la necesidad de incorporar una reforma de la regulación de la rescisión contenida en la Compilación de Derecho civil de Cataluña consistente en dos opciones: o bien se encauzaba una reforma de mínimos, consistente en mejorar la redacción dada por el artículo 321 CDCC [que regulaba la lesión en más de la mitad y transcribo *supra*, nota 1241 a)], o bien se apostaba por una reforma de máximos que implicara una introducción de un modelo subjetivo equivalente al presentado por las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo», optándose finalmente por «mantener la *laesio enormis* y regular, paralelamente, la ventaja injusta»¹²⁷⁹.

¹²⁷⁷ BARCELÓ COMPTE (2019) p. 181.

Ahora bien, *en 2017*, BARCELÓ COMPTE apuntaba: «El Libro VI del Código civil de Cataluña presenta una regulación de la ventaja injusta y la rescisión por lesión a través de un doble articulado: el art. 621-45 que hace referencia a la ventaja injusta y el art. 621-46, relativo a la lesión en más de la mitad. Para ambas figuras se regula el remedio de la rescisión, *cuando lo más razonable, para el caso de ventaja injusta, hubiera sido establecer una causa de nulidad, pues se trata de una norma relativa a un factor de anulabilidad por defectos de capacidad o vicios del consentimiento*» [(2017) p. 278].

¹²⁷⁸ BARCELÓ COMPTE (2019) pp. 146-147; *vid. además* p. 159.

¹²⁷⁹ a) BARCELÓ COMPTE (2019) p. 147.

b) *Por su parte*, MARTÍN CASALS informa de que «la primera versión del texto articulado que la Sección de Obligaciones y Contratos de la Comisión de Codificación de Cataluña sometió al Plenario refundía la lesión en más de la mitad tradicional dentro de la que se llamaba «aprovechamiento injusto», la cual coincidía en líneas generales con la actual «ventaja injusta» catalana y con los textos armonizadores» [(2018) p. 281].

Según el «Article 61. *Aprofitament injust*. 1. El contracte de compravenda, com els altres de caràcter onerós, es por anular si en el moment de la seva conclusió: a) una part tenia una especial relació de confiança o de dependència amb l'altra, es trobava en dificultats econòmiques o tenia necessitats urgents, era imprevisora, ignorant, inexperta o mancada d'habilitat en la negociació, I b) l'altra part coneixia o es podia esperar raonablement que conegués aquesta situació i se'n va aprofitar, tot obtenint un benefici excessiu o un avantatge manifestament injust. [2. L'aprofitament injust no requereix necessàriament un desequilibri econòmic en les prestacions de les parts, tot essent suficient que hagi determinat la conclusió d'un contracte que no s'hauria conclòs si no s'hagués produït o que s'hauria conclòs en unes condicions molt més favorables]. *Tanmateix, si el perjudicat rep una contraprestació d'un valor inferior a la meitat del valor de*

Para Barceló Compte, «la solución idónea hubiera sido fusionar la lesión en más de la mitad en el seno de la ventaja injusta presuponiendo el abuso o aprovechamiento de una situación de debilidad cuando el valor de la prestación recibida en el momento de la conclusión del contrato fuera inferior a la mitad del valor de la prestación que se hace [...]; ello permitiría una conjunción en un mismo precepto de los elementos objetivos de la rescisión por lesión y los subjetivos del abuso o aprovechamiento de la ventaja injusta» (cursiva mía)¹²⁸⁰. E inmediatamente señala que «es la opción que desarrollan Del Pozo Carrascosa, Bosch Capdevila y Vaquer Aloy [apellidos, mayúsculas en el original] en su propuesta de regulación, soldando la lesión en más de la mitad en el supuesto de la ventaja injusta, presumiendo el beneficio excesivo cuando la lesión sea superior al 50 por 100 y facilitando, así, la carga probatoria de las circunstancias subjetivas a la parte débil»¹²⁸¹.

la prestació que ell fa i el desequilibri no es justifica en el caràcter litigiós d'alguna de les prestacions, en el risc assumit per les parts en els contractes aleatoris, o en la voluntat de donar la diferència, hom presumirà que existeix aprofitament injust si el perjudicat demostra que en el moment de la conclusió del contracte es trobava afectat per algun dels requisits subjectius previstos a la lletra a) de l'apartat anterior [èmfasi afegit]. 3. La part legitimada per anul·lar el contracte pot demanar a l'autoritat judicial l'adaptació del contracte, la qual, si ho considera oportú, pot ajustar-lo, d'acord amb les exigències de la bona fe i de la honradesa en els tractes, a allò que s'hauria acordat si no hagués existit aprofitament injust. 4. L'autoritat judicial també pot adaptar el contracte, a petició de la part contra la qual s'ha reclamat l'anul·lació per aprofitament injust, si la sol·licitant la saber de manera immediata a la part perjudicada la seva voluntat de mantenir el contracte, abans que aquesta hagi actuat d'acord amb la seva voluntat d'anul·lar-lo» (nota 96 de pp. 281-282).

MARTÍN CASALS explica las características de dicho artículo 61 y, entre otras, señala:

«(2) Si bien se destacaba la necesidad de que concurriesen elementos subjetivos y objetivos, se incluía, sin mucho convencimiento y con tal de que el Pleno se pronunciase sobre su conveniencia, la posibilidad de que pudiera existir aprovechamiento injusto sin desequilibrio económico, como prevé el artículo 3:44.4 BW [que transcribo *supra*, [19] [A.1]] y se manifiesta en el caso holandés anteriormente mencionado del contratante que induce a una viuda de edad avanzada a vender, aunque el precio pagado fuese el del mercado [sobre este caso, *supra*, [19] [A.3]].

(3) Se enlazaba con la tradición histórica de rescisión por lesión ultra dimidium, indicando que cuando el desequilibrio tuviese esta entidad (requisito objetivo) y concurriese en el lesionado alguna de las circunstancias subjetivas que le afecten (requisito subjetivo), el desequilibrio en más de la mitad permitiría presumir, salvo prueba en contrario, que el beneficiado conocía la situación del perjudicado y tenía voluntad de aprovecharse. Por tanto, el grave desequilibrio económico no sustituía la necesidad de concurrencia de los requisitos subjetivos por parte del perjudicado, sino que se limitaba a invertir la carga de la prueba respecto de los que se referían al beneficiado» (p. 281; traducción mía).

¹²⁸⁰ BARCELÓ COMPTE (2019) p. 148.

¹²⁸¹ a) BARCELÓ COMPTE (2019) p. 148. Más adelante indica: «[...] consideramos que el elemento objetivo de la desproporción entre las prestaciones podría presumirse cuando alcanzara el umbral del 50 por 100. Es decir, podemos [BARCELÓ COMPTE] presumir la existencia de una lesión económica cuando el desequilibrio entre las prestaciones de las partes consiguiera llegar al límite del 50 por 100. La acreditación de esta asimetría prestacional reduciría la arbitrariedad judicial ante la dificultad de determinar qué se entiende por desproporción excesiva entre las prestaciones y preservaría, asimismo, la seguridad contractual./ Además, sería conveniente establecer una segunda presunción, tal y como hace la presunción quebequense: a partir del desequilibrio importante entre las prestaciones contractuales (presumido, asimismo, en el umbral del 50 por 100), podemos presumir, también, el resto de requisitos que conforman la figura de la ventaja injusta, es decir, la situación de debilidad y el abuso de dicha situación con el fin de obtener un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta. Ello facilitaría la apreciación de los requisitos apuntados por los elementos subjetivos de la figura y correspondería a la parte beneficiada por el contrato la carga de probar que no había abusado de la situación de la otra parte./ Si la ganancia despro-

Más allá de lo referido para Barceló Compte, Ginés Castellet es asimismo partidaria, *de lege ferenda*, de que si el perjudicado prueba que hubo una desproporción entre prestación y contraprestación que alcanzó el 50 por ciento, se presume que existió el supuesto de la ventaja injusta ¹²⁸².

porcionada no significara un desequilibrio superior a la mitad, cabría, por la parte que alegara la ventaja injusta, la necesidad de probar la existencia de un contexto comercial que ha debilitado su posición y el abuso por la otra parte de dicho contexto» [(2019) pp. 159-160; pero *vid.* hasta p. 162].

En nota 18 de p. 160, BARCELÓ COMPTE reproduce el tenor literal del artículo 1406.I del *Code civil du Québec* de 1991: «La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties; *le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation*» (cursiva mía).

b) Según el artículo 56 de la *Propuesta de Bosch Capdevila/del Pozo Carrascosa/Vaquero Aloy*: «Ventaja injusta/ 1. Si el conocimiento equivocado que una de las partes tiene del contenido fundamental del contrato resulta de su inexperiencia, ignorancia, falta de previsión o de su relación de confianza con la otra, o cuando la falta de libertad deriva de su situación económica angustiosa, su necesidad imperiosa, o su relación de dependencia con la otra parte, el contrato es anulable solamente en el caso en que la otra parte, conociendo o debiendo conocer estas circunstancias, se aprovecha de ellas para obtener un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta. 2./ Los requisitos exigidos por el apartado 1 de este artículo para la anulación del contrato se presumen cuando la parte perjudicada prueba que, en el momento de la conclusión del contrato, el valor de la contraprestación que recibe es inferior a la mitad del valor de su prestación. La presunción admite la prueba en contrario por la otra parte./ 3. El juez, a petición de la parte que haya recibido la notificación de anulación, puede adaptar el contrato a las exigencias de la buena fe y a los usos del tráfico jurídico» [BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUERO ALOY (2016) p. 201].

Sobre la presunción del reproducido artículo 56.2, BOSCH CAPDEVILA/DEL POZO CARRASCOSA/VAQUERO ALOY comentan: «Resulta obvia la dificultad de apreciación y de prueba de la concurrencia de algunos de los requisitos apuntados, como, por ejemplo, la calificación de «angustiosa» de la situación económica, el conocimiento por la otra parte de la situación de debilidad de la víctima, o el alcance del concepto de «beneficio excesivo» o «ventaja injusta». Por ello, y con la finalidad de objetivar de alguna manera una institución basada en circunstancias subjetivas, se presume, con carácter *iuris tantum*, que si la lesión es superior al 50 por 100, existe un beneficio excesivo que podrá dar lugar a la anulación del contrato; cuando no se llegue a este porcentaje, o la ventaja no se pueda cuantificar en estas magnitudes, el contrato también se podrá anular si se consiguen acreditar los requisitos antes apuntados» (p. 204).

Por su parte, según YÁÑEZ VIVERO, «¿[e]s realmente necesaria tal presunción [de dicho art. 56.2]? ¿Por qué objetivar algo que es subjetivo y que parte de una explotación o aprovechamiento de determinadas circunstancias? A mi juicio [YÁÑEZ VIVERO], es un modo de infiltrar o de introducir en aquellos ordenamientos que no reconocen la rescisión por lesión *ultradimidium* esta figura bajo la vestimenta o la máscara de otra. O es «ventaja injusta» o es simple «lesión enorme» [(2019) p. 57].

¹²⁸² Según GINÉS CASTELLET: «estimo acertada y acorde con una realidad casi innegable la regla que propone la presunción de explotación y de cumplimiento del resto de requisitos una vez acreditada la desproporción. Así es, por ejemplo y como ya se ha apuntado anteriormente, en la regulación de la lesión en el Código civil de Quebec, cuyo artículo 1406 [que transcribo en la nota inmediatamente anterior a esta, en a) último párrafo] establece [...]./ De esta manera, resulta que la prueba del defecto o disfunción en el ejercicio de la libertad contractual no sería necesaria, sino que la presencia de un importante desequilibrio hace presumir aquel defecto o disfunción, esto es, la explotación que ha debilitado o «viciado» el consentimiento. En otras palabras, el defecto de equivalencia de las prestaciones resultaría de un abuso de la potencia económica o de otro tipo de una parte contratante con respecto a la otra, lo que conferiría a la primera una ventaja excesiva, sobrepasando ofensivamente la medida de lo que es justo. De este modo, la existencia de la presunción de explotación debida al constatado desequilibrio exonera al sujeto que se estima perjudicado de la carga de la prueba (siempre difícil) de la explotación ajena de una situación de debilidad propia. En efecto, corresponderá, en este caso, a la parte beneficiada el acreditar que la desproporción no resulta de ninguna explotación normativamente intolerable y que, por tanto, no ha habido abuso de la posición de inferioridad de la contraparte. Ello tiene la virtud, a mi parecer [GINÉS CASTELLET], no solo de singularizar la figura frente a los vicios del consentimiento, sino, sobre todo, de evitar

[137] Comenzando a responder la cuestión que inicialmente planteé en [136], algunos autores se ocupan de diferenciar la ventaja injusta del dolo. Por ejemplo, Barceló Compte y Ginés Castellet.

a) Según Barceló Compte, en la ventaja injusta, el beneficiado *no creó el contexto negocial, ni contribuyó a hacer contractualmente más débil a la otra parte, lo que no sucede en los vicios del consentimiento (dolo, violencia), en los que hay un comportamiento activo en su causación, y por lo anterior, para la relevancia jurídica de la ventaja injusta se exigen más requisitos que los de la propia y previa debilidad de la otra parte*¹²⁸³. En diversas ocasiones,

que pueda ser una concepción vacua e inerte en la praxis jurídica./ *Es en esa senda que marca la regulación quebequense donde me parece que debiera avanzarse, ampliando e intensificando el juego de las presunciones. Por decirlo de alguna manera, las inferencias legales deberían operar en dos planos. En un primer lugar, a mi juicio [GINÉS CASTELLET], es, en efecto, oportuno de lege ferenda (es decir; debería ser una previsión normativamente prevista, como se hace en el Código civil de Quebec), presumir, a partir de la presencia de un importante desequilibrio entre las prestaciones contractuales, la concurrencia del resto de requisitos exigidos, situación enumerada de debilidad y explotación de la contraparte de dicha situación. Pero además, en mi opinión [GINÉS CASTELLET] asimismo de lege ferenda, sería también adecuado y pertinente establecer una ulterior (o, quizá mejor; previa) presunción, que debería ser legalmente establecida, la de entender que hay desequilibrio importante cuando este alcanza el umbral del cincuenta por ciento. De este modo, a partir de la acreditación, por la parte perjudicada, de la existencia de una disimetría en más de la mitad entre los valores de las prestaciones, se darían por concurrentes, salvo prueba en contrario, los presupuestos de beneficio excesivo y de explotación injusta de la posición de debilidad de la otra parte./ Por tanto, a partir de la prueba de aquel elemento fáctico (desproporción entre prestaciones en más de la mitad), la presunción alcanzaría a los dos tipos de requisitos que, como hemos visto, se exigen en todas las propuestas modernas de regulación de la explotación injusta: el objetivo o sustantivo y el doble subjetivo o procedimental./ [...] Evidentemente, [...], el juego de presunciones sugerido podría valer para los supuestos de ventaja o beneficio excesivo, valorable en términos económicos, pero no para los de ventaja injusta, cuando se dispone como algo distinto a aquello» [cursiva mía; InDret (2016) pp. 30-32].*

¹²⁸³ La idea de que *en la ventaja injusta*, lo que sucede es que, el que se aprovecha, *no creó la situación en la que se encontraba la otra parte*, sino que la aprovechó, mientras que *en los vicios del consentimiento*, el vicio lo provoca el otro contratante (al menos, en el dolo, la violencia y la intimidación), *se encuentra con relativa frecuencia entre los autores:*

a) Entre los que se sitúan en el derecho civil estatal, por ejemplo, GÓMEZ CALLE señala que *«tampoco el régimen de los clásicos vicios del consentimiento [del Código civil español] da respuesta a los casos que nos interesan [de explotación injusta, ventajismo o contratos abusivos o leoninos]»* (cursiva del original) y *«[e]llo es así porque»*, en estos casos, *«no concurren (o no tienen por qué concurrir) los presupuestos de esos vicios: no tiene por qué haber una falsa representación de la realidad del lado de la parte vulnerable, ni mediar maquinaciones fraudulentas, violencia o amenazas antijurídicas del lado de la parte beneficiada (o, en su caso, de un tercero)»* [esta otra cursiva mía; (2018) p. 207].

Y así, *para la intimidación*, explica que *«[l]a doctrina insiste particularmente en la diferenciación con la intimidación, quizá porque sea el supuesto más cercano al que estamos analizando, en el que la influencia o la presión ejercidas, en su caso, por la parte fuerte sobre la vulnerable puede tomar formas próximas a aquella»*, pero *«[e]n este sentido, los autores suelen destacar la ausencia de amenaza como rasgo distintivo del supuesto aquí analizado frente a la intimidación»* (cursiva del original; p. 207). De modo sucesivo, la autora se refiere a los contratos celebrados en estado de necesidad, de peligro, en situación de terror o miedo ambiental, explicando las razones de su *no* encaje en el vicio de la intimidación, haciendo lo mismo para el contrato celebrado por temor reverencial del artículo 1267.IV CC y, *«[e]n definitiva, en casos como los expuestos, el régimen de la intimidación no permite a quien contrata desde una*

apunta Barceló Compte, en la ventaja injusta hay un *cuasi dolo* (no se llega, pues, al nivel del dolo vicio); hay un *vicio potencial*. Además, si bien entiende que *la distinción con el dolo causal* es clara, ya que este permite la anulación del contrato y la ventaja injusta la rescisión del contrato o su adaptación (los remedios son distintos), en lo que se refiere al *dolo incidental*, el cual solo permite la indemnización de daños y perjuicios, la distinción es difusa o tenue (la frontera es opaca)¹²⁸⁴.

posición de necesidad, dependencia o subordinación desvincularse del compromiso asumido –lo que tampoco es posible con base en la regulación del dolo si no hay «maquinaciones insidiosas»– (cursiva mía; p. 210; vid. desde p. 208).

Para la *violencia*, tras exponer la tesis de Bosch Capdevila que encaja la celebración del contrato en estado de necesidad en la violencia [doy cuenta *supra*, nota 165 b) y c) y [18] a) [A.3)], GÓMEZ CALLE concluye que «[e]n todo caso, como él mismo [Bosch Capdevila] destaca, ni la doctrina ni la jurisprudencia españolas han acogido su tesis» (p. 211.).

Y para el dolo, GÓMEZ CALLE considera que «quizá si se parte de una concepción *amplia* del mismo podrían resolverse *algunos* de los casos típicos de ventaja injusta, en los que hay captación de voluntad de la parte vulnerable», sin embargo, «aparte de que tal ampliación puede ser discutible por desdibujar los contornos del dolo, *aún dejaría sin resolver supuestos de explotación injusta en los que el perjudicado es plenamente consciente de que el contrato que celebra o la donación que realiza le perjudican, no obstante lo cual lo hace porque se ve obligado a ello por las circunstancias*» (cursiva mía; p. 211).

Vid. las consideraciones de YÁÑEZ VIVERO para el dolo y la ventaja injusta en la nota inmediatamente siguiente a esta.

b) Situándose en la *Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de 2009, BOSCH CAPDEVILA explica: «El artículo 1302 PM [PMCC de 2009] establece: «También puede anular el contrato la parte que ha sufrido el error, el dolo o el perjuicio a que se refiere el artículo anterior [esto es el art. 1301 PMCC de 2009, que regula la ventaja excesiva y transcribo *supra*, nota 114] cuando hayan sido *causados o provocados* por un tercero de cuyos actos responda o tenga conocimiento el otro contratante». El precepto [art. 1302 PMCC de 2009] da a entender, literalmente, *que si la explotación injusta ha sido causada por un tercero de cuyos actos responda o tenga conocimiento la parte que obtiene la ventaja, el contrato podrá ser anulado*. La cuestión que nos planteamos [BOSCH CAPDEVILA] es *si este artículo [1302 PMCC de 2009] tiene sentido en la explotación injusta*. Los precedentes del precepto –los arts. 4:111 PECL, y 3.11 Principios Unidroit– establecen en líneas generales la misma doctrina. *La cuestión es que mientras el error o el dolo pueden ser provocados por los actos de una persona (sea el propio contratante o un tercero), en la explotación injusta la falta de libertad o la debilidad del perjudicado no derivan de un acto humano, sino de una situación (por ejemplo, las dificultades económicas) o de una circunstancia personal (su inexperiencia, por ejemplo).* Por ello, el art. 1302 PM [PMCC de 2009] difícilmente tendrá aplicación en los casos de explotación injusta. *Supuesto distinto* es que el contrato hubiese sido concluido por el tercero, actuando como representante; en este caso, si el representante se ha aprovechado de la debilidad del otro contratante para obtener una ventaja excesiva, es obvio que, al encontrarse el contrato viciado, el principal se podrá ver afectado por la anulación del contrato, conforme al régimen general de la representación» [cursiva mía; (2012) pp. 383-384].

¹²⁸⁴ Por su parte, YÁÑEZ VIVERO se centra en las «concomitancias y distancias» existentes entre la ventaja injusta o desequilibrio a causa de un aprovechamiento injusto y el dolo incidental «para determinar si nuestra figura encaja o no en el molde del dolo incidental, *que haga prescindible una regulación específica del ventajismo contractual en aquellos ordenamientos que ya regulan el dolo incidental*» [cursiva mía; (2019) pp. 71-72].

Según YÁÑEZ VIVERO: «En nuestro supuesto se producen daños similares a los que desencadena el dolo incidental: en concreto, el de realizar un contrato que se hubiera querido de otro modo, pero que por la presión externa, unida al abuso de circunstancias, se ha celebrado con unas condiciones diversas a las deseadas o queridas por el sujeto. Hay, pues, coincidencia con el dolo incidental, *pero falta una voluntad decidida de engañar, ni siquiera a través del silencio o de la omisión de información, como sí hay en el*

[A] Lo anterior lo extraigo de estos textos de Barceló Compte:

a) «Antes de introducir las situaciones en las que se puede encontrar la parte débil [en la ventaja injusta], cabe señalar que las características que las aúnan a todas ellas es su configuración como *vicio potencial*, que impide que el consentimiento prestado por la parte débil sea del todo libre. Así, *se distancian de los tradicionales vicios del consentimiento, ya que, en los supuestos de explotación o ventaja injusta, la parte beneficiada no ha creado ese contexto negocial ni ha contribuido a hacer más débil (en términos contractuales) a la otra parte. Es un determinado espacio contractual en el que se encuentra la parte perjudicada y en la que la otra parte no ha tenido ninguna intervención. Podemos hablar de una suerte de actuación cuasi dolosa de la parte beneficiada en la perjudicada («cuasi dolo» o «seudo dolo»).*

La figura [de la ventaja injusta] se enmarca en un fenómeno próximo a un vicio del consentimiento; *pero constituye una causa autónoma de protección de la parte débil, ya que, como veremos, en sede de remedios, no solo se da la posibilidad de anular/rescindir el contrato, sino también de conservarlo, factor de corrección que no es posible cuando interviene algún vicio del consentimiento, salvo situaciones en las que se aprecia una menor incidencia del vicio en la formación de la voluntad, como sucede en los casos de dolo incidental (ex art. 1270.2 CCE)*»¹²⁸⁵.

b) «Bigwood [apellido, mayúsculas en el original] define la explotación como aquella actitud de *«taking unjust advantage of another for one's own advantage or benefit»*. La cuestión, entendemos [Barceló Compte], debe examinarse desde la justicia procedimental: la intencionalidad de la parte beneficiada debe

dolo incidental. / Al sujeto beneficiado por el contrato no le es necesario emplear maquinaciones insidiosas o fraudulentas, ni siquiera omitir información relevante para llevar al otro a contratar. El otro necesita contratar o quiere contratar, pero no por las maquinaciones u omisiones insidiosas de la otra parte, sino por una serie de circunstancias como la confianza, inexperiencia, necesidad económica, que lo empujan a contratar. Si la omisión de información es deliberada y es la causa determinante que lleva al otro sujeto a contratar en determinadas condiciones, entonces entraremos, seguramente, en otro terreno, el propio de otros vicios del consentimiento, como el dolo o el error» (cursiva mía; p. 72).

Y con anterioridad, YÁÑEZ VIVERO apunta: «Se ha dicho que, en el marco de una interpretación renovadora de la jurisprudencia a través del dolo incidental, los supuestos en los que uno de los contratantes abuse de la ligereza o inexperiencia de la otra podrían constituir manifestaciones del dolo incidental [en nota 79 de p. 70, cita a Barceló Compte, y Rubio Gimeno]. Como se sabe, esta modalidad de dolo consiste en el empleo de maquinaciones insidiosas o fraudulentas que no son determinantes de la celebración de un contrato pero sí del contenido del mismo, de modo tal que quien ha celebrado el contrato bajo dolo incidental lo hubiera celebrado pero no del mismo modo. / Con todo, no puede ignorarse que el dolo incidental es dolo y que, por consiguiente, hay un conjunto de maquinaciones insidiosas tendentes a producir en el otro contratante una situación de engaño. Se produce, es cierto, una diferencia significativa en el resultado final del contrato celebrado bajo una u otra modalidad de dolo: el contratante que ha contratado movido por una maquinación dolosa constitutiva de dolo causante tiene siempre en su mano la posibilidad de anular el contrato. En el dolo incidental tal circunstancia no se da: el contratante que ha sufrido el dolo tiene que asumir el contrato tal como lo celebró y cumplirlo sin disponer de ninguna acción de anulación, y solo de una acción de indemnización de daños y perjuicios, ex artículo 1270 *in fine* de nuestro Código Civil. / En la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo la apreciación de dolo incidental está bastante ligada a caso de silencio u omisión de información por parte de uno de los contratantes. [...]» (pp. 70-71).

¹²⁸⁵ BARCELÓ COMPTE (2019) pp. 108-109.

observarse en los términos de la autonomía de la parte débil, que es a quien se dirige la norma. *La explotación en los casos de ventaja injusta es una explotación pasiva; no llega al nivel del vicio del consentimiento consistente en el dolo, ni siquiera el incidental, o la violencia (porque la parte beneficiada no ha sido activa en la creación de un estado o contexto negocial determinado que ha debilitado la emisión de un consentimiento totalmente libre por la otra parte, cosa que sí se da en los supuestos enmarcados en un vicio del consentimiento [esta cursiva mía]; los supuestos que describen los textos de soft law como situaciones en las que se puede encontrar la parte débil no han sido creados por la parte que resulta beneficiada por el contrato). Podemos hablar de una suerte de explotación por omisión: la parte beneficiada se aprovecha intencionadamente o de una forma imprudente de la situación en la que se encuentra la otra parte [esta cursiva mía]. Existe un conocimiento efectivo o potencial por la parte fuerte en el contrato, que puede explotar o aprovecharse bien de la merma de capacidad de negociación de la parte débil—sin ser consciente de la existencia de dicha merma— o sabiendo que existe, pero sin saber qué situación de las que relatan los textos del soft law deriva. O de ambas. La situación de debilidad en la que se encuentra una de las partes solo adquiere relevancia en términos jurídicos cuando esta resulta en un contrato altamente desequilibrado [cursiva mía]. Existe un contexto negocial que propicia una voluntad que no basta, per se, para anular el contrato. La institución se triangula entre el elemento objetivo de la desproporción y los subjetivos divididos en el estado negocial en el que se encuentra una parte y el elemento relativo a la explotación de dicho estado por la otra, mermando su capacidad de negociación y resultando en la celebración de un contrato altamente injusto. Si alguno de los tres elementos no concurre, la acción no debería prosperar [cursiva mía]*»¹²⁸⁶.

c) «La explotación, desde este punto de vista situado *ex ante*, se caracteriza porque hay una conducta que no cumple con un estándar específico (relativo a no aprovecharse indebidamente del contexto negocial en que se encuentra la parte débil o de la merma de aptitud o capacidad de negociación) que se puede traducir en una intención de explotar o bien, aunque no exista dicha intención, hay una explotación inconsciente de las circunstancias de la otra parte («*full exploitative intention or advertent recklessness*»). Puede entablarse una suerte de presunción de la cognoscibilidad del estado de necesidad de la otra parte ante un contrato injusto, es decir, la parte beneficiada es consciente de la situación de debilidad de la otra parte (o hay indicios suficientes como para que debiera conocerlo). *La frontera [de la ventaja o explotación injusta] con el dolo incidental en estos casos es difusa o tenue: en los casos de dolo incidental, el contratante (parte débil) movido por el dolo, que no puede decir que no haya tenido voluntad contractual—como en cualquier supuesto de voluntad viciada—, puede, sin embargo, alegar que si no hubiera surgido el dolo (incidental) hubiera celebrado el*

¹²⁸⁶ BARCELÓ COMPTE (2019) pp. 120-121. De interés esto otro: «Asimismo, la violencia (económica) entraña una suerte de explotación activa, a diferencia de lo que hemos descrito para la explotación o ventaja injusta [...] en que la conducta era pasiva (explotación por omisión) o en un grado menor que la que se desprende de los casos de dolo o violencia. Reseñan una intencionalidad más fuerte, de convencimiento de la otra parte para que se celebre el contrato» (cursiva mía; p. 133).

contrato, pero lo hubiera hecho en unas condiciones más beneficiosas. Difieren, sin embargo, en sede de remedios: los casos de dolo incidental solo admiten una solución indemnizatoria, no resolutive o adaptativa como sí prevén los casos de ventaja o explotación injusta. Ello se justifica por la existencia de un daño en los casos de dolo que debe ser indemnizado; en los otros, el daño no es tan explícito. Observamos [Barceló Compte], además, una tendencia a objetivar la apreciación del dolo, a través de deberes de información»¹²⁸⁷.

d) «Ello nos ha permitido llamar la atención sobre la figura del dolo incidental; según establece Díez-Picazo [apellido, mayúsculas en el original], «inicialmente podemos entender que experimenta un daño quien sufre un detrimento caracterizado por la desaparición de un valor patrimonial valioso o aquel a quien se le impone efectuar una salida de valores patrimoniales para cumplir. En el caso concreto, solo puede hablarse de daño en la medida en que exista un modelo contractual equitativo en el que el intercambio se realiza justamente, probablemente porque no se puede hablar de plena libertad contractual y no nos encontramos en presencia de contratos cuya justicia se deriva de haber sido limpia y lisa mente aceptada». Ello coincide con los supuestos de ventaja injusta; *sin embargo, en los casos de dolo, es este la causa del contrato; es decir, el dolo supone la reunión de cuatro elementos: un acto ilícito, la intención de engañar, un perjuicio causado y una relación de causa a efecto entre el perjuicio sufrido y el error consecuencia del dolo*. Si bien, en los casos descritos por el dolo incidental (*ex art. 1270.II CCE*), la mala fe, aunque no haya sido la causa determinante del contrato, ha producido unos daños a la otra parte, lo que hace surgir la obligación de indemnizar; ya que no deja de ser una maquinación dolosa constitutiva de un delito civil. *Conviene recordar que el contexto negocial en el que se encuentra la parte perjudicada no ha sido creada por la otra parte, y aquí es donde dista la figura de la ventaja injusta del dolo incidental»* (cursiva mía)¹²⁸⁸.

e) «Siguiendo el parecer de García Rubio y Otero Crespo [apellidos, mayúsculas en el original] podemos señalar que existen situaciones en las que, pese a no haberse respetado de una forma escrupulosa los deberes precontractuales, el contrato se celebra, es válido, y no procede, *a priori*, la desvinculación del mismo. Esta situación puede derivar de la violación de deberes precontractuales, de información, que han conducido a que uno de los contratantes, el más débil, haya celebrado un contrato que le ha resultado desventajoso, distinto del que hubiera acordado si, por ejemplo, hubiera contado con una información íntegra y correcta.

En supuestos como el descrito arriba la desvinculación contractual puede no proceder porque, por ejemplo, las circunstancias del caso no permiten considerar la existencia de un vicio del consentimiento que pudiera anular el contrato que ha resultado en una situación desventajosa para una de las partes. Entre nosotros, el Código civil español permite, sin embargo, que la parte perjudicada por un contrato que le vincula en condiciones desventajosas como consecuencia de una violación de un deber precontractual obtenga una indemnización, a través de la figura del dolo incidental ex art. 1270.2 CCE.

¹²⁸⁷ BARCELÓ COMPTE (2019) pp. 122-123.

¹²⁸⁸ BARCELÓ COMPTE (2019) pp. 125-126.

En algunos casos, la figura del dolo incidental y la de la ventaja injusta estarán separadas por una frontera opaca; en los supuestos de ventaja injusta, [...], la parte perjudicada podrá ir más allá de un remedio estrictamente reparatorio y optar por la rescisión o por la adaptación del contratos mientras que en los supuestos descritos por el art. 1270.2 CCE, la solución operará en términos indemnizatorios (normalmente una rebaja del precio) y, por tanto, en el terreno de la adaptación del contrato. En los casos de dolo incidental nos encontramos con circunstancias que no tienen la entidad de un vicio del consentimiento, y se resuelven a través de la observación de un remedio reparatorio. Salta a la vista, pues, la similitud con la figura de la ventaja injusta» (cursiva mía)¹²⁸⁹.

f) «En los casos descritos por los supuestos de ventaja injusta ya hemos visto que existe *un vicio potencial*, una voluntad susceptible de ser captada por el otro contratante; pero *no es un estado que haya sido provocado por la parte que resulta beneficiada por el contrato, sino que el contexto en el que se encuentra la parte débil es prenegocial y ajeno a la intervención del otro contratante, del que este simplemente es consciente o es inexcusable que no lo sea*. La parte débil es ignorante, imprevisora o inexperta; o tiene poca habilidad en la negociación o bien mantiene una relación de confianza o de dependencia con la otra parte. Dicha circunstancia da lugar a un beneficio excesivo o ventaja injusta, por tanto, un efecto injusto para el ordenamiento jurídico y que demanda un remedio; en atención a que se enmarca dentro de un supuesto de ineficacia funcional, el remedio que mejor acoge dicho supuesto es el rescisorio» (cursiva mía)¹²⁹⁰.

g) «Estas diferencias técnicas son calificadas de ínfimas por Martín Pérez (apellidos, mayúsculas en el original), que señala que la diferencia entre ambos remedios de ineficacia debe buscarse en el fundamento que reside en ellos; es decir, la anulabilidad protege a los sujetos incapaces y a los que, siendo capaces, han prestado su consentimiento viciado por error, dolo o violencia o intimidación, o por algún otro defecto. Son casos en los que el proceso de formación de la voluntad contractual está viciado por circunstancias internas o externas al sujeto. La rescisión, por su parte, lo que persigue es evitar un resultado injusto derivado del efecto del contrato; persigue evitar una lesión económica a una de las partes, el contratante más débil.

En los ejemplos descritos por los supuestos de ventaja injusta, tampoco la parte fuerte ha creado dicho estado de debilidad sino que existe esta voluntad captable, aprovechada por la otra parte. Pero en un grado menor al de los tradicionales vicios del convencimiento [sic; consentimiento]. Aunque la amplitud de miras de la norma permite albergar en su seno, como hemos visto, supuestos en los que la parte perjudicada sin influencia ni incitación de la otra otorga el contrato» (cursiva mía)¹²⁹¹.

b) Refiriéndose al artículo 621-45 del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat que transcribo *supra*, nota 1199 a), Ginés Castellet entiende que en la

¹²⁸⁹ BARCELÓ COMPTE (2019) pp. 167-168; *vid.* además pp. 172-173.

¹²⁹⁰ BARCELÓ COMPTE (2019) p. 180; pero *vid.* hasta p. 182.

¹²⁹¹ BARCELÓ COMPTE (2019) p. 185.

ventaja injusta *no se está ante un clásico vicio del consentimiento*. En su opinión, *en la ventaja injusta, existe en la parte perjudicada una suerte de hipótesis de consentimiento imperfecto, debido a la explotación desleal por la otra parte de la connatural situación de debilidad de la primera, lo que se traduce en un grave perjuicio, normalmente económico, pero, aunque no se tutele la intrínseca justicia del intercambio, sino la formal corrección en la toma de la decisión y realización del intercambio, la imperfección del proceso de contratación encierra, en sí, una valoración del contenido contractual (ha de haber ventaja injusta o excesiva). En cambio, los vicios del consentimiento (error, dolo, intimidación) suponen que la voluntad contractual no nace en las condiciones de conciencia y libertad que exige el ordenamiento para la válida formación de dicha voluntad, no importando cuál sea el contenido del contrato, y así, por muy equitativo que el intercambio contractual sea, el contrato podrá anularse*. Por otro lado, y para la ventaja injusta, Ginés Castellet señala que *no se requiere que la situación de debilidad la provoque el otro contratante, bastando el prevalimiento de la fragilidad*, incluso si esta es anterior, lo que es lo más frecuente.

[A] En palabras de Ginés Castellet:

a) «Ahondando en la naturaleza o calificación jurídica de la «ventaja excesiva» o de la «explotación injusta» como causa de ineficacia del contrato, me parece [Ginés Castellet] que no concuerda exactamente con la de un vicio del consentimiento a la clásica usanza. Ciertamente es que, desde hace algún tiempo, la opción mayoritaria es [...] la de inclinarse resueltamente por un esquema más «subjetivizado» de la clásica ineficacia del contrato por lesión, tomando el patrón de reglas como las que dispone el art. 21 del Código de Obligaciones suizo [que transcribo *supra*, nota 185, b.2)] y con una dejación prácticamente definitiva de moldes más objetivos como el que se contiene en el art. 1674 del Código civil francés, en el [entonces vigente art.] 321 CDCC [que transcribo *supra*, nota 1241 a)], o en el art. 621-46 Proyecto Libro VI CCCat [que transcribo *supra*, nota 1244]. Pero eso no transmuta, en mi opinión [Ginés Castellet], la figura de la explotación injusta en un vicio del consentimiento al estilo de los tradicionales dolo, error o intimidación. La pauta que quizá podría ser útil como ángulo de referencia la encontramos en el Derecho helvético, y concretamente, el ya mencionado art. 21 de su Código de obligaciones, que se encuentra ubicado *a caballo* entre los artículos dedicados a los negocios ilícitos, esto es, contrarios a la ley, las buenas costumbres y el orden público (arts. 19 y 20) y los que se ocupan de los vicios del consentimiento (arts. 23 y ss.). Esa ubicación responde a que el supuesto que aborda el art. 21 [CO 1911] incluye, en verdad, –al igual que ocurre con el art. 1301 PMCCOC [PMCC de 2009, que transcribo *supra*, nota 114] y el art. 621-45 Proyecto Libro VI CCCat [que transcribo *supra*, nota 1199 a)]– ingredientes de los dos motivos de invalidez y/o ineficacia contractual.

Y es que, en efecto, [...], la influencia indebida en la formación de la voluntad contractual de una de las partes no es suficiente para dar curso a la privación de efectos del contrato prevista por los textos analizados, sino que se requiere

además que esta influencia indebida arroje un determinado resultado, esto es una situación de desequilibrio contractual en forma de ventaja excesiva (en palabras del art. 3.2.7 *PICC* [que transcribo *supra*, [5] [C]] o del art. 1301 *PMCCOC* [PMCC de 2009, que transcribo *supra*, nota 114]) o manifiestamente injusta (en expresión utilizada en el art. 4: 109 *PECL* [que transcribo *supra*, [5] [A]], en el II.-7:207 *DCFR* [que transcribo *supra*, [5] [B]] y en el art. 621-45 Proyecto Libro VI CCCat [que transcribo *supra*, nota 1199 a]) a favor de una de las partes. [Las cursivas de este párrafo del original].

Podría hablarse de una suerte de hipótesis de consentimiento imperfecto, determinado por la explotación desleal de una connatural (en el sentido de no derivada de las condiciones de mercado) situación de inferioridad de una parte, que se ventila en un grave perjuicio, normalmente económico, para esta última, con lo que [...] no se está tutelando la intrínseca justicia del intercambio contractual, sino solo la formal corrección del proceso a través del cual el intercambio es decidido y realizado. Pero aquella imperfección en el proceso de contratación lleva ínsita, en su propia definición, la valoración del contenido contractual (que, como es sabido, debe traducirse en una ventaja injusta o excesiva para la parte beneficiada): ¿de qué manera, si no, va a poder apreciarse la explotación injusta o la obtención injustificada de una ventaja excesiva, que constituyen la base de la institución?

Los tradicionales vicios del consentimiento (error, dolo, intimidación) interfieren de tal modo en la construcción de la voluntad contractual, que impiden que esta nazca en las condiciones de conciencia y libertad que el ordenamiento estima indispensables para una válida formación de aquella voluntad. Ahí no importa cuál sea el contenido de lo pactado. Por muy congruo y equitativo que pueda resultar el intercambio acordado, ese acuerdo puede ser anulado por el defecto que presenta el itinerario constructivo. No ocurre exactamente igual con la explotación injusta o la ventaja excesiva. En este caso, la propia denominación y configuración del supuesto tomado en cuenta nos lleva de la mano a una inevitable ponderación del contenido del acuerdo contractual. No es solo que una de las partes ha aprovechado la frágil situación de la otra para arrastrarle a contratar sin más, sino para llevarle a contratar en condiciones inicuas para ella y correlativa y manifiestamente ventajosas para la otra parte. La primera hipótesis no es tomada en consideración por el ordenamiento, porque la eventual distorsión en el curso formativo del consentimiento contractual, sin que llegue a constituir un clásico vicio invalidante del consentimiento (engaño, violencia, error), no impide que aquel consentimiento se considere válidamente formado y no se aprecian, pues, razones para una intervención externa, que la toma en consideración del principio de certeza y seguridad jurídica parece desaconsejar vivamente. En la segunda hipótesis, la conversión de aquella influencia indebida en un resultado a todas luces injusto para el influenciado sí es estimada, desde el ordenamiento, como inadmisibles y, por ello, se ofrece auxilio y remedio a la parte desaventajada. Como vemos, es la combinación de ambos factores, de proceso

y de contenido, lo que origina la causa de invalidez/ineficacia contractual que nos ocupa» (cursiva mía) ¹²⁹².

b) «[N]o se exige que la situación de debilidad de una de las partes haya sido provocada por la otra parte: basta con que esta se haya prevalectido de esta fragilidad, aunque sea anterior (lo que, por otro lado, será lo más frecuente). No es tampoco necesario que la propuesta de celebración del contrato haya emanado de la parte que ha resultado favorecida: también puede apreciarse una explotación injusta en aquellos supuestos en que el acuerdo haya sido concluido a solitud inicial de la parte perjudicada» ¹²⁹³.

Y más allá de lo hasta ahora expuesto y acudiendo ahora a obras de carácter general de derecho catalán, en las que he consultado, se acoge para el dolo la tesis estricta (o restringida). En este sentido, por ejemplo, Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Capdevila exponen que «[e]l dolo es un engaño causado maliciosamente, engaño provocado a un contratante, haciéndole creer lo que no existe u ocultando la realidad (STS 3.10.2003)» ¹²⁹⁴. Monserrat Valero afirma

¹²⁹² GINÉS CASTELLET (2016) pp. 12-15.

Vid. supra, nota 1282, las consideraciones *de lege ferenda* de GINÉS CASTELLET acerca de establecer ciertas presunciones para la existencia de la ventaja injusta, cuya adopción, recuerdo, supondría «singularizar la figura [de la ventaja injusta] frente a los vicios del consentimiento».

¹²⁹³ GINÉS CASTELLET (2016) p. 29.

¹²⁹⁴ a) DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 237; analizan el dolo en pp. 236-239.

b) A propósito de la citada por los anteriores autores y en el cuerpo del texto, STS, 1.ª, 03.10.2003 (Pte. Excmo. Sr. D. Xabier O'Callaghan Muñoz):

«[...] / Las compañías aseguradoras demandadas [*Seguros Sud América, S.A., Seguros El Corte Inglés, vida, pensiones y reaseguros, S.A. y Seguros El Corte Inglés, ramos generales, S.A.*] no han probado ni el carácter GRAVE de la enfermedad precedente ni la realidad de CAUSA de la misma respecto al infarto. A su vez, tampoco llevaron a cabo, en el momento del contrato, comprobación alguna de la situación física del asegurado [Juan Ignacio].

En consecuencia, no aparece engaño –palabras o maquinaciones insidiosas– para calificar el dolo, que aprecian las sentencias de instancia, según del [*sic*] artículo 1269 del Código civil y según el artículo 10 de la Ley del contrato de seguro, que añade la culpa grave. Sentencias que, por cierto, no declaran la invalidez del contrato aplicando el Código civil, sino simplemente la exención del pago de la indemnización por las entidades aseguradoras que, sin embargo, siempre han percibido el importe de las primas» (mayúsculas, del original; FD 2.º).

«[...] / Siendo el dolo el error provocado por la actuación insidiosa de una parte contratante, como dice el artículo 1269 del Código civil, es decir, el engaño causado maliciosamente, engaño sugerido a un contratante, haciéndole creer lo que no existe u ocultando la realidad, como dice la sentencia de 23 de mayo de 1996 [que extracto *infra*, en el Anexo de sentencias], requiriendo un presupuesto subjetivo, la conducta de mala fe, y el objetivo, la gravedad, no aparece en el presente caso, en que no consta que la declaración del asegurado [Juan Ignacio] engañara a las aseguradoras [*Seguros Sud América, S.A., Seguros El Corte Inglés, vida, pensiones y reaseguros, S.A. y Seguros El Corte Inglés, ramos generales, S.A.*], pues no consta que padeciera enfermedad grave, ni consta que fuera la causa de la producción del siniestro. Tampoco, por otra parte, se ha pedido en este proceso, el efecto propio de la anulabilidad del contrato.

Asimismo, por las mismas razones, no aparece el dolo o culpa grave que contempla el último inciso del párrafo tercero del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro [que transcribo *supra*, nota 348] para liberar de la obligación de pago a la entidad aseguradora. En las sentencias de instancia, no aparece acreditado el dolo o la culpa, sino una respuesta negativa a una pregunta sobre enfermedad grave, gravedad que no se ha declarado acreditada ni tampoco que sea causa o concausa de la producción de la incapacidad, riesgo asegurado» (FD 3.º).

que el dolo «[e]s el error inducido mediante engaño a un contratante por el otro contratante»¹²⁹⁵. O, por último, Llebaría Samper explica, que «[a] la falsa representación de la realidad puede llegar la parte contratante a través de dos vías», siendo «[u]na, el error, de manera propia y espontánea, y, la otra, el dolo, mediante el engaño a que es inducida por la otra parte contratante (por ejemplo, venta de un cuadro falsificado haciéndolo pasar a sabiendas por un original)»¹²⁹⁶.

En cuanto a los hechos y en esencia, en abril de 1989, a Juan Ignacio se le diagnostica diabetes *mel litus* y tenía antecedentes de hipercolesterolemia y psoriasis. En mayo de 1989, firma un boletín de adhesión a un contrato de seguro, en el que aparece la pregunta de si padece enfermedad grave o limitación física y Juan Ignacio contesta que no, perfeccionándose en dicha fecha el contrato de seguro por fallecimiento o invalidez permanente absoluta. El 11.11.1992, Juan Ignacio sufre un infarto de miocardio y el 31.08.1993, la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social le declara en situación de invalidez permanente en grado de incapacidad absoluta y certifica un cuadro residual (cardiopatía isquémica, etc.). Juan Ignacio demanda a *Seguros Sud América, S.A., Seguros El Corte Inglés, vida, pensiones y reaseguros, S.A. y Seguros El Corte Inglés, ramos generales, S.A.* y pide, entre otras cosas, el pago de determinada cantidad (indemnización del seguro). En primera y en segunda instancia se desestima su demanda, pero, no se probó que la enfermedad de Juan Ignacio, anterior al seguro celebrado, fuera grave, ni que causare o fuere concausa del contrato, lo que el Tribunal Supremo reitera y por ello, no aprecia engaño en Juan Ignacio, casando la sentencia y condenando a las compañías aseguradoras al pago de determinada cantidad. Extracto sus hechos *infra*, en el Anexo de sentencias.

¹²⁹⁵ a) MONSERRAT VALERO (2021) p. 243; continúa: «Para la invalidez del contrato es necesario que el error sufrido a consecuencia del dolo sea el determinante de la celebración del contrato (dolo causal) (art. 1269) [...] / El dolo ha de ser grave (art. 1270.1.º), es decir, que el engaño sea de entidad suficiente para ser creíble. [...] / Aunque el dolo produce error y, entonces, se puede invalidar el contrato por error, el CC regula el dolo como vicio del consentimiento independiente del error porque el dolo vicia el consentimiento aunque el error que produzca no fuera suficiente, como error, para vicarlo: por ejemplo, si el dolo produce un error en los motivos se puede impugnar el contrato por dolo, aunque el error en los motivos no causado por dolo no invalide el contrato» (pp. 243-244).

b) *Para la ventaja injusta*, MONSERRAT VALERO entiende que «[l]as circunstancias subjetivas que considera la norma [el art. 621-45.1 CCCat] no son causa de anulabilidad de los contratos, o al menos, no lo son necesariamente. 1) Una de las partes depende de la otra. Que el dependiente celebre un contrato, con la persona de la que depende, que le perjudica y que no habría celebrado, de no existir la dependencia, no es motivo para anular el contrato por intimidación, pues el temor reverencial –desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto– no da lugar a la intimidación [...]. Que el perjudicado confíe, por la especial relación con la otra parte contractual, en esta y que no ponga atención en el contenido del contrato, no comporta celebrar el contrato con vicios de la voluntad. 2) Tampoco se puede anular un contrato por intimidación, por el hecho de haberse celebrado en situación de vulneración económica o necesidad, pues al no amenazar nadie con un mal no se considera que hay intimidación cuando alguien celebra un contrato en una situación psicológica de peligro o de necesidad que de otro modo no hubiera realizado [...]. Que el perjudicado fuera incapaz de prever que el contrato le perjudicaba [...] o que era manifiestamente ignorante [...] son supuestos en que puede haber vicios del consentimiento o incluso ausencia de consentimiento. *La virtualidad que ofrece la ventaja injusta es que, en estos casos, el juez puede dejar ineficaz el contrato sin necesidad de que el perjudicado pruebe que se ha dado un vicio de la voluntad o ausencia de consentimiento. Y el problema que se nos presenta entonces es si el perjudicado puede pedir la rescisión o la nulidad, indiferentemente, o ha de intentar primer [sic: primero] un remedio y después el otro (aunque puede ejercitar ambas acciones en el mismo procedimiento, una como principal y la otra, como subsidiaria)*» (cursiva mía; pp. 384-385).

¹²⁹⁶ a) LLEBARÍA SAMPER (2021) p. 409; asimismo, entre otros posibles ejemplos: «Pero el dolo exige también el ánimo de engañar, se trate de un dolo activo u omisivo (ánimus *decipiendi*). La conducta empleada por la parte contratante forma parte de un ardid, de una estrategia dirigida con la única finalidad de engañar a la otra parte y, así, captar su voluntad (viciada)» (p. 410; analiza el dolo hasta p. 411); *vid.* además pp. 403-404.

b) En la misma obra consultada para Llebaría Samper en la anterior a), CARPI MARTÍN, *cuando explica la rescisión por ventaja injusta*, indica: «Mientras la rescisión por lesión en más de la mitad con-

Por todo lo anteriormente expuesto, entiendo que en el derecho catalán, la expresa acogida legislativa de la ventaja injusta supone un reforzamiento hacia el entendimiento de que, en el dolo del artículo 1269 CC, se acoge la tesis estricta (o restringida) del dolo.

3. LA RETICENCIA DOLOSA (O DOLO OMISIVO, O DOLO PASIVO) Y EL DEBER DE INFORMAR

[138] Al explicar la reticencia dolosa o dolo omisivo, o dolo pasivo, en relación con el artículo 1269 CC, me ocupo del deber (u obligación) de información precontractual, y destaco que el Código civil estatal no contiene una regla general sobre aquel (aquella), pero los autores lo(la) fundamentan en la buena fe (objetiva) y, según al autor que se acuda en consulta, se apunta a la buena fe como principio general del derecho o a la buena fe de los artículos 1258 o/y 7 CC (*supra*, [51]). *Recordado esto*, en el derecho catalán, el artículo 621-7 CCCat dispone, para el vendedor, un específico deber de información precontractual sobre las características del bien. Además, el artículo 111-7 CCCat ordena la observancia de las exigencias de la buena fe y de la honradez de los tratos, en las relaciones jurídicas privadas.

[A] *Los textos jurídicos*

Artículo 621-7 CCCat: «Deber de información

El vendedor, antes de la conclusión del contrato, debe facilitar al comprador la información relevante sobre las características del bien, teniendo en cuenta los conocimientos de las partes, la naturaleza y el coste de la información, así como las exigencias que resulten de la buena fe y la honradez de los actos».

Artículo 111-7 CCCat: «Buena fe

En las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos».

tinúa asentada en una causa puramente objetiva (lesión en el precio), en la rescisión por ventaja injusta la justificación debe buscarse en circunstancias subjetivas, ciertamente indeterminadas, y *que presentan connotaciones de vicios del consentimiento* (las relativas a la incapacidad, inexperiencia o confianza, por ejemplo), *que no tienen la entidad suficiente para configurarse como causas de invalidez del contrato, pero sí para permitir reclamar la ineficacia del contrato o su reparación*» (cursiva mía; p. 478).

Y también: «El mecanismo de la ventaja injusta será aplicable:/ 1.º De manera general, a todo tipo de contrato oneroso (art. 621-45.1 CCCat), *en el que sin existir un vicio del consentimiento que pueda conducir a la anulabilidad del contrato*, y sin necesidad de que exista una lesión en más de la mitad del valor de la contraprestación recibida, una parte del contrato, es dependiente de la otra, débil o vulnerable, por motivos económicos, jurídicos, sociales o formativos, sufre un desequilibrio en las prestaciones que recibe, directamente conectado con el beneficio o ventaja patrimonial que consigue, a su vez, la otra parte contratante. [...]» [cursiva mía; (2021) p. 478].

[B] *El Preámbulo de la Ley 3/2017 y el artículo 621-7 CCCat*

En dicho Preámbulo se informa:

«La regulación del deber de información incorpora una de las directrices básicas del moderno derecho europeo de contratos y pone freno a la asimetría de información que pueda haber entre vendedor y comprador a favor del primero. Así, el precepto [621-7 CCCat] introduce un deber de información, en beneficio del comprador, que permite incrementar la transparencia contractual, teniendo en cuenta los estándares razonables de integración de este deber y, muy destacadamente, los que resulten de la buena fe y la honradez de los tratos».

[C] *La buena fe y la honradez en los tratos del artículo 111-7 CCCat*

[C.1] *Para la buena fe del artículo 111-7 CCCat*, Puig Blanes/Sospedras Navas (coords.) señalan que este artículo «se inspira directamente en los «Principios del Derecho Europeo de Contratos» [...] y en su artículo 1:102 en el que se emplea el término inglés «good faith and fair dealing» (este último como indica la traducción castellana de los principios en el sentido de transparencia en los negocios, lealtad de las transacciones, honradez, confianza en los tratos)»¹²⁹⁷. Destacan que «[e]l tratamiento que se hace en el art. 117-7 del Código Civil de Cataluña de la buena fe supera [...] el límite contractual y *se convierte de esta forma en una «supranorma» que limita el ejercicio de cualquier derecho dentro de los márgenes que la misma establece. Comporta un patrón de conducta (en sentido objetivo) acorde con los perfiles éticos que la sociedad en la que se aplica la norma estima que deben regir como necesarios en las relaciones jurídico privadas (las máximas de la experiencia permiten conocer éstos) y tradicionalmente se asociaban a conceptos como honestidad, honradez, buenas costumbres o semejantes [...]. La buena fe puede afectar a diversas situaciones de la relación jurídica según cuál sea la naturaleza de la misma [...] si bien dados los términos genéricos del precepto [...], su operatividad en todas las materias cubiertas por el derecho civil es clara. La buena fe debe operar en todas las fases de la vida de la relación jurídica: desde su preparación hasta su extinción y en principio [...] se presume su existencia de forma que al que niega su concurrencia es a quien corresponde constatar aquellos actos de los que se deduce su inexistencia»* (cursiva mía)¹²⁹⁸.

[C.2] *Sobre la honradez en los tratos del artículo 111-7 CCCat*, Puig Blanes/Sospedra Navas (coords.) afirman que «se ha constituido como un principio propio y novedoso («fair dealing» expresamente incorporado en el Código Civil de Cataluña y reflejo de los «Principios de Derecho Contractual Europeo») y refuerza la objetividad del principio de la buena fe ya proclamada por la jurisprudencia al ser independiente del conocimiento o la ignorancia que de las circunstancias pudieren tener cada uno de los sujetos de la relación jurídica. Es un concepto que se vincula a nociones como la transparencia en los negocios, lealtad

¹²⁹⁷ PUIG BLANES/SOSPEDRA NAVAS (coords.) (2020) p. 72.

¹²⁹⁸ PUIG BLANES/SOSPEDRA NAVAS (coords.) (2020) p. 72.

de las transacciones, honradez, confianza en los tratos./ *Gracias al acogimiento de este principio [de honradez en los tratos] se desarrolla el carácter objetivo que se proclama del principio de buena fe general, expresándose con él la confianza que legítimamente tienen todos los que participan en el mercado en que todos los que actúan en él tendrán una conducta correcta*» (cursiva mía)¹²⁹⁹.

[139] Algunos autores han criticado este deber de información del artículo 621-7 CCCat.

Por ejemplo, para Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Capdevila, el «art. 621-7 CCCat introduce una norma sorprendente»¹³⁰⁰. Esto, porque «se trata de un deber –más exactamente, una carga– *general* de información sobre las características del bien vendido, *que afecta a cualquier vendedor, con independencia de la calidad con que actúa*» y «[e]n el Derecho contractual moderno, un deber de información de este tipo solo se impone en los contratos de consumo, por las asimetrías en los conocimientos técnicos entre empresario y consumidor» (cursiva mía)¹³⁰¹. Y por extender «el legislador catalán» dicho deber de información «a toda venta», *se incluyen «también a las ventas entre particulares»* (cursiva mía)¹³⁰². Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Capdevila consideran «que la justificación que de esta norma [del art. 621-7 CCCat] se contiene en el preámbulo de la Ley 3/2017 [...] no parece, cuanto menos, suficiente», a lo que añaden que «la llamada a la buena fe y a la honradez en los tratos constituye una reiteración del principio general asentado en el art. 111-7 CCCat» (vid. *supra*, [138] [B])¹³⁰³. Además, «tampoco se indica cuáles son los efectos de la inobservancia de esta carga»¹³⁰⁴. Y «[n]o parece que haya problema para excluir mediante pacto la aplicación de esta norma [del art. 621-7 CCCat] de las compraventas que no sean de consumo»¹³⁰⁵.

Por su parte, García Rubio lleva a cabo una bien dirigida batería de preguntas a propósito del artículo 621-7 CCCat. En concreto, cuestiona: «¿es una regla [la del art. 621-7 CCCat] únicamente aplicable a la compraventa o existe un deber de información precontractual análogo en los otros tipos contractuales?, ¿cuál es la naturaleza de este deber, contractual o extracontractual?, ¿qué sucede

¹²⁹⁹ PUIG BLANES/SOSPEDRA NAVAS (coords.) (2020) pp. 72-73.

¹³⁰⁰ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 411.

¹³⁰¹ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 411.

¹³⁰² DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 411.

¹³⁰³ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) pp. 411-412.

¹³⁰⁴ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 412.

¹³⁰⁵ DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) p. 412; continúan: «Una concreción del deber de información se observa en el art. 621-12 CCCat», que dispone, «[s]eguro/ [e] vendedor que no esté obligado a asegurar el bien y el transporte debe proporcionar, a solicitud del comprador, toda la información para la contratación del seguro».

si el vendedor no cumple el deber de información?, ¿qué sanción es entonces la procedente?, ¿se trataría de un supuesto de error excusable al que se habría de aplicar la normativa del Código Civil español sobre esta última figura, carente de regulación en la nueva ley [Libro VI del CCCat]?, ¿o quiere ser algo más que un supuesto de error?; si efectivamente es así y puesto que el deber de información precontractual es, como tal desconocido, en el vigente Código Civil español, ¿dónde han de buscarse las consecuencias de su incumplimiento? Demasiadas preguntas sin respuesta evidente, lo que con bastante probabilidad significa que el precepto transcrito [el art. 621-7 CCCat] será fuente inequívoca de inseguridad jurídica»¹³⁰⁶.

4. LOS EFECTOS DEL DOLO

[140] Recuerdo que, según el Código civil, el dolo causal legítima, al que lo sufrió, para la anulación del contrato (art. 1302 CC), siendo el plazo de ejercicio de cuatro años, plazo de caducidad y a computar desde la consumación del contrato (art. 1301 CC), aspectos de los que doy cuenta *supra*, [106] ss, y allí remito. Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy/Bosch Capdevila explican, para el derecho contractual catalán (lo que incluye al dolo causal) el régimen de la anulabilidad de los artículos 1301 CC ss¹³⁰⁷.

¹³⁰⁶ GARCÍA RUBIO (2018) p. 21; con anterioridad, indica que el artículo 621-7 CCCat es «una norma claramente inspirada en los textos del nuevo Derecho de contratos de fuente transnacional, que además ha gozado de gran predicamento en su transposición a los Derecho nacionales que ya han sido modernizados, aunque conviene advertir que en muchos de ellos se formula de manera más amplia, al bilateralizarse para ambas partes y aplicarse en general a todos los tipos contractuales».

¹³⁰⁷ a) *Para la anulabilidad del contrato*, DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA (2021) pp. 378-384. Señalan: «Las causas que pueden dar lugar a la anulación del contrato son las siguientes: [...] c) Los contratos concluidos con algún vicio de la voluntad (arts. 1265 y ss. CCEsp)» (pp. 378-379).

b) *Para los efectos de la anulabilidad contractual*, ya advertí que no es materia objeto de este trabajo, aunque me refiera a alguna regla del Código civil (*supra*, nota 862). DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA tratan de esas normas del Código civil (arts. 1303 ss) para el derecho catalán, en pp. 384-389. Exponen: «[c]uando lo que deba restituirse sea una cosa determinada –en el ejemplo antes propuesto, el piso–, el vendedor gozará de la acción reivindicatoria para recuperar la posesión del piso (art. 544-1 CCCat)», pues «la nulidad determinará que la transmisión de la propiedad derivada del contrato nulo no se entienda producida, de manera que, en virtud de la declaración de nulidad, el piso volverá a ser propiedad del vendedor, al que le faltará únicamente la recuperación de la posesión» (p. 386). También: «Además de la restitución de las cosas que hubiesen sido objeto del contrato, el art. 1303 CCCEsp obliga también a la restitución de los frutos y los intereses del precio. El precepto [1303 CC] no distingue en función de la buena o mala fe de los contratantes –es decir, según si se causó el vicio o se fue víctima del mismo–; sin embargo, como hace un sector de la doctrina, parece oportuno completar o corregir el art. 1303 CCEsp con las reglas sobre la liquidación de la posesión, arts. 522-2 y ss. CCCat, que sí distingue, en cuanto a los frutos a restituir, en función de si el poseedor es de buena o mala fe» (p. 386).

CAPÍTULO III

EL DOLO EN EL DERECHO NAVARRO

1. LA PRESENTACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL DOLO

[141] La ley 20 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra (o Fuero Nuevo) considera vicios de la voluntad al error, *dolo*, y violencia (física o moral), disponiendo la anulabilidad de la declaración ¹³⁰⁸.

¹³⁰⁸ a) Según la Ley 489 FN: «Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad. Las obligaciones serán nulas, anulables o rescindibles conforme a lo dispuesto en las leyes 19, 20 y 21».

b) Sobre esta ley 489 FN, EGUSQUIZA BALMASEDA comenta, que «[l]a referencia a «las obligaciones» como elemento al que se aplican las medidas de nulidad, anulabilidad o rescisión, aun cuando sea coherente con el sistema que se articula y permita justificar su empleo a todos los supuestos que bajo el término «convenio» pueden incluirse no deja de resultar llamativo, por cuanto la referencia habitual de la ineficacia suele ligarse a la situación general del fenómeno complejo de las relaciones convencionales o contractuales. Asignar ese efecto a la obligación supone que la eficacia de la medida que se articula se circunscribe a ésta y no a la globalidad del negocio, si bien ello puede llevar a que queden sin causa las otras obligaciones que integran esa relación, entrando en juego la ley 508 del FN que obliga a la restitución de lo retenido sin causa» [(2020) p. 2057].

c) Resalta EGUSQUIZA BALMASEDA que la finalidad de la ley 489 FN es excluir la categoría de la inexistencia, conformándose el sistema navarro por las categorías de la nulidad, anulabilidad y rescisión, y, si bien falta la de la nulidad parcial, la misma no se desconoce (así sucede en la ley 533.II FN, en su reforma por la Ley foral 21/2019). En concreto, explica EGUSQUIZA BALMASEDA:

«La lectura de este precepto [ley 489 FN, modificado por la Ley foral 21/2019] no deja de evocar las controversias doctrinales que se han sucedido en relación con la explicación del sistema de nulidades que acoge el Código Civil, construida dogmáticamente sobre la base de los arts. 6, 1261 y 1300. *Es precisamente esta cuestión la que explica la presencia de esta norma en el capítulo dedicado a «Las fuentes y efectos de las obligaciones» (Cap. I, Tít. I, Libro IV). La ley 489 del FN asume lo que constituye la doctrina más acabada, plasmada en el Codice civile Italiano de 1942, sobre la teoría de las nulidades, que se condensa en la consideración de que la invalidez queda circunscrita a las figuras de la nulidad y anulabilidad, desenchándose la figura de la «inexistencia» como supuesto típico de la invalidez total por falta de los elementos necesarios para el nacimiento del contrato*

[A] *El texto jurídico*

Ley 20 FN: «Vicios de la voluntad. Son anulables las declaraciones viciadas por error, dolo o violencia física o moral graves, pero no podrá alegarse el error inexcusable de hecho o de Derecho».

2. EL CONCEPTO DE DOLO. LA INFLUENCIA INDEBIDA Y EL ABUSO DE INFLUENCIA. LA RESCISIÓN POR LESIÓN

[142] *Supra*, [3], adelanté que, con la reforma por Ley foral 21/2019, en el Fuero Nuevo se introdujo la influencia indebida y el abuso de influencia en la ley 21 FN y dicha Ley foral 21/2019, además, reformó la rescisión por lesión, si bien manteniendo «sustancialmente la regulación anterior, con alguna modificación» y sin perjuicio de «la reubicación numérica de las normas relativas a esta institución»¹³⁰⁹. Son las vigentes leyes 500 a 506 FN, de las que particularmente me interesan las leyes 500 («Concepto»), 502 («Excepciones»), 503 («Acción») y 505 FN («Restitución»), las que regulan la rescisión por lesión, y sustituyen a las leyes 499 a 507 FN en su versión originaria de 1973¹³¹⁰.

–art. 1261 del CC– (consentimiento, objeto y causa). Así, nuestro Fuero Nuevo prescinde normativamente de una noción, la de «inexistencia», que ha servido al Tribunal Supremo para distinguir la aplicación de la sanción de nulidad a los contratos que carecían de los elementos esenciales «contratos inexistentes», de aquellos otros en los que la nulidad «de pleno derecho» se aplica por entender que se contraviene una norma de carácter imperativo –art. 6.3CC [sic]–» (cursiva mía, p. 2056); «[e]n el panorama normativo de la Compilación la nulidad y la anulabilidad son las categorías propias de la ineficacia e invalidez contractual [...]. Este panorama se completa normativamente con la referencia a la figura de la rescisión que, aún aplicada a los negocios válidos, comparte consecuencias comunes con esas formas de invalidez puesto que anuda una declaración de ineficacia. Dentro de este elenco general no figura un tipo de invalidez que ha ido adquiriendo un auge cada vez mayor dentro del sistema de nulidades sobre la que el Código Civil no reparó normativamente [...] y que en el momento presente se encuentra plenamente consolidada y reconocida dentro de la dogmática y jurisprudencia española: la nulidad parcial. La Ley Foral 21/2019 [...], aunque no ha enmendado este aspecto de la regulación, no ha desconocido tampoco esta realidad. La nueva dicción del párr. 2.º ley de la 533, párr. 2.º [sic], con el ladillo «nulidad parcial del pacto de interés», acoge esta sanción de invalidez, dentro del contrato de préstamos [sic], para «el pacto de intereses remuneratorios o moratorios ilícitos o abusivos», disponiendo la nulidad de pleno derecho de dichas cláusulas y plena eficacia del resto» (pp. 2056-2057).

¹³⁰⁹ SABATER BAYLE, «Ley 500» (2020) p. 2117. *Vid. supra*, nota 61 b).

¹³¹⁰ a) Ley 499 FN (versión 1973): «Concepto

Quien haya sufrido lesión enorme, a causa de un contrato oneroso que hubiere aceptado por apremiante necesidad o inexperiencia, podrá pedir la rescisión del mismo.

Se entenderá por lesión enorme el perjuicio de más de la mitad del valor de la prestación, estimada al tiempo del contrato. Si el perjuicio excediere de los dos tercios de aquel valor, la lesión se entenderá enormísima»

Ley 500 FN (versión 1973): «Sujeto

Siendo lo anterior así, del mismo modo que lo planteé para el derecho catalán *supra*, [136], para el derecho navarro me interesa si, habiéndose intro-

Siendo navarros todos los contratantes, procederá la rescisión por lesión sea cual fuere el lugar en que se hallare el objeto y el del otorgamiento del contrato.

Siendo navarro tan sólo alguno de los contratantes, procederá la rescisión cuando el contrato deba someterse a la Ley navarra.

En ningún caso podrá pedir la rescisión por lesión quien, profesional o habitualmente, se dedique al tráfico de las cosas objeto del contrato o fuere perito en ellas.

Ley 501 FN (versión 1973): «Objeto

La rescisión se dará no sólo en los contratos sobre bienes inmuebles, sino también sobre los muebles cuando se estime justificada la acción en consideración al valor de los mismos y al perjuicio causado por el contrato en relación al patrimonio».

Ley 502 FN (versión 1973): «Contrato sobre varias cosas conjuntamente

El contrato sobre varias cosas conjuntamente por un solo precio sólo podrá rescindirse por lesión en su totalidad, aunque se especifique separadamente el precio, valor o estimación de cada cosa»

Ley 503 FN (versión 1973): «Excepciones

No tendrá lugar la rescisión en los contratos de simple liberalidad, aleatorios o sobre objeto litigioso.

En las ventas efectuadas a carta de gracia o con pacto de retro, sólo se dará la rescisión cuando haya caducado el plazo o se haya extinguido el derecho a retraer. Cuando no se hubiese fijado plazo, se estará a lo dispuesto en la ley quinientos setenta y ocho».

Ley 504 FN (versión 1973): «Acción

La acción rescisoria por lesión es personal y transmisible a los herederos. No tendrá lugar cuando sean procedentes las acciones de saneamiento por vicios o defectos de la cosa, o la de nulidad del contrato.

La acción rescisoria por lesión prescribirá en los plazos establecidos en la ley 33».

Ley 505 FN (versión 1973): «Renuncia

La renuncia a la acción rescisoria, hecha simultánea o posteriormente al contrato a que se refiere, será válida siempre que observe al menos la forma utilizada para tal contrato. Sin embargo, no será válida la renuncia determinada por apremiante necesidad o por inexperiencia»

Ley 506 FN (versión 1973): «Restitución

a) Frutos. Declarada la rescisión, se restituirá la cosa con sus frutos, aplicándose en cuanto a éstos lo establecido en las leyes trescientos cincuenta y tres y trescientos cincuenta y cuatro.

b) Mejoras. No habrá derecho alguno al abono de mejoras, pero el demandado podrá retirarlas cuando puedan separarse sin menoscabo de la cosa a que se hubiesen unido.

c) Complemento del precio. Cuando la restitución no fuese posible porque el demandado no tuviera la cosa en su poder, deberá pagar sólo el complemento del precio, valor o estimación más los intereses legales.

Indemnización

En todo caso, se podrá evitar la rescisión mediante el abono de la indemnización a que se refiere el párrafo anterior».

Ley 507 FN (versión 1973): «Indivisibilidad de la acción

La acción de rescisión es indivisible y deberá ser ejercitada conjuntamente contra todos los obligados y por todos los que tengan derecho a ejercitarla, o por uno cualquiera de éstos respecto a la totalidad.

No habrá lugar a la rescisión cuando todos los obligados estén de acuerdo en indemnizar, y deberán hacerlo en la proporción que a cada uno corresponda.

Cuando sólo uno se disponga a ejercitar la acción, deberá notificarlo previamente a los otros que tengan derecho a la rescisión, para que puedan concurrir al litigio. Después de haberse ejercitado la acción por uno de ellos, deberá éste hacer partícipe a los otros del resultado favorable de la acción por él ejercida, deducidos los gastos de litigio».

b) Sobre la regulación de la rescisión por lesión en su versión de 1973, DELGADO ECHEVERRÍA, *RJN* (1987) pp. 13-26; también, por ejemplo, MOISSET DE ESPANÉS, *ADC* (1987) pp. 153-155, LINACERO DE LA FUENTE (2019) pp. 65-68; GÓMEZ CALLE (2018) pp. 46-48.

Advierto que cuando exponga *infra*, en el cuerpo del texto y siguiente [B], la *vigente* regulación de la rescisión por lesión navarra, en las notas a pie de página haré habitualmente referencia a la regulación de la rescisión por lesión en su versión de 1973, acudiendo al antes referido trabajo de DELGADO ECHEVERRÍA.

ducido la influencia indebida y el abuso de influencia, y manteniéndose, con reformas, la rescisión por lesión, lesión de carácter subjetivo, *esto ¿incide de algún modo en el concepto de dolo, a acoger en la ley 20 FN? O dicho con mayor concreción, ¿puede acogerse la tesis amplia del dolo (engaño que provoca error, e influencia indebida o captación de voluntad, abuso de la posición de superioridad)? ¿Tiene que acogerse la tesis estricta (o restringida; solo el engaño que provoca error)?*

Voy a exponer detenidamente, *primero*, los requisitos y efectos de la influencia indebida y del abuso de influencia, así como los de la lesión en más de la mitad, en este mismo [142]. *Luego*, responderé a las anteriores preguntas en el siguiente [143].

[A] *La influencia indebida y el abuso de influencia*

[A.1] *El Preámbulo de la Ley foral 21/2019 y los textos jurídicos*

[A.1.1] Preámbulo de la Ley foral 21/2019:

«Destaca [...] la distinción entre «nulidad, anulabilidad y rescisión» y «*vicios de la voluntad*», mediante su tratamiento desde el punto de vista de la capacidad en la ley 19, y desde la perspectiva del vicio invalidante de la voluntad, en la ley 20, *a las que se añade, ley 21, una modalidad tendente a la protección de situaciones de vulnerabilidad o dependencia –influencia indebida y abuso de influencia–, que se presentan sociológicamente de forma mayoritaria por razón del envejecimiento de la población, pero que no se limitan exclusivamente a esos supuestos y resultan aplicables a cualesquiera otros de dependencia fáctica*» (cursiva mía).

[A.1.2] Ley 21 FN: «La influencia indebida. Son anulables las declaraciones de voluntad realizadas en beneficio de quien, teniendo bajo su dependencia al otorgante, aprovecha esa situación para conseguir, para él u otros, una ventaja que de otro modo no hubiera obtenido.

Abuso de influencia. Asimismo son anulables las realizadas por la influencia abusiva de otro que aprovecha la confianza en él depositada, la *debilidad mental* [la debilidad mental, *se sustituyó* por la Ley foral 31/2022, por «*que se trate de personas con discapacidad para las que se hayan establecido medidas de apoyo cuando actúen sin el complemento previsto en dichas medidas*», y *es lo vigente; vid.* la DF primera de la Ley foral 31/2022, para las leyes modificadas de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra] o la angustia del declarante, con obtención de un beneficio».

[A.2] *Los requisitos de aplicación*

Con carácter acumulativo son:

a) Para la *influencia indebida* (ley 21.I FN), Hualde Manso explica que son «supuestos en que uno de los contratantes utilizando de forma abusiva la si-

tuación que tiene respecto a otra persona que dependa de él (dependencia económica, dependencia laboral, dependencia física, dependencia emocional o espiritual...) logra que aquél emita una declaración de voluntad que le reporta una ventaja que no hubiera obtenido de otro modo»¹³¹¹. Para Rueda Esteban, en la ley 21.I FN «se recoge [...] el abuso debido a una relación de dependencia de derecho»¹³¹².

Y para el *abuso de influencia* (ley 21.II FN), según Hualde Manso, «se hace frente al abuso de otro tipo de situaciones que no tienen como sustrato fáctico una relación de dependencia, sino factores más personales de la persona que padece el abuso: la confianza, la debilidad mental [recuérdese que esta última expresión es en la versión de la Ley foral 21/2019, y hoy el tenor normativo es «que se trate de persona con discapacidad para las que se hayan establecido medidas de apoyo cuando actúen sin el complemento previsto en dichas medidas»] o la angustia»¹³¹³. Para Rueda Esteban, en el abuso de influencia «se recoge el producido por una relación de dependencia de facto»¹³¹⁴.

¹³¹¹ HUALDE MANSO (2021) p. 105.

Más adelante explica: «En el Fuero Nuevo la dependencia adquiere una cierta autonomía. Este tipo de relaciones de dependencia se pueden producir en el ámbito laboral, y en determinadas situaciones del ámbito económico en las que una parte tiene una posición negociadora dominante en virtud de las condiciones del mercado (monopolio, empresas matriz-filial...) pero también cuando exista una dependencia psicológica en un grado tal que lleve a un debilitamiento de las habilidades en la contratación. En las relaciones de dependencia la voluntad está –por decirlo de alguna manera– subyugada o fuertemente condicionada. La contraparte tiene una superioridad que le permite aprovechar la subyugación y beneficiarse de ella» (p. 111).

¹³¹² RUEDA ESTEBAN (2021) p. 2278. *Vid. infra*, la segunda nota que sigue a esta.

¹³¹³ HUALDE MANSO (2021) p. 105.

¹³¹⁴ RUEDA ESTEBAN (2021) p. 2278.

El autor se plantea «qué es dependencia y quienes están bajo dependencia de alguien», pues «el legislador ha sido genérico e impreciso, lo que lleva a una interpretación subjetiva de lo que es necesario para que sean anuladas las declaraciones de voluntad conforme lo establecido por la norma [Ley 21 FN]». Así, «respecto a que se debe entender por *dependencia* [cursiva mía], existen las cuestiones de si se trata de sometimiento pleno o simplemente de influencia, lo que nos llevaría a la voluntad captada, que es algo que ha sido objeto de numerosos pleitos, por lo relativo de su apreciación y dificultoso de su prueba. Ciertamente, que lo que sea considerado como dependencia resulta de múltiples circunstancias subjetivas: el estado físico, psicológico, anímico, económico, y en definitiva un sin fin de situaciones personales e incluso a veces íntimas (un enamoramiento pueril, por ejemplo) que merman los sentidos de la persona influenciada. Indudablemente, en los procedimientos judiciales en los que se reclame la anulación de una disposición por esta causa de la dependencia, la prueba y la actividad forense van a dar mucho trabajo a los jueces» (p. 2300).

Y «en cuanto a quienes están bajo dependencia de alguien [cursiva mía], no se explica en la Ley 21 [FN] si las entidades de quienes se dependen, son personas físicas o también las jurídicas, si bien en la Ley 153 [FN, que transcribo en el cuerpo del texto, siguiente [A.3]] especifica la prohibición referido a ambas. Por tanto, ante la redacción de la Ley 153 [FN] y el silencio en la Ley 21 [FN], debemos entender que los serán ambas» (p. 2300). Por último, RUEDA ESTEBAN señala que «[e]n el amplio abanico que puede conformar este elenco de situaciones de dependencia encontramos [cursiva mía]: los hijos con quienes conviven los padres, los centros residenciales o asistenciales en los que están internadas las personas supuestamente dependientes; los empleados de esos centros residenciales o asistenciales; las personas que están al servicio sanitario, asistencial o sencillamente doméstico de las personas dependientes de ellos; los encargados de custodia de personas cuya capacidad no está modificada judicialmente, pero que no goza de una plena lucidez; personas con discapacidad física, para cuyos movimientos o desplazamiento y actividad

Concretando más las anteriores situaciones, para la relación de confianza, Hualde Manso apunta que «es cercana a la dependencia y a veces se puede mezclar con ella»; «[h]ay relación de confianza entre padres e hijos o entre una persona discapacitada y la que le presta apoyo, entre un abogado o un asesor financiero y sus clientes o entre un asesor financiero y su cliente [sic]»¹³¹⁵.

Para la debilidad mental [vuelvo a recordar que esta expresión es de la versión de la Ley foral 21/2019, y hoy el vigente tenor es, «*que se trate de personas con discapacidad para las que se hayan establecido medidas de apoyo cuando actúen sin el complemento previsto en dichas medidas*»], según Hualde Manso, se trata de «deficiencias de carácter subjetivo o personal» que, «en ocasiones serán intrínsecas a la persona por una discapacidad, pero otras veces [...] vendrá dada por elementos extraños, como el tiempo»¹³¹⁶. En este último sentido, «[l]as personas muy mayores que han perdido la habilidad negociadora están afectadas por debilidad mental en la medida en que no pueden apreciar con facilidad las características de un contrato, de su objeto, de sus consecuencias, las diferencias con otro contrato similar o con otro precio ... pero sobre todo pueden haber perdido la capacidad para negarse a contratar»¹³¹⁷.

Y sobre la angustia, según Hualde Manso, pueden incluirse las «situaciones de necesidad», y dentro de la «necesidad deben incluirse las situaciones de penuria, de dificultad o de premura económica y también las necesidades que se deriven de otras exigencias de la vida como la necesidad moral, familiar, personal, de salud», las cuales «se caracterizan por la urgencia o por la inmediatez que llevan a tomar decisiones contractuales injustas para la persona que las padece porque hay otra persona que se beneficia de tales situaciones»¹³¹⁸.

b) *Sobre el sujeto que abusa,* Hualde Manso destaca que, mientras que el abuso de dependencia (ley 21.I FN) permite la anulabilidad solo si el «abuso lo ejerce precisamente el otro contratante y no cuando cuando quien abusa es un tercero ajeno a la relación de dependencia», para el abuso de influencia (ley 21.II FN) se «declara anulables las declaraciones de voluntad emitidas bajo la influencia indebida de otro, pero no necesariamente del otro contratante o del favorecido por la atribución» (cursiva del original)¹³¹⁹.

c) *Sobre la ventaja* (ley 21.I FN) *o el beneficio* (ley 21.II FN), Hualde Manso considera que evocan «no sólo la consecución de una ganancia directamente cuantificable», sino «también el logro de otro tipo de provechos» (cursiva mía); «[e]n el término *ventaja* [esta cursiva del original] [...] se pueden incluir aquellas atribuciones que no lo son de efectivo o que no son atribuciones patrimoniales directas, sino atribuciones que colocan al beneficiario en una posición jurídica mejor que la que tenía antes, como puede ser la que se consigue cuando

diaria necesiten de alguien... Como vemos, aquí cabe un amplísimo elenco de personas. La ley ha sido imprecisa» (p. 2300).

¹³¹⁵ HUALDE MANSO (2021) p. 111.

¹³¹⁶ HUALDE MANSO (2021) p. 112.

¹³¹⁷ HUALDE MANSO (2021) p. 112.

¹³¹⁸ HUALDE MANSO (2021) p. 112.

¹³¹⁹ HUALDE MANSO (2021) p. 112.

se abusa de una persona vulnerable para que renuncie a un determinado derecho provocando que el beneficiario quede en una mejor situación jurídica» (esta otra cursiva, mía)¹³²⁰.

Además, la ventaja opera «*con independencia de la envergadura económica del beneficio que obtiene el abusador en el negocio*» (cursiva mía)¹³²¹. Esto es, «la ventaja [...] no tiene por qué ser excesiva, aunque es lógico pensar que la ventaja conseguida con el abuso» tendrá «una entidad suficiente para que sea admisible la declaración de anulabilidad»¹³²². Esta no exigencia de «una lesión patrimonial importante, una ventaja manifiestamente excesiva o un beneficio desproporcionado» conlleva, señala Hualde Manso, que «no pueda deducirse la existencia del abuso de la magnitud de la ventaja» y considera, «que la ley 21 FN hace pivotar la anulabilidad también sobre un elemento objetivo que [es] de distinto carácter y que se contienen en la expresión *ventaja que de otro modo no hubiera obtenido*» (cursiva del original); «[e]s decir, para declarar la anulabilidad «bastaría» con acreditar que la ventaja o el beneficio no se hubiera dado de no haberse producido el abuso» (cursiva mía)¹³²³.

Por su parte, Rueda Esteban considera que el aprovecharse de la situación para conseguir una ventaja que de otro modo no se hubiera obtenido (ley 21.I FN), «deja un mar de dudas y se aparece como un futuro semillero de pleitos», considerando que «[n]o ha podido ser más subjetivo el legislador»¹³²⁴.

¹³²⁰ HUALDE MANSO (2021) pp. 112-113.

¹³²¹ HUALDE MANSO (2021) p. 113; continúa: «Esta idea se fundamenta en el hecho de que el *leit motiv* de la institución es la de la erradicación de las explotaciones sobre personas en estado de debilidad posicional».

¹³²² HUALDE MANSO (2021) p. 113. Cfr. ley 153.II FN, que transcribo *infra*, en el cuerpo del texto y siguiente [A.3].

¹³²³ HUALDE MANSO (2021) p. 113.

¹³²⁴ RUEDA ESTEBAN (2021) p. 2305.

Al autor le preocupa especialmente la imprecisión de la norma y la dificultad de prueba, lo que se comprobará en sus siguientes textos:

a) «La literalidad del precepto exige, por una parte, que el influyente aproveche la situación para conseguir –para él u otros– una ventaja; y, además, que se pruebe que esa ventaja, de otro modo, no se hubiera conseguido. Esto va a propiciar que en los pleitos que se produzcan, se preste una especial atención a los hechos, en su pormenor, y a su minuciosa y detallada prueba. Porque con este grado de imprecisión cualquier interpretación se queda en la pura abstracción o gira en el vacío./ Pues bien, en la Ley 21 del Fuero, habría que precisar lo que es una «ventaja efectiva», y tras aclarar esto, determinar si esa ventaja no habría sido obtenida de otro modo. Esto en cuanto a la relatividad de los términos en los que está redactada la Ley 21 [FN]» (p. 2305).

b) «Se trata, en definitiva, de obtener y garantizar una seguridad jurídica que en el caso de la Ley 21 [FN] se hace necesaria, para evitar cuestionar cada declaración de voluntad en la que cualquier contratante pueda alegar una situación ventajosa para alguien. Por otra parte, la prueba de que «de otra forma no habría obtenido la ventaja», es tan relativa y subjetiva, como difícil de acreditar» (p. 2305).

c) «Pues bien, en el caso de la influencia indebida regulada por la Ley 21 [FN], hay que analizar la finalidad efectiva de la norma, y esta, no es más que la evitación del aprovechamiento de uno de los contratantes en perjuicio de su contraparte, prevaleciéndose de una situación de dependencia o de ascendencia sobre ellas./ El problema de esta finalidad y planteamiento es que la prueba de todos estos parámetros, sin llegar a ser una prueba diabólica, supone una difícil demostración, ya que se ha de acreditar no sólo la situación de dependencia, que no es complicada en sí, sino también que se ha deducido un aprovechamiento como consecuencia de ella y no de otras circunstancias, y lo que es más «diabólico», demostrar que de otra forma no hubiera conseguido esa ventaja y provecho» (p. 2306).

[A.3] *Su aplicación a los actos onerosos y a los gratuitos*

Es algo que los autores destacan.

Por ejemplo, Rubio Torrano señala que la ley 21 FN se sitúa en «la Compilación navarra, entre las normas de aplicación general», por lo que se refiere «a actos o contratos de naturaleza gratuita como lucrativa u onerosa»¹³²⁵. Por su parte, Hualde Manso manifiesta la aplicación de la ley 21 FN a los actos onerosos y a los gratuitos¹³²⁶. Para estos últimos, *además*, diferencia los supuestos de la ley 21 FN, de los de la ley 153 FN (este último ubicado en el Título I «Principios fundamentales» del Libro II «De las donaciones y sucesiones»). De conformidad con la ley 153 FN, que se ocupa de los «[r]equisitos para adquirir en casos especiales», «[l]as personas físicas o jurídicas, y los dependientes de las mismas, que presten al disponente, o le hayan prestado, servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga en virtud de una relación contractual solo pueden adquirir a título lucrativo «inter vivos» o «mortis causa» de aquel si la disposición es ordenada en documento otorgado bajo la fe pública notarial» (párrafo I); «[n]o precisará de tales requisitos la adquisición de cantidades u objetos de módico valor conforme a los usos sociales» (párrafo II). Según Hualde Manso, la ley 153 FN parte, lo mismo que la ley 21 FN, «de una idea de protección al disponente que tiene una relación concreta con el beneficiario del acto gratuito», *asociando a la ley 153 FN la nulidad del acto gratuito si no intervino fedatario público en el acto, y a la ley 21 FN, la anulabilidad*; y «[m]ientras que la ley 153 FN se sustenta en una idea preventiva de evitación de abusos y de forma radical «presume» el abuso atajándolo a través de una prohibición de actos a favor de determinadas personas, la ley 21 [FN] exige la demostración del abuso de la dependencia y del resto de circunstancias que establece la norma»¹³²⁷.

Y prevé, «[a]sí pues, la jurisprudencia y por su falta, la doctrina, deberán ir matizando unos parámetros reguladores de lo que sea ventaja, y, sobre todo, de los criterios para apreciar la situación en la que «de otro modo no se hubiera obtenido»» (p. 2307).

¹³²⁵ RUBIO TORRANO, «Ley 21» (2020) p. 78; continúa: «Que el acto o contrato impugnado sea de una u otra naturaleza resultará especialmente relevante a la hora de aplicar unos u otros preceptos: piénsese en una *compraventa* en la que algunos de los intervinientes –comprador o vendedor– sea el eventual beneficiario o bien el perjudicado, concurriendo una «influencia indebida» o un «abuso de influencia». Este supuesto *difiere mucho* de otro en el que el otorgante de un *testamento* y un posible destinatario del mismo (legatario, heredero ...) se encontrasen en una situación como la descrita en la ley 21. ¿Quién o quiénes tendrían en uno y otro caso legitimación para la acción de impugnación y solicitud de la anulación del correspondiente contrato o acto jurídico?» (cursiva mía).

¹³²⁶ HUALDE MANSO (2021) p. 108; continúa: «Esta solución puede calificarse como realista en un panorama de envejecimiento de la población donde hay multitud de situaciones de debilidad y de dependencia de muchos adultos. La posibilidad de beneficiarse de esa situación en la que se encuentra el declarante respecto al beneficiario de una atribución patrimonial es una realidad frecuente en los actos lucrativos tanto o más que en los onerosos. En sede contractual hay un desequilibrio entre las prestaciones intercambiadas por las partes que se traduce en un beneficio excesivo o ventaja manifiestamente injusta; en la donación el perjuicio patrimonial no obtiene compensación y el desequilibrio es inherente en los negocios jurídicos con causa gratuita».

¹³²⁷ a) HUALDE MANSO (2021) p. 109.

En cambio, RUEDA ESTEBAN entiende, que «[m]enos explícita es la redacción de la Ley 153 [FN] en cuanto al efecto del incumplimiento de la prohibición impuesta para disponer a título gratuito, pero en principio, parece que también es el de la anulabilidad» [(2021) p. 2292].

b) Sobre la ley 153 FN, PANIZA FULLANA apunta que «[a]nte la posibilidad de fraude o de manipulación de la voluntad de determinadas personas, en ocasiones en situaciones más vulnerables y por la espe-

[A.4] *El efecto*

La propia ley 21 FN señala el de la anulabilidad («[s]on anulables»; «[a]simismo son anulables»).

cial relación que puede tener con sus cuidadores, [la ley 153.I FN] establece como garantía la necesidad de formalizar el acto en escritura pública» y en tal «sentido, el comentarista de estas leyes de la primera edición de la obra [Mezquita del Cacho] se refiere en la ley 160 [FN, versión anterior], en relación a las dificultades en el cuidado de los ascendientes que en ocasiones acaban en residencias o centros donde cabe la posibilidad de lo que él llama: «captación de voluntades» [(2020) p. 669]. La ley 153.I FN «precisamente [...] trata de prevenir supuestos en los que podría darse esta mala fe en la actuación del donatario» y, «[c]omo afirma la STS de 8 de abril de 2016 [...], se trata de normas preventivas que tienen su fundamento en garantizar la libertad dispositiva del testador *«evitándole sugerencias o captaciones en un trance que le hace vulnerable a las presiones de quien, por razón de su ministerio, puede ejercer una gran influencia en el ánimo del enfermo»* (cursiva del original; pp. 669-670). El ámbito de aplicación subjetivo de la ley 153.I FN son «las personas físicas o jurídicas, y los dependientes de las mismas que o bien hayan prestado o estén prestando servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al disponente», y en cuanto al ámbito de aplicación objetivo de la ley 153.I FN, se trata de una «prestación de servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga en virtud de una relación contractual», excluyéndose «el plano familiar» (p. 670). Además, la disposición ha de hacerse «en documento público notarial» («[e]l requisito de la forma pública se alza como garante de la voluntad del disponente») y teniendo en cuenta el «solo pueden adquirir» de la ley 153.I FN, «parece que la forma pasa a ser requisitos *ad solemnitatem* y su consecuencia debería ser la nulidad de la disposición» (p. 670).

c) La citada en la anterior b), ley 160 FN, en su redacción anterior a la reforma por Ley foral 21/2019, disponía: «Donaciones universales/ Las donaciones universales sólo serán válidas cuando se hagan por razón de matrimonio o en escrituras de nombramiento de heredero, o cuando se establezcan pactos de comunidad familiar o de asistencia entre donantes y donatarios. A estas donaciones se aplicará lo dispuesto en las leyes ciento catorce, ciento quince y ciento dieciocho, y deberán otorgarse en la forma prevista en la ley ciento trece» (cursiva mía). En su comentario a esta ley 160 FN, el también antes citado en b), MEZQUITA DEL CACHO, exponía que «[l]as figuras instrumentales para canalizar estas donaciones se fijan en cuatro, que constituyen claros «*numerus clausus*»: la especie de donación por razón de matrimonio; las escrituras de nombramiento de heredero, los pactos de comunidad familiar y *los de asistencia entre donantes y donatarios*» [cursiva mía; (2002) p. 477]. Y es al analizar *qué son pactos de asistencia entre donantes y donatarios*, cuando MEZQUITA DEL CACHO hace la siguiente consideración sobre la posible captación de voluntad a la que se refiere Paniza Fullana en la anterior b). En concreto, según MEZQUITA DEL CACHO: «¿debe entenderse que se limita sólo a estas posibilidades, que en el fondo forman una sola combinada? Hoy nos hallamos antes fenómenos sociológicos nuevos, que se producen como consecuencia de dos factores: uno, la lamentable degradación de los valores personales y entre ellos del vínculo familiar, en un estilo de vida en el que inciden en exceso las crecientes tensiones que en el trabajo provienen de la presión de la competencia en el mercado ultraliberal de bienes y servicios, y la inflación de ambiciones materiales egoístas; y otro, que lo agrava, que es el incremento de la longevidad humana. De la relación entre ambos fenómenos resultan situaciones tristes de soledad final y fatal de algunas personas ancianas, y otras aún más deplorables de abandono familiar de las mismas, a las que se desplaza a veces a turbias «residencias» en las que con frecuencia se producen tremendos abusos, *incluso de captaciones de voluntades lucrativas* [esta cursiva mía]; y en esta tesitura están surgiendo como mejor alternativa formas de acogimiento domiciliar, a veces por parientes o amigos, y otras por extraños dispuestos a una asistencia noble y responsable. [...]. Pienso [MEZQUITA DEL CACHO] que —con todas las cautelas precisas, y entre ellas, una expresa configuración como *obligación «ex conditio iuris»* y por tanto sin transmisión *actual*—esta forma de acogimiento puede ser una prolongación de las posibilidad que [sic; de] la que hemos llamado «cuarta alternativa» de las donaciones universales, que aunque sería preferible limitar a las «mortis causa», por su revocabilidad más abierta, ello sería a costa de reducir a mínimos la disposición personal del donatario a tales acogimientos, sin duda muy sacrificados en la mayor parte de las ocasiones; por lo que sólo la modalidad «inter vivos» es apta para despertar tal estímulo. Dejo aquí esta opinión como mera sugerencia realista, pero insistiendo en que el remate de la redacción del primer párrafo de esta ley 160 podría ser una puerta abierta a esta opción que las nuevas circunstancias de la vida imponen» [(2002) p. 480].

Para las acciones de anulación, Hualde Manso explica que «[e]l Fuero Nuevo no contiene una regulación» al respecto, conteniendo solo «sobre el particular dos previsiones normativas de carácter general: la ley 19 [FN] en la que se establecen los supuestos en que dan lugar a la acción de anulación (y *que deben añadirse a los supuestos en los que expresamente se declare la anulabilidad del acto, como es el caso de la ley 21 FN*) y la ley 31 [I FN] en la que se establece un plazo de prescripción de la acción de cuatro años»¹³²⁸.

Efectivamente, en la citada ley 31.I FN se señala que «las [acciones] de impugnación de actos anulables prescriben a los cuatro años», a lo que añado que, según la ley 31.II FN, «[e]l plazo de prescripción [...] de la [acción] de impugnación de actos anulables [se computará] desde el momento en que cesó la violencia o intimidación o desde que quien prestó el consentimiento viciado tuvo conocimiento del error o el dolo» y «[p]ara el resto de actos anulables se estará a la dispuesto en la ley 23 [FN]» (cursiva mía). Acudiendo al texto de esta ley 23 FN y aplicando su párrafo III, *para la acción de anulación de los supuestos de la ley 21 FN (influencia indebida, abuso de influencia), el plazo de cuatro años, de prescripción, se computa, por no haber «disposición legal especial», «una vez que las acciones puedan ser ejercitadas, desde que su titular conozca o haya podido razonablemente conocer los hechos que la fundamentan y la persona contra la que deba dirigirse»* (cursiva mía)¹³²⁹.

¹³²⁸ a) HUALDE MANSO (2021) p. 114.

La ley 19 FN también es modificada por la Ley foral 31/2022, y HUALDE MANSO se refiere, en el momento en que escribe, a las versiones de 2019 de las leyes 19 y 21 FN. *En lo que ahora afecta*, en la ley 19.II *in fine* FN, en su versión de 2019, disponía: «Serán también anulables las emitidas por personas con capacidad judicialmente modificada cuando actúen sin el complemento de capacidad establecido en sentencia», y, en la vigente versión de la ley 19.II *in fine* FN se dispone: «Serán también anulables las [declaraciones] emitidas por personas con discapacidad para las que se hayan establecido medidas de apoyo cuando actúen sin el complemento previsto en dichas medidas». *Vid.* las consideraciones de HUALDE MANSO sobre la coordinación entre la anulabilidad de la Ley 21 FN (versión de 2019) con el artículo 1302.3.II CC (en su versión por Ley 8/2021), en lo que se refiere a la legitimación activa para anular [(2021) pp. 114-116].

b) También ARCOS VIEIRA: «los actos susceptibles de impugnación mediante *la acción de anulabilidad*, las leyes 19 a 21 FN mencionan, tras la reforma [de 2019], las declaraciones de voluntad emitidas por [...]; las declaraciones viciadas por error, dolo o violencia física o moral graves; y *las declaraciones de voluntad emitidas en los supuestos de influencia indebida de la ley 21 [FN]*» [cursiva mía; «Ley 31» (2020) p. 104].

¹³²⁹ *Más allá de los supuestos de la influencia indebida y del abuso de influencia*, que analizo en el cuerpo del texto, para la ley 23.III FN, ARCOS VIEIRA comenta que, «[h]asta la entrada en vigor de la Ley Foral 21/2019, se han aplicado en Navarra los criterios generalmente aceptados acerca del inicio del cómputo del plazo prescriptivo en el Derecho común», y en este sentido, «la interpretación crecientemente subjetiva de lo dispuesto en el art. 1969 CC (por todas, SSTSJ Na de 14 de junio de 1994 [...]; 3 de febrero de 1994 [...]; SSAP Navarra de 15 de mayo de 2006 [...] y de 6 de octubre de 1992 [...])» [«Ley 23» (2020) p. 84; sobre la evolución interpretativa del art. 1969, M. J. Marín López, *supra*, [114]]. Destaca ARCOS VIEIRA, que «[u]na de las innovaciones introducidas por la reforma en el Derecho navarro de la prescripción es precisamente la especial atención que el legislador foral ha prestado a la determinación del día inicial del cómputo» y así, «[f]rente al silencio del régimen derogado, actualmente el Fuero Nuevo contempla un criterio general en la ley 23 [FN] y numerosas excepciones, indicadas caso por caso, en las normas que recogen las acciones a que afectan» (p. 84). Dicho criterio general, «aplicable por defecto», «sitúa el *dies a quo* del plazo en la fecha en que concurren dos condiciones: la posibilidad objetiva de ejercicio de la acción, y la cognoscibilidad por el titular de la misma tanto de los hechos que la fundamen-

La *general* acogida del criterio *subjetivo* en el cómputo de los plazos de ejercicio de las acciones (ley 23.III FN) requiere, *a fin de evitar una indefinida dilatación temporal*, de otra norma que disponga otro plazo máximo para el ejercicio de la acción. Esto lo ordena la ley 23.IV FN, según la cual «[c]ualquier pretensión susceptible de prescripción se extingue en todo caso por el transcurso de treinta años desde su nacimiento, con independencia de que hayan concurrido causas de suspensión o de interrupción de la prescripción». Sobre la ley 23.IV FN, Arcos Vieira destaca que «contiene otra de las más relevantes innovaciones en el Derecho navarro de la prescripción, sin equivalente en el Código civil»¹³³⁰, que consiste en la existencia de un plazo, «cumplido el cual cualquier pretensión prescriptible «se extingue en todo caso» con independencia, por tanto, de posibles interrupciones o suspensiones»¹³³¹.

Entiendo que la ley 23.IV FN se aplica a la acción de *anulación* de la ley 21 FN, si bien dicha ley 23.IV FN se refiera expresamente a la «pretensión». Apunta Arcos Vieira que, con el fin «de reforzar el carácter material y no meramente procesal de la pretensión extintiva, la Ley Foral 21/2019 ha incorporado en relación con el objeto de aquella algunas referencias a la noción de *pretensión* [cursiva del original]», pero, «[n]o se aclara, [...], qué deba entenderse por *pretensión*; el término no parece recibir una interpretación doctrinal unánime, aunque últimamente tiende a relacionarse con el ejercicio de los derechos que permiten exigir de otro una prestación [esta última palabra, cursiva en el original], lo

tan como de la persona contra la que debe dirigirse» (p. 84). Sobre la ley 23.III FN, su «novedad [...] radica en la [...] consideración del conocimiento que el titular de la acción tenga –o haya podido tener– de las circunstancias que la fundamentan», acogiéndose «de esta forma, el criterio subjetivo del que venía tiñéndose últimamente la interpretación de la *posibilidad* de ejercicio a que alude el art. 1969 CC, tradicionalmente entendida como posibilidad en abstracto u objetiva» (cursiva del original; p. 84).

¹³³⁰ ARCOS VIEIRA, «Ley 23» (2020) p. 84; informa: «pero sí –con algunas variantes– en los sistemas jurídicos que han revisado el régimen de la prescripción extintiva en los últimos años (Francia, Cataluña; asimismo en PECL y DCFR, y en propuestas normativas como la de la Asociación de Profesores de Derecho civil –2018–)».

¹³³¹ ARCOS VIEIRA, «Ley 23» (2020) pp. 84-85; también, la Ley foral 21/2019 «incorpora la previsión de un plazo máximo de prescripción *hasta el momento desconocido para el Derecho navarro*» (cursiva mía; p. 82).

Según ARCOS VIEIRA, la ley 23.IV FN «es, claramente, [...] una acertada medida que erradica cualquier posibilidad de mantener indefinidamente la vigencia de una acción prescriptible, máximo cuando se ha subjetivado el criterio *general* para la determinación del *dies a quo* del cómputo (criterio de la cognoscibilidad) y, además, el plazo puede ahora prolongarse no solo mediante interrupciones sucesivas, sino también gracias a las causas de suspensión de la ley 36.II [FN]» y, «[d]ado que este tipo de plazo impone un límite temporal a la posible repercusión de circunstancias concretas y subjetivas de cada una de las pretensiones, es plausible que se adopte –como es el caso– un criterio puramente objetivo (*actio nata*) para la determinación de su *dies a quo*» (cursiva del original; p. 85).

En cambio, entiende ARCOS VIEIRA, es «menos defendible la duración asignada al plazo máximo» de treinta años, informando que «[c]iertamente, la propuesta contenida inicialmente en el Anteproyecto –quince años– parecía incongruente con la existencia de plazos de prescripción más largos en la propia Compilación (v. ley 27 [para la acción hipotecaria, veinte años]), pero la duración aceptada finalmente [treinta años] parece excesiva en términos de proporción respecto del plazo general de prescripción, al que sextuplica. Nada hubiera impedido la fijación de dos o más plazos de preclusión, lo que habría permitido reservar el plazo tricenal para determinadas pretensiones (por ejemplo, daños personales), pero es evidente que el legislador navarro ha optado por su aplicación a toda pretensión sometida a plazo de prescripción (incluidas, por ejemplo, las de responsabilidad aquiliana y las edilicias, sometidas a un plazo anual)» (p. 85).

*que excluiría del mismo los derechos erga omnes [esta última palabra, cursiva en el original]*¹³³². Y añade, que «[l]a *Compilación navarra parece referirse indistintamente a los dos términos (acción y pretensión)*» (cursiva mía)¹³³³.

[A.5] *La naturaleza de la influencia indebida y del abuso de influencia: figura autónoma o vicio del consentimiento*

Por un lado, la ley 20 FN (que transcribo *supra*, [141] [A]) *se refiere expresamente a los vicios de la voluntad y menciona al error, dolo, y violencia física o moral, asociando la anulabilidad de la declaración*. Por otro, la ley 21 FN (que transcribo en anterior [A.1.2]) *no se refiere a los vicios de la voluntad y regula la influencia indebida y el abuso de influencia, asociándoles, también, la anulabilidad*. La inmediata continuidad de las leyes 20 y 21 FN y los propios supuestos de hecho de la influencia indebida y del abuso de influencia han permitido plantear *la cuestión de si estas dos últimas son figuras nuevas en el derecho navarro, o si son un (otro) vicio de la voluntad*. Ya existe disparidad de opiniones. Al menos, desde luego, las que siguen.

a) Rubio Torrano se manifiesta muy crítico con la ley 21 FN. Se pregunta, «si los supuestos» de la ley 21 FN (influencia indebida y abuso de influencia) «se encontraban fuera del ordenamiento navarro o, más bien, podían encontrarse cubiertos por alguna de las causas enumeradas» en la Ley 20 FN (error, dolo, violencia física o moral) «e incluso por otros preceptos repartidos a lo largo del Fuero Nuevo u otras leyes civiles forales»¹³³⁴. En su opinión, «no es tanto que los comportamientos en los que puede estar pensando el legislador navarro resulten extraños, inverosímiles o ajenos a la cultura jurídica navarra, cuanto que los mismos, siendo conocidos y verosímiles, *nunca han sido objeto de contemplación y tipificación normativa por cuanto de producirse o constituían causas de anulabilidad por vicios del consentimiento (vía dolo, error, intimidación...), o no eran lo suficientemente relevantes como para poder provocar la impugnación del acto jurídico o contrato*» (cursiva mía)¹³³⁵. Dicho de otro modo, «*su tipificación resulta ajena a la cultura jurídica navarra, española, y en gran medida europea*» (cursiva mía)¹³³⁶. Según Rubio Torrano, la ley 21 FN «podría entenderse como un «toque de modernidad» en un ordenamiento histórico como el navarro», incorporando «fórmulas propias del Derecho anglosajón»¹³³⁷. *Sin embargo*, su introducción en el derecho navarro «*deja de ser baladí si se tiene en cuenta que la norma comentada [ley 21] debe ser completada en aspectos que no se prevén*» en la misma¹³³⁸.

¹³³² ARCOS VIEIRA, «Ley 23» (2020) p. 82.

¹³³³ ARCOS VIEIRA, «Ley 23» (2020) p. 82. *Vid.* las consideraciones de CAÑIZARES LASO, *supra*, [111] [B].

¹³³⁴ RUBIO TORRANO, «Ley 21» (2020) p. 77.

¹³³⁵ RUBIO TORRANO, «Ley 21» (2020) p. 77.

¹³³⁶ RUBIO TORRANO, «Ley 21» (2020) p. 77; continúa: «[c]uestión distinta es la respuesta que pueda ofrecer, por ejemplo, el common law a casos como los que ahora recoge la nueva ley 21 [FN]».

¹³³⁷ RUBIO TORRANO, «Ley 21» (2020) p. 78.

¹³³⁸ RUBIO TORRANO, «Ley 21» (2020) p. 78.

En suma, según Rubio Torrano, «[c]onsiderar la ley 21 [FN] como una nueva causa de anulabilidad, y no un supuesto particular incurso en alguno de los vicios de la ley anterior [ley 20 FN, vicios de la voluntad, error, dolo, violencia física o moral], puede conducir al operador jurídico –sea el abogado, el juez o cualquier otro jurista que deba enfrentarse a esta norma– a una difícil tesitura, con la incertidumbre añadida de la solución correcta, o, al menos, aquella que el juez pudiera considerar aplicable»¹³³⁹. Teniendo en cuenta lo que ha venido exponiendo, a Rubio Torrano no le «parece acertada la inclusión de esta norma [ley 21] en el Fuero Nuevo», no alcanzándose «a comprender cuál ha sido el objetivo perseguido con su inclusión, si introducir una figura nueva y distinta a las contempladas en la ley 20 [FN] como «vicios del consentimiento», en cuyo caso tendría algún sentido, con la crítica correspondiente, o bien explicitar un supuesto reconducible a alguno de los contenidos en esa norma [ley 20 FN]» y, «en este último caso, debería haberse situado en la misma ley 21 [FN; sic, ley 20 FN]» (cursiva mía)¹³⁴⁰.

b) Hualde Manso también se pregunta si la influencia indebida y el abuso de influencia son un nuevo vicio del consentimiento, o son «figuras dotadas de indepen-

¹³³⁹ RUBIO TORRANO, «Ley 21» (2020) p. 78.

¹³⁴⁰ a) RUBIO TORRANO, «Ley 21» (2020) p. 78.

RUBIO TORRANO reproduce este interesante texto del dictamen del Consejo de Navarra: «En cuanto a la ley 21, que introduce un concepto extraño al ordenamiento jurídico español, acuñado en el ámbito anglosajón bajo el término de «undue influence» como una suerte de intimidación indirecta ligada a los vicios del consentimiento, el hecho de que se haya tipificado desligados de éstos, ley 20, pueden generar incertidumbres sobre su interpretación y aplicación. Los términos en los que se expresa la norma no aclaran cuándo cabrá instar la acción de anulabilidad, si sólo cuando las situaciones descritas en la ley determinan la voluntad viciada de quien la emite por la influencia indebida, o también si objetivamente y, al margen de lo querido por él, se dan las circunstancias previstas en la ley 21. La duda sobre qué tipo de legitimación proceda, aun siendo la sanción prevista la de anulabilidad, tampoco se resuelve, dada la utilización que se ha venido realizando de ella en algunos casos –por ejemplo, la disposición de la vivienda familiar, ley 81–. No queda definido con nitidez quién o quiénes podrían accionar, si solo quién emitió la declaración de voluntad o también otras personas, en cuyo caso éstos podrían tener un interés y querer propio y diferente al deponente de la declaración de voluntad si, como se ha sugerido en la previsión se piensa también aplicable a los testamentos u otros negocios «mortis causa». Todo ello se resolvería si se añadiera el contenido de esta ley 21 al recogido en la ley 20» (cursiva del original; pp. 77-78).

b) La opinión de Rubio Torrano sobre la ley 21 FN es valorada por HUALDE MANSO así: «Esta opinión [de Rubio Torrano] desde luego va en contra de la tendencia más generalizada de los textos europeos de unificación del Derecho de contratos, así como de las propuestas que ya en el ámbito español se hacen para la introducción de esta figura en el Código civil. Así, el art. 527-9 de la propuesta de Código civil de la APDC introduce esta figura –unificando lo que serían los dos párrafos de la ley 21 FN–. También años antes la propuesta de modificación del Código civil en materia de obligaciones y contratos (años [sic] 2009) optó por introducir en su art. 1301 un texto prácticamente igual al de la APDC situándolo después de los artículos del Código dedicados a los vicios del consentimiento. [...]» [(2021) nota 87 de p. 107].

Transcribo dicho artículo 1301 PMCC de 2009 *supra*, nota 114. El asimismo antes citado artículo 527-9 PCCAPDC, lo transcribo a continuación, resaltando en cursiva lo que es diferente del artículo 1301 PMCC de 2009: «Ventajismo/ 1. Una de las partes puede anular el contrato que en el momento de su celebración otorga a la otra una ventaja excesiva, si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquel, resulta que, con conocimiento de causa, se ha aprovechado en contra de la buena fe de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión./ 2. También puede la parte perjudicada pretender el *reequilibrio del contrato, sobre la base del precio generalmente practicado en el mercado*».

dencia desde el punto de vista dogmático»¹³⁴¹. Tras destacar que el «abuso de dependencia (denominada influencia indebida)» no se califica en el derecho navarro como vicios de la voluntad, afirma que la «ley 21 [FN] adquiere así una cierta autonomía respecto de los vicios de la voluntad «clásicos» (error, dolo e intimidación) de la ley 20 [FN], ley que lleva precisamente como título *vicios de la voluntad*» (cursiva del original)¹³⁴². En su opinión, la ley 21 FN, «no es [...] una segunda parte del régimen de los vicios de la voluntad que hayan adquirido una dimensión nueva y ampliada tras la reforma de 2019, sino que se trata de institución o remedio de protección de contratantes débiles que han sido objeto de algún tipo de explotación de su debilidad» (cursiva mía)¹³⁴³. Ahora bien, «¿[...] en las hipótesis de la ley 21 [FN] hay una patología del consentimiento?» (cursiva mía), y a su entender, «[l]a respuesta es a la vez afirmativa y negativa», pues sí, «[d]esde luego hay una patología, [...] [esta] es diferente a la de los vicios tradicionales; el sujeto débil experimenta una relativa falta de libertad y una relativa consciencia en sus declaraciones de voluntad», «[p]ero» en las figuras «de la ley 21 [FN] eso no es trascendente porque donde la norma pone el foco y fija su atención es en el comportamiento del otro contratante» y «[e]s en este aspecto en el que a la norma le importa incidir queriendo atajar los comportamientos de explotación de situaciones de debilidad» (cursiva mía)¹³⁴⁴.

c) Finalmente, Rueda Esteban entiende que la influencia indebida es un vicio del consentimiento, sin perjuicio de que en algún caso pudiera encajar en otra figura. En concreto, considera que «en [...] la influencia indebida, el acto o la declaración de voluntad son inválidos», siendo «claro que no estamos ante una inexistencia ni una nulidad de pleno derecho [...], sino ante un vicio del consentimiento por lo que se trata, como bien define la Ley 21 [FN], de una anulabilidad»; «siendo que las causas de la anulabilidad son los vicios del consentimiento, como la violencia, la intimidación, el error y el dolo, en la influencia indebida, podemos considerar que existe una relación directa del vicio con el consentimiento»¹³⁴⁵. Ahora bien, si bien «la Ley 21 [FN] la califica [a la influencia indebida, al abuso de influencia] de anulabilidad, puede ocurrir, según sea esa presión o temor que la producen, que, se juzgue por un Tribunal como ausencia total de consentimiento, lo que abocaría a la nulidad de pleno derecho»¹³⁴⁶.

¹³⁴¹ HUALDE MANSO (2021) p. 106.

¹³⁴² HUALDE MANSO (2021) p. 106.

¹³⁴³ HUALDE MANSO (2021) p. 106.

¹³⁴⁴ HUALDE MANSO (2021) p. 107; continúa: «[a]l reformador del Fuero Nuevo le han preocupado los casos en los que alguien se aprovecha de las particulares circunstancias de debilidad, de flaqueza y vulnerabilidad de otra persona para conseguir o arrancar una declaración que de otra manera no se hubiera realizado o lograr que las condiciones del acto benefician a quien se aprovecha de ese estado. Cuando alguien se aprovecha consciente y deliberadamente de la vulnerabilidad de la otra parte –por sus dificultades económicas, situación de urgencia, ignorancia, falta de experiencia, etc.– para obtener un beneficio excesivo e injusto, está observando un comportamiento contrario a los estándares de lo que la ética social considera como acorde a la moral dominante: la honestidad y la lealtad en los negocios».

¹³⁴⁵ RUEDA ESTEBAN (2021) pp. 2295-2296.

¹³⁴⁶ RUEDA ESTEBAN (2021) p. 2297. Con anterioridad, decía: «si se relacionara la cuestión de la influencia indebida con la falsedad de la causa, aunque el encuadramiento sea técnicamente muy dudoso, toda vez que está en pugna con el artículo 1276 [CC], esa falsedad de la causa equivaldría a la inexistencia

[B] *La rescisión por lesión*

[B.1] *El Preámbulo de la Ley foral 21/2019 y los textos jurídicos*

[B.1.1] Preámbulo de la Ley foral 21/2019:

«En la rescisión por lesión, se ha introducido requisitos adicionales para la validez de la renuncia que no son otros que la información precisa y pormenorizada de sus consecuencias jurídicas con la finalidad de evitar las cláusulas de estilo tan frecuentes, fundamentalmente, cuando la renuncia es simultánea al contrato y forma parte del mismo mediante una cláusula estereotipada»¹³⁴⁷.

[B.1.2] Ley 500 FN: «Concepto. Quien haya sufrido lesión enorme, a causa de un contrato oneroso que hubiere aceptado por apremiante necesidad o inexperiencia, podrá pedir la rescisión del mismo.

Se entenderá por lesión enorme el perjuicio de más de la mitad del valor de la prestación, estimada al tiempo del contrato.

Si el perjuicio excediere de los dos tercios de aquel valor, la lesión se entenderá enormísima.

Sujetos. En ningún caso podrá pedir la rescisión por lesión quien, profesional o habitualmente, se dedique al tráfico de las cosas objeto del contrato o fuere perito de ellas.

Objeto. La rescisión se dará no solo en los contratos sobre bienes inmuebles, sino también sobre los muebles cuando se estime justificada la acción en consideración al valor de los mismos y al perjuicio causado por el contrato en relación con el patrimonio».

Ley 502 FN: «Excepciones. No tendrá lugar la rescisión en los contratos de simple liberalidad, aleatorios o sobre objeto litigioso.

En las ventas efectuadas a carta de gracia o con pacto de retro, solo se dará la rescisión cuando haya caducado el plazo o se haya extinguido el derecho a retraer. Cuando no se hubiese fijado plazo, se estará a lo dispuesto en la ley 577».

Ley 503 FN: «Acción. La acción rescisoria por lesión es personal y transmisible a los herederos. No tendrá lugar cuando sean procedentes las acciones de saneamiento por vicios o defectos de la cosa, o la de nulidad del contrato.

La acción rescisoria por lesión prescribirá en los plazos establecidos en la ley 30».

Ley 505 FN: «Restitución

a) Frutos. Declarada la rescisión, se restituirá la cosa con sus frutos, aplicándose en cuanto a estos lo establecido en las leyes 353 y 354.

b) Mejoras. No habrá derecho alguno al abono de mejoras, pero el demandado podrá retirarlas cuando puedan separarse sin menoscabo de la cosa a que se hubiesen unido.

de la misma, salvo que estuviera encubierta por otra verdadera y lícita (el artículo 1261 [CC] determina que no hay contrato sin causa)» (p. 2296).

¹³⁴⁷ La ley 504 FN regula la renuncia a la acción rescisoria, ley que transcribo en la nota inmediatamente siguiente.

c) Complemento del precio. Cuando la restitución no fuere posible porque el demandado no tuviera la cosa en su poder, deberá pagar solo el complemento del precio, valor o estimación más los intereses legales.

Indemnización. En todo caso, se podrá evitar la rescisión mediante el abono de la indemnización a que se refiere el párrafo anterior». ¹³⁴⁸

[B.2] *Los requisitos de la lesión*

Explica Sabater Bayle que la Ley foral 21/2019 «mantiene el modelo originario [de la rescisión por lesión de la ley 499 FN (versión 1973), que transcribo *supra*, nota 1310 a)], en el que se exigió la *conurrencia* del componente *objetivo* de la lesión [el desequilibrio entre prestaciones] con otros elementos *subjetivos* relativos a la persona del perjudicado [la apremiante necesidad, o inexperiencia]» (cursiva mía) ¹³⁴⁹. Hualde Manso *destaca, además*, que es «*intrascendente la actitud del otro contratante* pues [la ley 500 FN] sólo atiende a las circunstancias del perjudicado y se omite toda referencia a la actitud del otro contratante: [esto es, a] si conocía o debía haber conocido la situación de aquél, si explotó, si buscó o se aprovechó de ella, si tenía buena o mala fe ...» (cursiva mía) ¹³⁵⁰.

¹³⁴⁸ El texto del resto de las leyes sobre rescisión es:

Ley 504 FN: «Renuncia. La renuncia a la acción rescisoria, hecha simultánea o posteriormente al contrato a que se refiere, será válida siempre que observe al menos la forma utilizada para tal contrato y exprese de forma pormenorizada, clara y comprensible las consecuencias jurídicas y económicas que conlleva.

Sin embargo, no será válida la renuncia determinada por apremiante necesidad o por inexperiencia».

Ley 506 FN: «Indivisibilidad de la acción. La acción de rescisión es indivisible y deberá ser ejercitada conjuntamente contra todos los obligados y por todos los que tengan derecho a ejercitarla, o por uno cualquiera de estos respecto a la totalidad.

No habrá lugar a la rescisión cuando todos los obligados estén de acuerdo en indemnizar, y deberán hacerlo en la proporción que a cada uno corresponda.

Cuando solo uno se disponga a ejercitar la acción, deberá notificarlo previamente a los otros que tengan derecho a la rescisión, para que puedan concurrir al litigio. Después de haberse ejercitado la acción por uno de ellos, deberá este hacer partícipes a los otros del resultado favorable de la acción por él ejercitada deducidos los gastos del litigio».

¹³⁴⁹ a) SABATER BAYLE, «Ley 500» (2020) p. 2117. Lo mismo, HUALDE MANSO (2021) pp. 75-76.

b) *Sobre la regulación de la rescisión por lesión en el Fuero Nuevo, en su versión de 1973*, DELGADO ECHEVERRÍA apuntaba: «Distingue el Fuero Nuevo [versión 1973], siguiendo al Derecho histórico, entre lesión enorme y enormísima. [...]. La consecuencia explícita de esta distinción se encuentra en sede de prescripción, ya que la acción rescisoria por lesión enorme prescribe a los diez años y la por enormísima a los treinta (ley 33)/ [...] En el Derecho vigente, la doctrina entiende que la distinción entre lesión enorme y enormísima no tiene otra trascendencia que la dicha, en cuanto a la prescripción. Ambas son renunciables y ambas pueden evitarse mediante el pago del complemento del precio. Díez Argal [apellidos, mayúsculas en el original], en posición aislada, ha mantenido que la lesión enormísima no requiere de los elementos subjetivos (necesidad, inexperiencia) del párrafo 1.º de la ley 499 [FN, versión 1973, que transcribo *supra*, nota 1310 a)]; lo cierto es que éste solo los exige para la lesión enorme, por lo que su opinión no parece desprovista de fundamento» [cursiva mía; *RJN* (1987) p. 19; además, sobre la renuncia a la rescisión por lesión [ley 505 FN, versión 1973, que transcribo *supra* nota, 1310 a)], pp. 23-25].

¹³⁵⁰ a) HUALDE MANSO (2021) p. 76.

La autora *insiste* en esta característica de la rescisión por lesión, por cuanto *que permite caracterizarla*: «La rescisión por lesión en el régimen navarro se concibió en el momento de su incorporación a la redacción inicial del Fuero Nuevo como una institución que sanciona los desequilibrios significativos de las prestaciones, pero que no presuponen necesariamente un abuso de la debilidad ajena. Esta

Sobre los concretos *requisitos (elementos) objetivo y subjetivo* de la rescisión por lesión:

a) *Para el elemento objetivo*, se ordenan dos tipos de «lesión en función de la desproporción del perjuicio respecto a [al] valor [de] la prestación recibida, que puede alcanzar el doble o el triple, y da lugar a distinguir dos acciones rescisorias, aunque su principal consecuencia se encuentra en el distinto plazo de prescripción del remedio rescisorio, ahora [tras la Ley foral 21/2019] reducido de 10 a 5 años (para la lesión enorme) y de 30 a 10 años (para la enormísima)» [ley 30 FN, que transcribo *infra*, siguiente [B.4] a), en donde me ocupo de su naturaleza y cómputo]¹³⁵¹.

configuración se mantiene tras la reforma del Fuero Nuevo de 2019. *El diseño de la acción rescisoria en este ordenamiento [navarro] pudo tener su origen, fundamento y filosofía cercanos al tratamiento de las patologías del consentimiento contractual: velar por un proceso de formación de la voluntad libre de sombras en la libertad y en la consciencia del declarante. El mecanismo rescisorio se diseñó entonces bajo la perspectiva del propio declarante: un sujeto que asume un negocio oneroso con una evidente falta de equivalencia en las prestaciones apremiado por una necesidad o movido por su inexperiencia puede rescindir el contrato con independencia de la consideración de cualquier otro factor concurrente. Es importante fijar la atención en el hecho de que ni la inexperiencia ni la necesidad son estados subjetivos que puedan ser provocados por el otro contratante y en el caso de que tales estados fueran aprovechados por la otra parte, esa utilización no cualifica la institución. El negocio es rescindible con la sola concurrencia de elemento objetivo (lesión económica) y el subjetivo (inexperiencia o necesidad)./ Creo [HUALDE MANSO] que en este momento es importante insistir en que en la rescisión por lesión del ordenamiento navarro el comportamiento del otro contratante (es decir de quien no padece la lesión) es intrascendente y que no es elemento que se integre en la estructura de la institución. De tal forma que una persona que por inexperiencia acepta un contrato desequilibrado en cuantía enorme o enormísima está legitimado sin más indagaciones para ejercitar la acción rescisoria y sin necesidad de alegar ni probar que el otro contratante se aprovechara de la tal circunstancia, la provocara o fuera consciente de ella. Como se ha señalado en las líneas precedentes el Fuero Nuevo únicamente requiere unas determinadas circunstancias en el contratante perjudicado y no en el otro» [cursiva mía; (2021) pp. 83-84].*

b) Similares consideraciones lleva a cabo Delgado Echeverría *para la rescisión por lesión en el Fuero Nuevo, en su versión de 1973*: «mientras otros Derechos ponen de relieve y quizás en primer lugar la explotación o aprovechamiento activo de estas situaciones subjetivas [de la apremiante necesidad o inexperiencia] por la otra parte contratante (subrayando la mala fe de éste), la Compilación navarra atiende sólo a la situación del lesionado, sin tener en cuenta ni pretender sancionar la actuación de la parte beneficiada (Andreu Rami; en contra, Díez Argal, para quien la rescisión sería una sanción a la conducta reprochable de la otra parte contratante)» [apellidos, mayúsculas en el original; RJN (1987) p. 21].

c) *Situándome en un plano distinto, en el de los posibles diseños normativos para la rescisión por lesión (los posibles modelos)*, HUALDE MANSO explica: «Los argumentos del siglo XIX no soportan muchas más presión y no pueden mantenerse vigentes en el siglo XXI. Hoy es compartida la necesidad de proteger a la parte débil de un contrato cuanto acepta un desequilibrio forzada por las circunstancias. Ahora bien, la protección del contratante débil ha de conjugarse con la exigencia de seguridad jurídica en el tráfico de bienes y servicios. Y en esa difícil búsqueda, *los ordenamientos que incluyen el remedio de la rescisión por lesión barajan tres elementos posibles en la estructuración de la figura: una excesiva desproporción (o lo que es lo mismo, una lesión económica importante para una de las partes), una aceptación del desequilibrio provocada por un peculiar estado o circunstancia acuciante (la necesidad y/o la impericia) y la utilización de tales circunstancias por el contratante beneficiado (es decir, su mala fe). Estos tres elementos no siempre aparecen en el régimen concreto*» del que se trate [cursiva mía; (2021) p. 74].

¹³⁵¹ SABATER BAYLE, «Ley 500» (2020) p. 2117.

Ahora bien, *a los bienes muebles* se les aplican dos restricciones (ley 500.V FN). Una, «relativa al valor del bien mueble», y la otra, la «proporcionalidad de la lesión respecto al valor del patrimonio del perjudicado [...]». Dicho de otro modo, [aclara Sabater Bayle] si el perjuicio patrimonial es irrisorio, no habrá lugar a la rescisión, por lo que se sustituye en este caso el criterio objetivo del perjuicio del doble o del triple de la prestación (que figura para los contratos sobre inmuebles) por otro inspirado en *«criterios de proporcionalidad respecto al patrimonio lesionado»* (cursiva del original), lo que, considera Sabater Bayle, «resulta relativo y carente de la suficiente justificación»¹³⁵². Hualde Manso expone la regla sobre los bienes muebles y comparte la anterior crítica¹³⁵³.

¹³⁵² a) SABATER BAYLE, «Ley 500» (2020) p. 2120; continúa: «Se ha señalado al respecto que este criterio vulnera principios de justicia social, y se critica que, la valoración del perjuicio dependa del mayor o menor valor global del patrimonio (así, Albaladejo [apellido, mayúsculas en el original] [...]), porque resulta difícil justificar que no puedan rescindirse transacciones mobiliarias concertadas en condiciones económicas objetivamente abusivas debido a los impedimentos que establece la norma comentada (es decir, por no ser suficientemente grave el perjuicio para quienes gocen de suficiente patrimonio). Por otra parte, será complicado, en casos puntuales, determinar si el valor del patrimonio es lo suficientemente elevado respecto al valor intrínseco del bien, como para impedir solicitar la rescisión por lesión».

b) *Sobre la regulación de la rescisión por lesión en los bienes muebles, en el Fuero Nuevo y en su versión de 1973*, DELGADO ECHEVERRÍA entendía: «De acuerdo con las notas de la «Recopilación Privada», «en Derecho navarro no se distingue, a estos efectos [la rescisión] [lo indicado entre corchetes, del original], entre bienes muebles e inmuebles; así todos los Proyectos de Apéndices y Compilaciones». Pero ni aquella Recopilación, ni la Compilación vigente, son coherentes con este punto de partida, pues si bien se admite la rescisión por lesión en los contratos sobre muebles, se le añaden particulares requisitos que la restringen sobremanera. Son estos: «Cuando se estime justificada la acción en consideración al valor de los mismos y al perjuicio causado por el contrato en relación al patrimonio» [ley 501 FN, versión 1973, que transcribo *supra*, nota 1310 a)]. No basta, por tanto, con la objetiva desproporción de más de la mitad, o más de dos tercios, entre las prestaciones, además de la apremiante necesidad o inexperiencia –aunque estos requisitos han de entenderse también exigidos–, sino que se añade una apreciación, caso por caso, sobre el valor de los muebles (en términos absolutos, excluyendo los de pequeño valor; o acaso, en interpretación más rígida, atendiendo sólo a los muebles preciosos); y una apreciación, igualmente caso por caso, sobre la entidad del perjuicio causado al lesionado en comparación con la totalidad de su patrimonio./ El amplio margen de arbitrio judicial es evidente. En la doctrina, además de la crítica al precepto por contrario a la seguridad jurídica (Díez Argal) [apellidos, mayúsculas en el original], ha apuntado Albaladejo [apellido, mayúscula en el original] que el diferente tratamiento de los muebles y de los inmuebles, con requisitos mucho más fuertes para los primeros, carece de justificación, una vez que se amplía la rescisión a aquéllos en el convencimiento de su equiparable importancia económica y social; de modo que la interpretación atendida a la letra de la ley 501 [FN, versión 1973, que transcribo *supra*, nota 1310 a)] es contraria a su espíritu (mostrado en la nota de los redactores de la «Recopilación Privada»). *Aún así, no me parece [DELGADO ECHEVERRÍA] posible una interpretación correctora de la ley, contra su claro texto»* [cursiva mía; *RJN* (1987) pp. 20-21].

¹³⁵³ a) *Para las «exigencias más rigurosas» en los bienes muebles*, según HUALDE MANSO, «[d]e forma que si el perjuicio patrimonial no es significativo no habrá lugar a la rescisión sustituyéndose así el criterio objetivo de la cuantificación del doble o triple del valor por otro criterio que precisa examinar la total situación económica del perjudicado» [(2021) pp. 77-78].

b) *Sobre su crítica*, dice HUALDE MANSO: «hubiera sido seguramente deseable que en la reforma de 2019 el legislador navarro hubiera suprimido las exigencias que la ley 500.IV [FN] establece para la rescisión de contratos onerosos sobre bienes muebles porque deja fuera la posibilidad de proteger a personas que, por necesidad imperiosa o inexperiencia, suscriben contratos con lesión del cincuenta por ciento del valor pero que en una valoración proporcional del total patrimonio del perjudicado, la transacción en cuestión sea de poco valor. El criterio de proporcionalidad respecto al patrimonio lesionado además de que no tiene una justificación sólida es complicado en su aplicación concreta: ¿cuándo el valor del patrimonio

b) *Sobre el elemento subjetivo de la lesión enorme* [el «contrato oneroso [...] aceptado por apremiante necesidad o inexperiencia», cursiva mía; Ley 500.I FN), Sabater Bayle señala que se encuentra «en línea de las codificaciones germánicas inspiradas en el parágrafo 138 del BGB [que transcribo *supra*, nota 185 b.1)], texto al que la norma navarra sigue de cerca incluso en la literalidad de ambos preceptos» (cursiva del original)¹³⁵⁴. Hualde Manso, apoyándose en Sabater Bayle, destaca asimismo el acercamiento al § 138 BGB¹³⁵⁵ y añade, que «[t]ambién se acercó a la regulación que el Código civil italiano de 1942 [art. 1448 que transcribo *supra*, nota 185 b.3)] dio a la rescisión por lesión»¹³⁵⁶.

En cuanto a las concretas situaciones¹³⁵⁷:

es lo suficientemente elevado respecto al valor del bien como para cerrar la puerta a la rescisión por lesión?» (pp. 84-85).

¹³⁵⁴ SABATER BAYLE, «Ley 500» (2020) p. 2118; continúa: «La nueva orientación [de incorporar el elemento subjetivo en la rescisión por lesión] supone un cambio de sentido en el régimen de la institución [de la rescisión por lesión], que no era tradicional en el Derecho histórico de Navarra, y fue incorporada por los redactores de la Recopilación Privada, cuya ley 513 introdujo el componente subjetivo en el concepto de lesión, en línea con las orientaciones características de las corrientes germánicas propias de las codificaciones de segunda generación; *de modo que la normativa foral adapta la institución a las exigencias de buena fe y protección jurídica del contratante débil, que se plantean en la realidad social de nuestra época y no fueron suficientemente consideradas por los primeros códigos liberales del siglo XIX, en los que se procuró defender a toda costa la seguridad en el tráfico de los bienes. Es éste [sic] modelo subjetivo el que también ha quedado expresado en el actual art. 621-45 del CCCat, bajo la rúbrica de la «ventaja injusta»*» (cursiva mía; sobre la ventaja injusta del art. 621-45 CCCat, *supra*, [136] [A]).

¹³⁵⁵ HUALDE MANSO (2021) pp. 76-77.

¹³⁵⁶ a) HUALDE MANSO (2021) p. 77.

b) *En relación con la exigencia de la «apremiante necesidad o inexperiencia» de la ley 499 FN, versión de 1973* [que transcribo *supra*, nota 1310 a)], según DELGADO ECHEVERRÍA: «Constituye la más aparente novedad del Fuero Nuevo el exigir, para la lesión enorme, junto al perjuicio en más de la mitad, que el contrato «hubiere sido aceptado por apremiante necesidad o inexperiencia»./ Necesidad, inexperiencia y ligereza son expresiones propias del BGB y del Código suizo de obligaciones [cuyos artículos transcribo *supra*, nota 185, b.1) y b.2) respectivamente], aplicadas a los contratos usuarios [*sic*, usurarios] (en el muy amplio sentido que la expresión tiene en aquellos ordenamientos), de donde han pasado a muchos otros hasta convertirse en clave de un moderno concepto de rescisión» [R/JN (1987) p. 21].

Informa además DELGADO ECHEVERRÍA: «El Anteproyecto y el Proyecto de la Diputación (1944 y 1945) no establecían otros requisitos para la lesión que la objetiva desproporción entre las prestaciones, pero al tratar de la renuncia disponían (arts. 150 y 152): «Será válida la renuncia a la acción rescisoria por lesión, salvo, que las condiciones económicas y circunstancias del contrato denoten haber sido aceptado por el perjudicado a causa de una situación angustiosa, de inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales». Sin duda, se está pensando en la renuncia incluida en el mismo contrato. En el Proyecto de 1959, y el Dictamen sobre el mismo, se señala (arts. 118 y 130) que la renuncia será válida salvo que mediara engaño o abuso de la situación del renunciante. Es la «Recopilación privada» la que hace pasar a requisitos de la rescisión la apremiante necesidad o inexperiencia (Ley 513), indicando en la Ley 519 que «no será válida la renuncia en fraude de lo dispuesto en el párrafo primero de la Ley 513» [R/JN (1987) nota 31 de p. 24].

¹³⁵⁷ a) SABATER BAYLE, tras señalar que «[l]as expresiones empleadas por el legislador al redactar la ley 513 de la Recopilación Privada se aproximan a las que, a su vez, se utilizaron en la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, y han generado copiosa jurisprudencia», considera «que puede ser útil para interpretar el texto [la ley 500.I FN] que comentamos en lo que se refiere a los conceptos que integran el elemento subjetivo» de la rescisión por lesión [«Ley 500» (2020) p. 2118]. *Vid.* el último párrafo de la nota inmediatamente anterior a esta para la «Recopilación Privada».

b) *Para la regulación de la rescisión por lesión de 1973 del Fuero Nuevo*, DELGADO ECHEVERRÍA apuntaba: «Sugiere también Andre Rami que para delimitar los estados subjetivos de apremiante necesi-

dad e inexperiencia es idóneo utilizar la elaboración jurisprudencial en materia de usura; en efecto, la Ley 23 julio 1908 (Azcárate) atiende a la situación angustiosa, la inexperiencia o lo limitado de las facultades mentales del perjudicado. De acuerdo con Moisset de Espanés, la presencia de la lesión en más de la mitad permite presumir (*praesumptio hominis*) los requisitos subjetivos, al menos mientras no haya indicios de ánimo liberal. Necesidad e inexperiencia son requisitos alternativos: basta la presencia de cualquiera de ellos» [apellidos, mayúsculas en el original; *RJN* (1987) p. 21].

c) MOISSET DE ESPANÉS, citado por Delgado Echeverría en la anterior b) de esta nota, analiza el entonces vigente y hoy derogado artículo 954 CCA, incorporado al Código civil argentino en 1968 por ley 17.711 [*ADC* (1976) p. 86]. El artículo 954 CCA (versión de 1968) disponía: «Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación./ También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación./ Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones./ Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto./ El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda».

Recuerda «brevemente cuál ha sido la evolución del pensamiento jurídico argentino con respecto a la lesión, y a la necesidad de incorporarla al Derecho positivo» (p. 92), MOISSET DE ESPANÉS, *ADC* (1973) pp. 92-95, *vid.* además p. 86. Para el supuesto de hecho del artículo 954 CC, su alcance aplicativo y las acciones de las que dispone la víctima, pp. 96-126. Además, de interés estas afirmaciones del autor, pensando en la presente figura del artículo 954 CCA y el dolo:

c.1) Sobre la ligereza, contemplada en el artículo 954 CCA, MOISSET DE ESPANÉS informa y aclara que «[e]n el derecho extranjero los fallos que apelan a la situación de «inexperiencia» suelen afirmar –simultáneamente– que la víctima también ha obrado con «ligereza»./ Si buscamos los antecedentes que justificaron la inclusión de estos vocablos en los códigos alemán y suizo de las Obligaciones, advertiremos que con ellos se ha querido caracterizar la situación de desigualdad que existe entre las partes, que va a ser aprovechada por el más fuerte, capaz, inteligente o conocedor, en detrimento del débil o inexperimentado. *Las hipótesis que se procura ilustrar estos conceptos no alcanzan a configurar casos de «dolo», porque no media ningún artificio, astucia o maquinación engañosa, ni siquiera una omisión de la misma naturaleza utilizada con el fin de inducir a la otra parte a contratar.* El error o ignorancia también resultan insuficientes, porque la víctima ha contratado voluntariamente; ha querido el acto y sus consecuencias» (cursiva mía; p. 104).

c.2) MOISSET DE ESPANÉS entiende que el artículo 954 CCA no se aplica a los contratos gratuitos (p. 113), informando que, «[e]n la doctrina argentina [...] se ha expresado que el beneficiario puede haber captado la voluntad del donante y haberle hecho creer que necesitaba más de lo que realmente le hacía falta para lograr de esa manera la donación./ *Pero tal actitud del beneficiario es una verdadera acción dolosa; no se trata de una «explotación» caracterizada por el artículo 954 del Código civil argentino, sino del vicio del consentimiento llamado «dolo», que se configura cuando existen maniobras o ardides con los que se procura obtener una declaración de voluntad que de otra manera no se habría efectuado»* (cursiva mía; p. 114).

d) En relación con el derecho argentino y hoy, el artículo 332 CCCA dispone: «Lesión. Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación./ Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones./ Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda./ El afectado tiene la opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda./ Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción».

Según BENAVENTE, «[e]n materia de lesión, el CCyC [CCCA] mantiene las pautas del art. 954 CC [que transcribo en la anterior c) de esta nota], aunque las simplifica y utiliza términos más claros y directos para regularla. [...] el CCyC [CCCA] sigue a la mayoría de la doctrina y distingue entre vicios de la vo-

b.1) *La apremiante necesidad* la define Sabater Bayle «como un estado psicológico que conduce a aceptar un contrato aún a sabiendas de que resulta lesivo, con el propósito de salvarse a sí mismo, o a otra persona, de un daño grave; pero el daño también puede consistir en la carencia de bienes, por lo que, en definitiva, es el temor a sufrir el daño el que mueve al contratante a obligarse a una contraprestación muy superior a lo normal. *Son situaciones que, por otra parte, cabe reconducir a la clásica noción de violencia moral o intimidación, e incluso a la moderna noción de «influencia indebida» y «abuso de influencia», que igualmente han sido recientemente incorporadas al texto del Fuero Nuevo (ley 21 de nueva redacción dada por la LF 21/2019 de 4 de abril) [y después reformada por Ley foral 31/2022]» (cursiva mía)¹³⁵⁸, de la que me ocupo en la anterior [A].*

Apoyándose en la *SAP de Navarra de 14.09.2011*, Hualde Manso informa de que «[l]a jurisprudencia ha entendido la apremiante necesidad como una circunstancia personal que aboca «a uno de los otorgantes del contrato a aceptarlo pese a ser consciente de que, a consecuencia de la desproporción entre la prestación a que él se obliga y el valor de la que recibe, se le provoca una lesión económica. Se trata por tanto de un estado psicológico de uno de los contratantes que puede derivar tanto de la convicción de que le es preciso concertar el concreto negocio oneroso a fin de evitar un daño grave a sí mismo o a un tercero, como de la finalidad de superar una situación de carencia de los recursos económicos precisos para satisfacer las propias necesidades (...) Se viene a exigir una situación

luntad y vicios propios del acto. La lesión se ubica entre estos últimos. Consiste en el aprovechamiento que realiza una parte del estado de necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia de la otra y, con motivo de ese aprovechamiento, saca una ventaja evidentemente desproporcionada y sin justificación» (cursiva mía; p. 529). También, «[e]l negocio afectado por el vicio de lesión se realiza con discernimiento, intención y libertad, esto es, con todos los elementos internos de la voluntad sanos. Sin embargo, existe una anomalía del negocio que se produce por la explotación que realiza una de las partes al aprovecharse de la necesidad, debilidad psíquica o de la inexperiencia de la otra. La conformación de la lesión exige la concurrencia de tres elementos: uno objetivo y dos de naturaleza subjetiva» (cursiva mía; p. 530). Y a propósito del elemento subjetivo del aprovechamiento, BENAVENTE apunta que «[e]l agente, a diferencia de lo que ocurre en caso de dolo, no genera la situación de inferioridad, sino que se adueña de ella, la explota y se aprovecha de esas condiciones anormales. Es un obrar contrario a la buena fe, porque aun cuando no maquina ni oculta el estado de las cosas para que otro incurra en error, maneja las condiciones del negocio sabiendo que la otra parte no tiene herramientas o cualidades personales para protegerse de la ventaja» (cursiva mía; p. 531). Todas las citas de «Artículo 332» (2016), y BENAVENTE comenta dicho artículo en pp. 529-532.

¹³⁵⁸ a) SABATER BAYLE, «Ley 500» (2020) p. 2118. *Vid.* además HUALDE MANSO, quien se apoya en Sabater Bayle [(2021) pp. 78-79].

b) *Para la regulación de la rescisión por lesión en el Fuero Nuevo, en su versión de 1973, y la apremiante necesidad*, según DELGADO ECHEVERRÍA: «La «apremiante necesidad» no coincide con el concepto de «estado de necesidad». Se apreciará cuando el contrato haya sido aceptado por la necesidad de salvarse a sí mismo o a otro de un daño grave a la persona, pero también en situaciones de carencia de los bienes necesarios para satisfacer necesidades que no podrían dejar de satisfacerse de inmediato sin daño desproporcionado; esta gravedad del daño que se seguiría es lo que mueve al contratante a aceptar la adquisición del bien mediante una contraprestación muy superior a la normal. La necesidad tiene configuración distinta para el adquirente de bienes o servicios (son estos bienes o servicios precisamente los que necesita) y para quien enajena los bienes (o presta el servicio) a bajo precio, pues entonces es el dinero lo que necesita para proporcionarse urgentemente otros bienes de que carece» [R/JN (1987) pp. 21-22].

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA, Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

en la que el actor se ve obligado a contratar impulsado por la necesidad de evitar un perjuicio grave para él o un tercero, o bien por la carencia de los bienes precisos para sobrevivir cuyo fin radica en la evitación del desequilibrio económico por contraprestaciones del contrato oneroso si dicho desequilibrio proviene de una apremiante necesidad de contenido económico»¹³⁵⁹.

¹³⁵⁹ a) HUALDE MANSO (2021) p. 79.

b) *Bajo el presupuesto* de que el entendimiento jurisprudencial de la situación de angustia del artículo 1.1 LU sirve para la interpretación de la situación de angustia de la lesión navarra [*supra*, nota 1357 a) y b)], *vid.*, solo para la Ley Azcárate, JIMÉNEZ MUÑOZ (2010) pp. 89-92, en particular desde p. 91; SABATER BAYLE (1986) pp. 216-221; MARTÍNEZ DÍAZ extracta la STS 10.06.1940 y la STS 05.07.1982 en las que se analiza la situación de angustia de la Ley Azcárate [(2020) pp. 153-156, *vid.* hasta p. 157, y pp. 215-217, respectivamente para cada una de las citadas sentencias].

c) *Más allá de lo anterior*, son interesantes las siguientes sentencias del Tribunal Supremo en las que, resolviéndose sobre la aplicación o no de la Ley Azcárate, *se menciona al dolo*:

c.1) STS 02.01.1928: «[...] declara en el 9.º considerando que el calificativo de «leonino», «aplicado por alusión de la conocida fábula del león a los contratos de sociedad, en el que el socio más fuerte impone al débil estipulaciones tales por las que todas las ganancias serán para aquél y las pérdidas para el otro, o que para un socio serán parte de las ganancias y no de las pérdidas, y, por analogía, en la Ley de 23 julio 1908, a los contratos de préstamo y sus equivalentes, para reputarlos usurarios, *está integrado por un elemento subjetivo y otro objetivo, siendo aquél la intención dolosa del contratante fuerte de imponer al otro en el momento de la perfección del contrato las gravosas condiciones no compensadas en forma alguna*; y el objetivo, esas mismas estipulaciones no autorizadas por el art. 1255 del Código civil, como contrarias a las más elementales reglas de la ética ...» [cursiva mía; SABATER BAYLE (1986) p. 221].

c.2) STS 22.11.1928: «Considerando que según muy reiterada jurisprudencia de esta Sala, si en los contratos que se tachan de usurarios se ha practicado por las partes litigantes una liquidación por virtud de la cual resultan finiquitadas las cuentas, y esta liquidación ha sido suscrita por entrambas partes y reconocida por las mismas, es inconcuso que no pueden ser calificados tales contratos de usurarios y como quiera que la liquidación contenida en el documento número 13 de los autos no puede menos de ser estimada como legítima y eficaz, toda vez que se halla autorizada como expresión de conformidad con las firmas y rúbricas de los litigantes [...] Hipólito [...] y [...] José [...], según el principio de que no es lícito a nadie ir contra sus propios actos, lo cual acontece respecto del demandado al pretender éste después de aprobadas las cuentas, que se tenga por nulo lo contratado y liquidado, *ya que no puede apreciarse error o dolo, puesto que para ello hubiera precisado pedir la nulidad total o parcial de la liquidación que ahora impugna [...] Hipólito [...], después de haberla firmado. / [...] no es usurario porque en el repetido convenio entre los litigantes celebrado, no concurre los tres requisitos y condiciones que enumera y exige para que como usurarios puedan considerarse, el artículo 1.º de la ley antes citada de 23 de Julio de 1908, toda vez que el interés estipulado no es superior al normal del dinero ni manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, porque no se han consignado en el de que se trata de condiciones tales, que resulten leoninas o pactadas de forma que todas las ventajas fuesen establecidas en favor del acreedor ni aceptadas por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades mentales» [cursiva mía; MARTÍNEZ DÍAZ (2020) pp. 111-112; *vid.* desde p. 110].*

c.3) STS 12.07.1929: «Considerando [esto último, mayúsculas en el original] que tampoco existen elementos para entender que el contrato de préstamo en cuestión fue leonino y que haya motivos para estimar que el prestatario lo aceptó a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; en cuanto al primer extremo, *porque el calificativo de leonino sólo tiene recta y debida aplicación cuando existe clara y manifiesta la intención dolosa de un contratante que, prevalido de su situación de superioridad o ventaja con relaciona [sic] a otro, la explota y aprovecha en su favor, imponiendo condiciones tales que, sin riesgo para el capital prestado, reduce el contrato en su exclusivo beneficio, hecho tal que necesita ser objeto de especial demostración y afirmado concretamente para deducir con debido fundamento el carácter leonino del contrato*; y respecto la situación angustiosa, inexperiencia o limitación de facultades mentales, son circunstancias, en particular las dos primeras, como invocadas en uno de los fundamentos de la sentencia, que tampoco tienen la precisa justificación en los autos ni en la propia resolución impugnada, por lo cual no puede la misma basarse fuella [sic] máxime si, como

Hualde Manso, además, propone una *reiterpretación* del estado de necesidad que abarque más supuestos, en concreto, de la *dificultad moral*. Entiende «que entre la intimidación (como vicio de la voluntad) y los contratos celebrados bajo estado de necesidad existe una línea de continuidad que pasa a través de los posibles estados intermedios del miedo», identificándose así «una zona gris o intermedia», y, «en el núcleo de la institución de la rescisión del contrato se podría encontrar una situación de temor pero con la peculiaridad de que la misma está determinada por el estado de necesidad, mientras que en el caso de la intimidación (violencia moral o miedo del art. 1267 CC), el temor se relaciona directamente con un comportamiento personal ajeno integrante de un supuesto de amenaza»¹³⁶⁰. Mediante el «remedio rescisorio se pueden solventar los casos en los que *el temor de una parte está asociado al estado de necesidad descrito en Fuero Nuevo pero entendiendo que ese estado que habilita para la salida rescisoria no debe ser necesariamente económico, sino que puede traducirse también en una situación espiritual o psicológica en la que hay un temor intrínseco determinado por una relación de sujeción o dependencia*» (cursiva mía)¹³⁶¹. Si bien «la desproporción es necesariamente un elemento de carácter patrimonial, *la causa que la ha ocasionado puede ser de naturaleza no patrimonial, [...], pero con virtualidad para incidir en la libertad de elección del contratante que padece la necesidad*», pues «[n]ada excluye que pueda tratarse de una necesidad de carácter moral con tal de que se trate de una exigencia de algún modo objetivable o «socialmente apreciable»»¹³⁶². Esto es, «[e]l estado de necesidad debe valorarse en relación con la exigencia del contratante de evitar que se produzca un daño en su esfera jurídica»¹³⁶³.

Finalmente y más allá de lo anterior, Hualde Manso se detiene en la relación de la rescisión por lesión con el vicio de la voluntad para el supuesto de la

en el caso de que se trata ocurrió, el prestatario menor de edad estuvo representado por personas aptas y capaces para contratar sin concurrir él personalmente al acto del otorgamiento de la escritura ni resultar que de una u otra forma autorizase para ello expresa y concretamente al apoderado que en tal acto le representó» (cursiva mía; MARTÍNEZ DÍAZ (2020) p. 118, *vid.* desde p. 116; también SABATER BAYLE (1986) pp. 221-222).

c.4) *STS 15.12.1965*: «Considerando [esto último, mayúsculas en el original] que la redacción, no muy clara ni precisa, del primer párrafo del artículo primero de la Ley de 23 de julio de 1908, ha sido interpretado por la jurisprudencia estimando que en él se contienen tres clases o grupos de préstamos «usu-rarios»: Primero. Los en que se estipula su interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, las que hacen presumir al legislador falta de libertad en el prestatario para su aceptación. Segundo. *Los en que se consignan condiciones tales que resultan, leoninos o pactados de forma que todas las ventajas sean establecidas en favor del acreedor, habiendo motivos para estimar que han sido aceptados por el prestatario o a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales, porque ello supone que el prestamista ha obrado con dolo*; y Tercero. [...]» (cursiva mía; pp. 199-200).

¹³⁶⁰ HUALDE MANSO (2021) p. 80.

¹³⁶¹ HUALDE MANSO (2021) p. 80. Señala a modo de ejemplo de *dificultad moral*, incluida en el estado de necesidad de la rescisión por lesión de la ley 500.I FN, «la necesidad que empuja al anciano a transmitir a precio irrisorio todos sus bienes a la persona cuidadora por el temor de perder su ayuda material y asistencial».

¹³⁶² HUALDE MANSO (2021) p. 81.

¹³⁶³ HUALDE MANSO (2021) p. 81.

dificultad moral, *dado que el vicio de la voluntad explicaría la antes mentada dificultad moral*. Reconoce que «el estado de necesidad de la ley 500 FN evoca al estado de dependencia, pero no agota en la dependencia su trascendencia semántica porque quien contrata en estado de necesidad es conocedor de las condiciones contractuales aceptadas, *mientras que el sujeto que actúa en estado de vulnerabilidad relacional puede padecer una alteración de la esfera volitiva por efecto de la relación de carácter exclusivo o totalizante con la contraparte*», por lo que «*el vicio de la voluntad estaría en mejor situación para «explicar» la situación del sujeto agente en su relación con la contraparte*», pero lo anterior «no impide que el estado de necesidad interpretado laxa o extensivamente pueda comprender también aquellas situaciones de dependencia o de exclusividad que puedan conducir a aceptar un contrato con condiciones perversas o inicuas» y además, «*también la rescisión tiene algún presupuesto de alteración de la esfera volitiva del agente por la presión que ejerce el estado de necesidad en la libertad normal de una toma de decisión*» (cursiva mía)¹³⁶⁴.

b.2) Sobre la *inexperiencia*, según Sabater Bayle, supone un error provocado por el que «abusa de las circunstancias que mueven al otro contratante a aceptar un contrato sin el suficientemente conocimiento de sus consecuencias patrimoniales, debido a su ignorancia, su juventud, sus escasas luces, o su impericia en la materia objeto de contratación»¹³⁶⁵. De modo similar, en concreto como «falta de conocimiento sobre la cuestión contractual que implica el desconocimiento de lo que es objeto del negocio», Hualde Manso entiende el presente elemento subjetivo de la rescisión por lesión¹³⁶⁶.

[B.3] *La aplicación de la rescisión por lesión a los contratos onerosos. Las exclusiones*

La ley 500.I FN refiere la rescisión por lesión *a los contratos onerosos*. Por su parte, Hualde Manso destaca que «esta institución típica del Derecho navarro», la rescisión por lesión, se limita a esos contratos¹³⁶⁷. No se aplica «a los

¹³⁶⁴ HUALDE MANSO (2021) p. 81.

¹³⁶⁵ a) SABATER BAYLE, «Ley 500» (2020) p. 2118.

b) *Para la regulación de la rescisión por lesión en el Fuero Nuevo, en su versión de 1973, y la inexperiencia*, DELGADO ECHEVERRÍA explicaba: «La «inexperiencia» alude a la falta de los conocimientos que se adquieren con el uso y la práctica; puede ser general, respecto de todos los asuntos de la vida (más común en personas de escasa cultura o muy jóvenes) o relativa sólo a aquel tipo de asuntos u objetos sobre que versa el contrato» [RJN (1987) p. 22].

¹³⁶⁶ HUALDE MANSO (2021) p. 79; continúa: «Quien es lego en un determinado producto o servicio puede dar un consentimiento a las obligaciones surgidas de un contrato ignorando que, en ese ramo del mercado, en ese tipo de negocios, o en ese tipo de relaciones el valor de la prestación es muy superior al pactado. La inexperiencia puede tener su causa en la poca edad, en la sofisticación del objeto del contrato, en la falta de un total entendimiento, en la falta de una información completa, en la discapacidad intelectual, en la impericia o en circunstancias análogas».

¹³⁶⁷ a) HUALDE MANSO (2021) p. 76.

b) *Para la regulación de la rescisión por lesión en el Fuero Nuevo, en su versión de 1973*, DELGADO ECHEVERRÍA entendía: «Lo son [contratos rescindibles], en principio, todos los onerosos conmutativos. El arquetipo sigue siendo la compraventa, pero se incluyen, no sólo todos los demás tendentes a la transmisión de una cosa (permuta, dación en pago, aportación a sociedad, etc.) o a la de su posesión (arrendamien-

actos unilaterales», ni «a los contratos que no tengan prestaciones correspondientes», pues «[l]a referencia textual [en el Fuero Nuevo] a la desproporción entre las prestaciones de una parte y de la otra *no permite la aplicación a contratos unilaterales o a título gratuito ni a contratos celebrados con causa de liberalidad*» (cursiva)¹³⁶⁸.

Ciertamente, la siguiente ley 502.I FN excluye expresamente de la rescisión por lesión a los «contratos de simple liberalidad», sobre los cuales, reflexiona Hualde Manso, pueden haberse realizado «bajo condiciones subjetivas de presión, necesidad (en un sentido no patrimonial), de dependencia, de confianza, de angustia... *pero este tipo de supuestos encontrarían su salida a través de cauces apropiados a la especial circunstancia; en concreto a través de los instrumentos del abuso de influencia e influencia indebida* (ley 21 FN)» (cursiva mía)¹³⁶⁹. Ade-

tos), sino también los de prestación de obra o de servicios (contrato de obra, mandato, transporte, etc.)/ [...] Sin embargo, la presencia de la ley 501 [FN, versión 1973, que transcribo *supra*, nota 1310 a)] hace dudar, ya que bajo la rúbrica «objeto» se hace la bipartición «contratos sobre bienes inmuebles», «contratos sobre los (bienes) muebles», con apariencia de exhaustividad y «[e]llo excluiría los contratos con obligaciones de hacer y aun el mutuo con interés. [...] Por todo ello, me inclino a pensar [DELGADO ECHEVERRÍA] que la ley 501 [FN, versión de 1973, que transcribo *supra*, nota 1310 a)] no abarca todos los contratos onerosos rescindibles, sino que comprende sólo aquellos en que una de las prestaciones consista en la entrega de una cosa (para transmitir la propiedad, o solamente su posesión), señalando, en definitiva, una regla excepcional para los casos en que una de las prestaciones tenga por objeto una cosa mueble. Todos los demás onerosos seguirán la regla general» [RJN (1987) pp. 16-17].

¹³⁶⁸ HUALDE MANSO (2021) p. 75.

¹³⁶⁹ a) HUALDE MANSO (2021) p. 83; *vid.* desde p. 82.

b) SABATER BAYLE señala una zona intermedia o fronteriza entre la ley 500.I FN y la ley 502.I FN, como las donaciones modales y remuneratorias, entendiendo que estas no son rescindibles, frente a otra posible interpretación (la de rescisión parcial): «entre los contratos onerosos a que se refiere la ley 500.I FN y los de *simple liberalidad* mencionados en la ley 502 FN, existe una zona intermedia o fronteriza –por ejemplo, las donaciones modales, o las remuneratorias– en que la posibilidad de rescindir es dudosa al no estar expresamente prevista en la norma. Una solución para esta cuestión podría ser la de considerarlos rescindibles en la parte del negocio que responda a una causa onerosa, manteniendo la prohibición sólo en la que supone una liberalidad, como apunta la doctrina, aunque parece problemática en su aplicación práctica. *A nuestro juicio* [SABATER BAYLE; esta cursiva, mía] se puede argumentar en otro sentido a la vista del carácter no excepcional de la norma contenida en la ley 502 FN en su referencia a los negocios de simple liberalidad, que admite una interpretación extensiva, de donde resulta que tampoco serán rescindibles los que presenten algún indicio de liberalidad; pero como sostuvo Andreu Rami [apellidos, mayúsculas en el original] [...] no porque el caso de la liberalidad mixta o indirecta *caiga dentro* [esta cursiva del original] del supuesto por la ley 502 [FN], sino porque *queda fuera* [esta cursiva del original] del contemplado en la ley 500 [FN]» [«Ley 502» (2020) p. 2124].

c) *Para la regulación de la rescisión por lesión en el Fuero Nuevo, en su versión de 1973*, DELGADO ECHEVERRÍA entendía: «[...] los [contratos] de «*simple liberalidad*», es claro que no constituyen excepción, pues la regla hace rescindibles sólo los contratos onerosos (ley 499 [FN, versión 1973, que transcribo *supra*, nota 1310 a)]. Por el contrario, están tan fuera de los contratos onerosos que entre éstos y los de «*simple liberalidad*» hay un terreno intermedio problemático, el de los contratos que, sin ser –puremento– onerosos no son tampoco «de *simple liberalidad*». En particular, nos plantea la duda de si serán rescindibles los negocios *mixta cum donatione*, duda especialmente grave si se recuerda que la práctica medieval de la renuncia a la acción de rescisión se materializaba muchas veces como donación del exceso (*quod plus valet*) y que el Fuero Nuevo admite con amplitud la renuncia. Compárese con art. 321-2 Comp. Cataluña [que transcribo *supra*, nota 1241 a)]: «contratos en los que el precio o contraprestación haya sido decisivamente determinado ... por el deseo de liberalidad del enajenante». Tampoco las donaciones remu-

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA, Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

más, la señalada ley 502.I FN excluye de la aplicación de la rescisión por lesión a los contratos aleatorios y a los contratos sobre objeto litigioso¹³⁷⁰.

La aplicación de la rescisión por lesión también se excluye si el sujeto tiene determinada condición. Según la ley 500.IV FN (sujetos), «[e]n ningún caso podrá pedir la rescisión por lesión quien, profesionalmente o habitualmente, se dedican al tráfico de las cosas objeto del contrato», lo que «apunta directamente a los empresarios o comerciantes, según la clásica postura contraria a la rescisión de las compraventas mercantiles» (art. 344 CCO)¹³⁷¹. Tampoco se aplica al «profesional» (Ley 500.IV FN), «expresión [esta otra] que indica la exclusión de quienes, sin ser propiamente comerciantes o empresarios, conocen las características de los negocios que convienen con sus clientes»¹³⁷². Ni se aplica al «perito» en «las cosas objeto del contrato» (ley 500.IV FN), esto es, a los sujetos «que tengan suficiente conocimiento o pericia en la materia (como tendría lugar en el caso de los «expertos»)»¹³⁷³. Ahora bien, advierte Hualde Manso, «[l]os peritos o expertos no tienen inexperiencia en el ramo de que se trate, pero pueden llevar a cabo el negocio por apremiante necesidad» (cursiva mía)¹³⁷⁴.

neratorias o las modales, por no ser «contratos de simple liberalidad», quedarían al margen de la rescisión» [RJV (1987) p. 17].

¹³⁷⁰ a) *Para los contratos sobre objetos litigiosos*, HUALDE MANSO informa de que «se trata de contratos sobre los que pesa una prohibición tajante en Derecho navarro y que no precisan por tanto la sanción de rescindibilidad puesto que se trata de contratos radicalmente nulos (ley 366 FN [«Cosas litigiosas. No se puede vender, donar ni en general disponer de las cosas litigiosas, en tanto no se declare quién tiene derecho a hacerlo, a no ser que se haga bajo condición suspensiva de confirmarse la propiedad del disponente»])» [(2021) p. 82]. *Vid.* además SABATER BAYLE, «Ley 502» (2020) pp. 2125-2126, en particular p. 2126].

Y para los contratos aleatorios, HUALDE MANSO considera que su no rescindibilidad por lesión se debe «seguramente bajo la premisa de que o bien en este tipo de contratos una de las prestaciones siempre –casi por definición– es desproporcionada respecto a la otra, idea que se observa claramente en los contratos de juego y azar, o bien la aleatoriedad de un eventual desequilibrio o desproporción constituye la esencia del contrato (así en la renta vitalicia)» (p. 82).

b) *Para la regulación de la rescisión por lesión en el Fuero Nuevo, en su versión de 1973*, y sobre los contratos aleatorios y contratos sobre objeto litigioso, DELGADO ECHEVERRÍA, RJV (1987) pp. 17-18

¹³⁷¹ SABATER BAYLE, «Ley 500» (2020) p. 2119. Artículo 344 CCO: «No se rescindirán las ventas mercantiles por causa de lesión; pero indemnizará daños y perjuicios el contratante que hubiere procedido con malicia o fraude en el contrato o en su cumplimiento, sin perjuicio de la acción criminal».

¹³⁷² SABATER BAYLE, «Ley 500» (2020) p. 2119.

¹³⁷³ SABATER BAYLE, «Ley 500» (2020) p. 2119.

¹³⁷⁴ a) HUALDE MANSO (2021) pp. 79-80; también: «[...] si el contratante es un experto en la materia o en el objeto del contrato, en cuyo caso no podrá alegar inexperiencia (aunque sí podría alegar necesidad)» (p. 82); y en nota 46 de p. 82: «En este sentido Delgado Echeverría [apellidos, mayúsculas en el original], quien considera que, si bien la profesión, hábito o pericia permiten excluir la inexperiencia, no ocurre lo mismo con la apremiante necesidad, que puede afectar también a la persona más versada en el tráfico de que se trate [...]».

b) *Para la regulación de la rescisión por lesión en el Fuero Nuevo, en su versión de 1973*, y sobre la exclusión de ciertos sujetos, DELGADO ECHEVERRÍA explicaba: «De acuerdo con el párrafo 3.º de la ley 500 [FN, versión 1973, que transcribo *supra*, nota 1310 a)], «en ningún caso podrá pedir la rescisión quien profesional o habitualmente, se dedique al tráfico de las cosas objeto del contrato o fuere *perito* en ellas» [cursiva mía]. [...] / Albaladejo [apellido, mayúscula en el original] critica esta excepción, pues la profesión, hábito o pericia permiten excluir la inexperiencia, pero cabría la apremiante necesidad aun de la persona más versada en el tráfico de aquellas cosas, sin que se vea razón, entonces, para privarle de la rescisión./ El precedente de la norma compilada es Nov. Rec. 5,18, 3 y 4 (por lo demás muy semejante a

[B.4] *Los efectos*

Son los siguientes:

a) El que sufrió la lesión «podrá pedir la rescisión» del contrato oneroso (ley 501.I FN). Según la ley 503.I FN, es acción «personal y transmisible a los herederos». Sobre si la acción de rescisión por lesión tiene carácter subsidiario, Sabater Bayle recuerda, que «[t]radicionalmente la doctrina ha venido atribuyendo carácter subsidiario a las acciones de rescisión por lesión en Derecho navarro», lo fuera «por la influencia del art. 1294 CC», o «porque la ley 518 Rec. Priv. así lo establecía expresamente»¹³⁷⁵. *Ahora bien*, la no expresa mención, en el Fuero Nuevo, de que la acción de rescisión por lesión sea de ejercicio «subsidiario» se debe, a que «*tiende a no comprometer su ejercicio en los casos, previsiblemente numerosos, en que el perjudicado pudiera alegar también vicios del consentimiento*», «*interpretación [que] se apoya además en la ausencia de toda referencia*», en la antes mentada ley 503 FN, «*a las acciones de anulabilidad*», y omisión «*que no*» debe entenderse «*suplida por la mención de la [acción de] nulidad [del contrato, que se hace en la propia la ley 503.I FN], puesto que el legislador del Fuero Nuevo distinguió los grados de invalidez según aparece reflejado en el texto de la ley 19 FN [que son los de nulidad, anulabilidad y rescisión]*» (cursiva mía)¹³⁷⁶. «[E]n definitiva, [que] la rescisión [por lesión] no procede en caso de nulidad absoluta de la enajenación, *pero en cambio puede concurrir con la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento hasta el extremo de borrar el carácter subsidiario absoluto que se venía atribuyendo a las acciones rescisorias, de manera que el perjudicado debería poder escoger entre uno u otro remedio en ciertos casos*» (cursiva mía)¹³⁷⁷. Por último, la acción de rescisión por

Novis. Rec. de Castilla, 10,1,4, ley de 1537, anterior en 19 años a la primera de las citadas navarras), si bien es un precedente muy dudoso. Se refieren a los maestros y oficiales de carpintería, albañilería, cantería y pintores que tomasen a su cargo obras igualadas en cierta y determinada cantidad y que luego de realizadas las hacen estimar por otros del mismo oficio y piden el exceso de la estimación. Se ordena que se les pague conforme al ajuste, aunque aleguen lesión en más de la mitad del justo precio. Se argumenta que estas obras «se dan a pregones públicos, y remates de candela, al que mejor partido hace», especialmente en las obras de Iglesias; que «se presume que nadie en su propio oficio y arte se puede engañar» y que lo que ellos hacen es por defraudar, pues los del oficio se ayudan unos a otros en la estimación, y «su malicia no les debe ser provechosa ni a la República dañosa». En todo caso, estas leyes son buen testimonio de la amplitud con que la práctica navarra acogió la rescisión por lesión, en casos bastantes alejados de la venta de inmuebles del texto romano. Son reflejo también, probablemente, del conflicto entre propietarios de inmuebles y menestrales a su servicio» [R/JN (1987) p. 22].

¹³⁷⁵ SABATER BAYLE, «Ley 503» (2020) p. 2129. La ley 19 FN ha sido posteriormente modificada por Ley 31/2022.

¹³⁷⁶ SABATER BAYLE, «Ley 503» (2020) p. 2129.

La ley 19 FN ha sido posteriormente modificada por Ley 31/2022.

¹³⁷⁷ a) SABATER BAYLE, «Ley 503» (2020) p. 2129. La ley 19 FN ha sido posteriormente modificada por Ley 31/2022.

b) *Para la regulación de la rescisión por lesión en el Fuero Nuevo, en su versión de 1973*, y sobre la cuestión de la subsidiariedad, o no, de la acción de rescisión por lesión, DELGADO ECHEVERRÍA explicaba: «De acuerdo con la ley 504 [FN, versión 1973, que transcribo *supra*, nota 1310 a)], la acción rescisoria por lesión «no tendrá lugar cuando sean precedentes las acciones de saneamiento por vicios o defectos de la cosa, o la de nulidad del contrato». Es común en la doctrina inferir de aquí el carácter subsidiario

lesión no opera si procedan «las acciones de saneamiento por vicios o defectos de la cosa» (ley 503.I FN).

Para el plazo de ejercicio de la acción rescisoria por lesión, según la ley 30 FN, «[l]a acción rescisoria por lesión enorme prescribe a los cinco años y la rescisoria por lesión enormísima, a los diez./ El plazo de prescripción se computará desde el momento de la perfección del contrato»¹³⁷⁸.

de la acción de rescisión del Derecho navarro, en los mismos términos del art. 1294 Cc. Sin embargo, la ley [504 FN, versión 1973] ha evitado decirlo en general, *sin que proceda tampoco la aplicación del Código civil como supletorio, pues no hay en realidad ninguna laguna*. En consecuencia, *creo* [DELGADO ECHEVERRÍA] *que puede ejercitarse la rescisoria en los casos –previsiblemente numerosos, dado el acercamiento que a los vicios del consentimiento se produce por la introducción de los requisitos subjetivos de la apremiante necesidad o inexperiencia– en que fuera también posible la de anulabilidad*./ La «Recopilación Privada», en su Ley 518, sí que establecía el carácter subsidiario de la acción, indicando luego que, en consecuencia, quedaría excluida por las acciones de saneamiento y de nulidad. *La supresión del calificativo de «subsidiaria», en la Compilación, parece consciente, y dirigida precisamente a no comprometer su ejercicio en los casos en que pudiera argüirse vicio del consentimiento. Obsérvese que el término «nulidad», en la Compilación navarra, tiene un sentido más restringido que en el Código civil, pues aquélla la separa expresamente, en su ley 19 [FN, versión 1973], de la anulabilidad, que es la clase de ineffectia de «las declaraciones viciadas por error, dolo o violencia física o moral graves»*. Este planteamiento, según el cual la presencia de vicios del consentimiento no excluye la acción de rescisión, parece fundado también en la tradición doctrinal navarra: Alonso [apellido, mayúsculas en el original] advertía que si en el contrato había mediado dolo, además de rescindible sería nulo; pero «si el damnificado no quisiese reclamar la nulidad, y prefiriese la subsistencia del contrato, podrá reclamar el aumento o disminución del precio y tendrá que cumplirlo todo, así el que con el dolo indujo a contratar» [cursiva mía; RJN (1987) pp. 22-23].

De interés también, estas otras consideraciones de DELGADO ECHEVERRÍA en las que apunta la proximidad de la rescisión por lesión con los vicios del consentimiento: «La Compilación de 1973 regula ampliamente la rescisión por lesión (Leyes 499 a 507 [FN, versión 1973], que forman un capítulo dentro del título «De las obligaciones en general»), respecto de todos los contratos onerosos, bien recaigan sobre inmuebles o bien sobre muebles, a favor de cualquiera de las partes; introduciendo, como novedad más saliente, junto al requisito objetivo de la lesión en más de la mitad (para la lesión enorme), los subjetivos de haberse aceptado el contrato «por apremiante necesidad o inexperiencia»./ Con ello se aparta de los estrictos precedentes romanos, pero en la misma dirección que han seguido muchos de los Códigos del presente siglo; en particular, es de suponer que ha influido –sin excluir factores internos a la evolución del Derecho navarro, [...]– el Código italiano de 1942, cuyo art. 1448 establece como requisitos tanto la lesión en más de la mitad como que la desproporción entre las prestaciones dependa del estado de necesidad de una de las partes, del que se ha aprovechado la otra para obtener ventaja [transcribo el art. 1448 CCI 1942, *supra*, nota 185, b.3)]. *De este modo se ha pasado de un fundamento objetivo de la rescisión a otro predominantemente subjetivo, cercano a los vicios del consentimiento; con analogías, de otro lado, con la regulación de los negocios usurarios. Ciertamente, la rescisión en el Derecho navarro presenta perfiles propios muy acusados dentro del ordenamiento español, pero nada sorprendentes en el conjunto de los Derechos contemporáneos: es más bien el Código civil el que desentona en este contexto*» [cursiva mía; RJN (1987) pp. 14-15].

¹³⁷⁸ a) ARCOS VIEIRA destaca que, frente a la derogada ley 33 FN, en la vigente ley 30 FN se añade «un párrafo [segundo] destinado a definir el *dies a quo* de los plazos que, conforme a la opinión general, ya con el régimen anterior se consideraba fijado en la fecha de perfección del contrato, por ser esa la fecha en que se entiende producida la lesión», y la razón de tal incorporación es, «al igual que en otras leyes próximas (leyes 26, 29, 31, 32 y 33 [FN]) [...] mantener para las acciones implicadas un criterio de fijación del *dies a quo* diferente al que ahora recoge, con carácter general, la ley 23.II FN –criterio de la cognoscibilidad– y que quedaría por ello excluido de las acciones contempladas» [«Ley 30» (2020) p. 102].

Para el *dies a quo* de la citada ley 23 FN, el cual se aplica a la influencia indebida y al abuso de influencia de la ley 21 FN, *supra*, en anterior [A.4] del cuerpo del texto.

b) Según la ley 505 *in fine* FN, «[e]n todo caso», el demandado «podrá evitar la rescisión mediante el abono de la indemnización a que se refiere el párrafo anterior», esto es, podrá evitar la rescisión pagando «el complemento del precio, valor o estimación más los intereses legales» [ley 505.I c) FN]¹³⁷⁹. Esta norma es «una aplicación del principio de conservación del negocio que persigue restablecer el equilibrio de las prestaciones, comprometido tras el contrato en condiciones abusivas, pero manteniendo al mismo tiempo su eficacia y especialmente evitar nuevos cambios en la titularidad de los bienes enajenados»¹³⁸⁰. Por otro lado, la ley 505 FN «no fija el momento en que deba pagarse la indemnización o [el] complemento del precio», y considera Sabater Bayle que, del «en todo caso» de la ley 505 *in fine* FN, «puede deducirse que podrá ofrecerse el pago en cualquier momento anterior a la restitución de la cosa con sus frutos, esto es: antes del pleito, para evitar la demanda; durante su transcurso, para enervar la acción; e incluso tras la sentencia de condena»¹³⁸¹.

b) *Para la regulación de la rescisión por lesión en el Fuero Nuevo, en su versión de 1973*, y sobre la duración de los plazos y su naturaleza de prescripción, Delgado Echeverría explicaba: «Siguiendo fielmente los antecedentes históricos, la Ley 33 [FN, versión 1973] señala que «la acción rescisoria por lesión enorme prescribe a los diez años, y la rescisoria por lesión enormísima a los treinta». *La doctrina considera los plazos demasiado largos para las necesidades de la vida moderna* (la misma Compilación, para la prescripción de la acción de rescisión de las particiones hereditarias, establece el plazo de cuatro años [...])./ Albaladejo [apellidos, mayúsculas en el original] considera el plazo de caducidad. Según sus palabras, «se sigue del propio tipo de acción de que se trata, así como del argumento de que el plazo de la Ley 33 [FN, versión 1973] debe ser de la misma naturaleza que el de la Ley 34 [FN, versión 1973], y el de ésta hay que entender que es de caducidad, porque el equivalente en el Código civil es de caducidad». *La argumentación parece muy débil, anclada en el prejuicio de que el sistema conceptual de los Derechos forales lo aporta el Código civil (lo que resulta especialmente incierto en el Derecho navarro). La Compilación navarra conoce –a diferencia del Código civil– la distinción entre caducidad y prescripción* (vid. Ley 26 [FN, versión 1973]), *por lo que si se utiliza el término prescripción tanto en la Ley 504 [FN, versión 1973] como en la 33 [FN, versión 1973], hay que suponer que el legislador dice lo que quiere decir. Por lo demás, tampoco se compagina bien con la idea de caducidad la duración de diez o treinta años señalada por el legislador (otra cosa es lo que pueda opinarse sobre la conveniencia de tan largo plazo). Se aplicará, por tanto, lo dispuesto en la Ley 40 [FN, versión 1973] sobre interrupción de la prescripción*» [cursiva mía; RJN (1987) p. 26].

¹³⁷⁹ SABATER BAYLE advierte y explica: «Al lado de la norma denomina [*sic*, denominada] *complemento del precio* [ley 505.I c)] aparece una última referencia a la *indemnización* [ley 505 *in fine* FN]. Tal expresión podría llevarnos a la falsa creencia de que el obligado a restituir puede eximirse pagando al vendedor demandante y perjudicado, el valor de la cosa comprada. Pues bien, parece que no es eso lo que dice la norma; por el contrario, se atribuye al demandado *la facultad de evitar el efecto restitutorio* que de otro modo podría derivar de una sentencia de condena, mediante el abono al demandante de la diferencia de valor que le causó la lesión./ [...] La diferencia entre el *complemento del precio* y la *indemnización* a que se refiere la ley 505, no se encuentra, por lo tanto, en el *importe* de las cantidades que habrá de abonar el demandado, que en ambos casos representarán el valor del perjuicio o diferencia entre el valor de las respectivas prestaciones. Lo que difiere son las respectivas hipótesis que dan lugar a esta deuda (en un caso, la imposibilidad sobrevenida de la prestación, en el otro, el ejercicio de la facultad de enervar la acción rescisoria o impedir el efecto restitutorio), así como su carácter, ineludible en el primer caso, si bien salvo pacto en contrario, y facultativo para el demandado en el segundo» [cursiva del original; «Ley 505» (2020) pp. 2137-2138].

¹³⁸⁰ SABATER BAYLE, «Ley 505» (2020) p. 2138.

¹³⁸¹ a) SABATER BAYLE, «Ley 505» (2020) p. 2138.

b) *Para la regulación de la rescisión por lesión en el Fuero Nuevo, en su versión de 1973*, y para el complemento del precio, valor o estimación, DELGADO ECHEVERRÍA explicaba: «Pero el demandado po-

[143] En cuanto al dolo «como vicio del consentimiento» de la ley 20 FN, Rubio Torrano explica que «consiste en el error producido por la actuación maliciosa de una persona distinta del declarante (la otra parte negocial o una tercera persona) dirigida a inducir en el ánimo de aquél [del declarante] una falsa representación de la realidad que le impulsa a emitir una declaración de voluntad que, de otro modo, no habría emitido»¹³⁸². Con esta definición, puede entenderse que Rubio Torrano acoge, para el dolo de la ley 20 FN, la tesis estricta (o restringida), esto es, la del error producido o provocado, y esto lo hace, regulándose la influencia indebida y el abuso de influencia en la ley 21 FN. *Ahora bien*, lo cierto es que, *ya en 2002*, Rubio Torrano entendía del mismo modo el dolo, cuando el dolo se regulaba en la *derogada* ley 19.II (versión de 1973) FN, no regulándose en aquel entonces la influencia indebida y el abuso de influencia de la posterior y vigente ley 21 FN¹³⁸³.

3. LOS REQUISITOS DEL DOLO

[144] Para que el dolo permita la anulación del contrato, ha tratarse, apunta Rubio Torrano, de un dolo «objetivamente grave y determinante de la declaración de voluntad, como advierte la propia ley 19 [*sic*; 20 FN]»¹³⁸⁴. Con esto, Rubio Torrano manifiesta entender la gravedad y el carácter determinante

drá evitar la rescisión y consiguiente restitución mediante el abono de la indemnización consistente en el complemento del precio, valor o estimación más los intereses legales; y este será el único efecto del triunfo de la acción cuando la restitución no fuese posible porque el demandado no tuviere la cosa en su poder (Ley 506, c) y párr. últ. [FN, versión 1973])./ Fernández Asiáin [apellidos, mayúsculas en el original] consideraba la obligación del demandado como alternativa, a devolver la cosa o completar el precio; y Díez Argal [apellidos, mayúsculas en el original] mantiene que la demanda, para no ser defectuosa, ha de dirigir su suplico, alternativamente, a la rescisión y al complemento; de modo que, congruentemente, la sentencia condenatoria ha de contener un fallo alternativo y doble. Pero el párrafo último de la Ley 506 [FN, versión 1973] claramente configura como facultad solutoria el abono del complemento del precio, que ni siquiera, en mi opinión [DELGADO ECHEVERRÍA], sería imprescindible mencionar en la demanda. En palabras de García Cantero [apellidos, mayúsculas en el original], «en resumen: el demandado vencido debe restituir la cosa con sus frutos si conserva su posesión, pudiendo optar al momento del cumplimiento por completar el precio, valor o estimación de la cosa, obligación que le incumbirá de modo principal cuando la cosa no está en su poder»» [R/JN (1987) p. 25].

¹³⁸² RUBIO TORRANO, «Ley 20» (2020) p. 76.

¹³⁸³ RUBIO TORRANO (2002) p. 57. Por lo que expongo en el cuerpo del texto, conviene advertir que, «[e] contenido de esta [ahora vigente] ley 20 [FN] [que contempla, entre otras cosas, al dolo] *se corresponde en su integridad* con el párrafo segundo de la antigua ley 19 [FN]» [cursiva mía; RUBIO TORRANO, «Ley 20» (2020) p. 75].

El tenor de la antigua ley 19.II (versión de 1973) era: «Son anulables las declaraciones viciadas por error, dolo o violencia física o moral graves, pero no podrán alegarse el error inexcusable de hecho o de derecho» (cfr. con el tenor de la ley 20 FN, que transcribo *supra*, [141] [A]).

¹³⁸⁴ RUBIO TORRANO, «Ley 20» (2020) p. 76. *Vid.* la nota inmediatamente anterior a esta.

del dolo como dos distintos requisitos del mismo (cfr. con lo que expuse *supra*, [67] ss, para el Código civil).

Además, Rubio Torrano destaca una diferencia entre el dolo de la ley 20 FN y el del Código civil. En «[e]l Código civil, recogiendo una regla de inspiración romana, [se] considera únicamente como causa de invalidez al dolo unilateral, es decir al que no haya sido empleado por los dos contratantes (art. 1270.1 [CC])», y pese a «su origen romano, la Compilación [navarra] nada ordena al respecto, *por lo que habrá de pensar que el dolo recíproco no impide en Navarra la impugnación del contrato*» (cursiva mía; cfr. *supra*, [89] ss, para el Código civil)¹³⁸⁵.

4. LOS EFECTOS DEL DOLO. EL PLAZO DE EJERCICIO DE LA ANULACIÓN DEL CONTRATO

[145] De acuerdo con la ley 20 FN, la víctima del dolo, vicio de la voluntad, podrá anular su declaración (en lo que me afecta, el contrato). Al igual que expuse *supra*, [142] [A.4] para la influencia indebida y el abuso de influencia (ley 21 FN), para el dolo, el plazo de ejercicio de la acción de anulación es de cuatro años y es plazo de prescripción (ley 31.I FN), computándose, añadido, «desde que quien presto el consentimiento viciado tuvo conocimiento del error o el dolo» (ley 31.II FN)¹³⁸⁶. Dado el acogimiento del criterio subjetivo para el

¹³⁸⁵ a) RUBIO TORRANO, «Ley 20» (2020) p. 76.

b) En el derecho portugués, según el artículo 254.1 *in fine* CCP 1966, «a anulabilidade não é excluída pelo facto de o dolo ser bilateral». DA MOTA PINTO señala que, «al contrario de lo que exigen algunas legislaciones y la propia tradición jurídica, *no es necesario que el dolo sea unilateral*» y, «[e]l propio *dolo bilateral o recíproco* puede ser invocado como fundamento de anulación» (cursiva del original). Advierte que esta «solución es, lógicamente, el resultado del hecho de que el fundamento de la anulabilidad por dolo sea la de ser un vicio de la voluntad» [traducción mía; (2005) p. 526]. *Supra*, nota 715.

¹³⁸⁶ Aunque se refiera al error vicio, dado que el error comparte con el dolo el mismo *dies a quo* subjetivo (ley 31.II FN), son de interés las siguientes reflexiones de ARCOS VIEIRA para este *dies a quo*, y el *dies a quo* de la consumación del contrato del Código civil (sobre este último, *supra*, [112] ss). Dice:

«Para los supuestos de anulabilidad por error-viceo del consentimiento, debe señalarse la contradicción que parece resultar tras la entrada en vigor de la Ley Foral 21/2019 entre el tenor literal de la nueva norma [Ley 31.II FN] y la jurisprudencia mantenida al respecto en los últimos años, dictada a propósito de la contratación de ciertos productos financieros o de inversión. Las SSAP Navarra de 20 de junio de 2018 [...] o de 27 de noviembre de 2018 [...] explican cómo se ha venido asumiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo (SSTS de Pleno de 12 de enero de 2015 [que expongo *supra*, [115] [A]] y 19 de febrero de 2018 [que expongo *supra*, [115] [C]] [...]) conforme a la cual el *dies a quo* en caso de contratos celebrados por error es la fecha de su consumación, y no aquella en la que se toma conocimiento de haber padecido tal error./ Es necesario valorar, sin embargo, que para el Derecho común ello supone no excepcionar el supuesto de anulabilidad por error de la norma general del art. 1301.III CC, que remite el inicio del cómputo a la consumación del contrato. *Contrariamente, la vigente Ley 31 FN ha adoptado como criterio general para actos afectados por error o dolo precisamente la opción contraria, esto es, la de vincular el inicio del plazo al descubrimiento del error. El hecho de que tal declaración se haya realizado*

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA, Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

inicio del cómputo de los cuatro años, entiendo aplicable la regla de la ley 23.IV FN, de que «[c]ualquier pretensión susceptible de prescripción se extingue en todo caso por el transcurso de treinta años desde su nacimiento, con independencia de que hayan concurrido causas de suspensión o de interrupción de la prescripción», como expuse y razoné *supra*, [142] [A.4].

mediante una reforma legal coincidente en el tiempo con la consolidación de la jurisprudencia que se comenta [sobre la consumación del contrato], y por tanto perfectamente cognoscible por el legislador [navarro], dificulta reinterpretar aquella [Ley 31.II FN] a la luz de esta [jurisprudencia]» [cursiva mía; «Ley 31» (2020) p. 106].

RECAPITULACIÓN CRÍTICA Y VALORACIÓN PERSONAL

[146] Tres son las regulaciones analizadas y tal esquema aplico para la siguiente recapitulación.

1. PARA EL DERECHO CIVIL ESTATAL

Primera. Los vicios del consentimiento. La ventaja injusta

[147] *En el Código civil*, según su artículo 1265, los vicios del consentimiento son el error, la violencia, la intimidación y el dolo. Son los vicios que en 1889 el legislador decide tipificar¹³⁸⁷ y suele apuntarse la inadmisión de su aplicación analógica, así como de su no interpretación extensiva¹³⁸⁸. Los vicios del consentimiento son un problema de formación del consentimiento contractual (solucionan un problema de justicia procedimental) y no exigen para su aplicación desequilibrio patrimonial entre prestación y contraprestación contractual (no requieren que haya lesión, por no responder a la justicia del contenido contractual, a la justicia material; arts. 1293, 1300 CC)¹³⁸⁹; tampoco requieren de la

¹³⁸⁷ *Vid. supra*, [14], las consideraciones generales de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN.

¹³⁸⁸ *Supra*, [13]; también, nota 234, b).

¹³⁸⁹ *Supra*, [96] para el artículo 1293 CC; GARCÍA GOYENA era contrario a la rescisión por lesión en los contratos [*supra*, [96] [A.1] b); y art. 1164 PCC 1851, *supra*, [96] [A.1] a)]; para los oportunos artículos del Anteproyecto de Código civil 1882-1888, *supra*, [96] [A.2]. Y para el artículo 1300 CC, *supra*, [95]. En cuanto al Tribunal Supremo, este diferencia entre lesión y dolo; *supra*, [98].

Y más allá, sobre el *dolus re ipsa*, *supra*, [97] a).

causación de daños al contratante que sufrió el vicio¹³⁹⁰. Distinto es, que en el concreto caso de la realidad haya tenido lugar una lesión o/y daño¹³⁹¹.

Que los vicios del consentimiento no se apliquen analógicamente, ni se interpreten extensivamente, supone proteger la seguridad del tráfico jurídico, pero, conlleva el riesgo de que ciertas situaciones (abuso de circunstancias, abuso de posición, expresándolo genéricamente; ventaja injusta), en las que uno puede considerar que habría de protegerse al contratante que sufrió el abuso, permitiéndosele desvincularse del contrato mediante su anulación, no pueda hacerlo. En este último sentido, se entendería que habría una laguna normativa.

Ahora bien, hace tiempo, sobre todo en los últimos años del siglo XXI, que *algunos autores* manifiestan la necesidad de tipificación expresa de que personas, en situación de vulnerabilidad (incluyan más o menos posibles y concretas causas de vulnerabilidad; se aluda, sin más y con carácter general, a la vulnerabilidad), sean protegidas, admitiendo que puedan desvincularse del contrato¹³⁹² (en contra de la tipificación expresa, Carrasco Perera, que explícitamente se refiere al art. II.-7:207 DCFR que regula la explotación indebida¹³⁹³). Por supuesto, cuestión distinta es que, *estando de acuerdo en la necesidad de tipificación legal, diferente sea (pero, no de menor relevancia) cómo sería la oportuna y concreta regulación*. Por ejemplo, y limitándome ahora a la construcción general y abstracta (no, al concreto diseño de los requisitos y conse-

¹³⁹⁰ En cambio, en el dolo del Código civil argentino de 1869, se exige, entre otros requisitos y para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto, que el dolo haya ocasionado un daño importante (art. 932.3.º CCA); sobre este requisito, CARRANZA, *supra*, [95] [B]. El requisito del daño importante para el dolo esencial se exige, actualmente, en el artículo 272 CCCA; sobre dicho requisito, BENAVENTE, *supra*, [95] [C].

CHARDON influyó en el Código civil argentino de 1869 y exigía, para que el dolo pueda ser medio para la nulidad de la convención, que hubiera causado un daño (*supra*, [95] [A]).

¹³⁹¹ Ejemplo extremo lo suministra la STS, 1.ª, 05.03.2010 (*supra*, [55] [A.4] y [128] [B]). Se vende una finca con el fin de ser edificada, pero la finca tenía una depresión o dolina, lo que hacía no aconsejable su construcción o el coste de la cimentación hacía inviable tal construcción, y más tarde, una entidad de tasación y valoración informa de que la finca tiene un valor de 0 €, y un arquitecto indica que «un solar de esta característica de construirse y llevar a término la necesaria cimentación, se podría considerar *«un monumento» a la idiotez*». La vendedora lo sabía y la compradora no (la dolina no podía apreciarse por signos exteriores), entendiéndose que la vendedora actuó con dolo omisivo. La compraventa se anula por dolo y se indemnizan a la compradora una serie de daños y perjuicios. Esto es, *en lo que interesa resaltar*, hay un total desequilibrio entre prestación (precio pagado por la compradora) y contraprestación (la finca recibida tiene valor 0 €) y la compradora sufre daños y perjuicios (se le indemniza los gastos de honorarios de notario y de intermediarios, y de IVA).

¹³⁹² *Supra* [13], para las consideraciones de RIBOT IGULADA (en [A]), VALPUESTA FERNÁNDEZ (en [B]), GARCÍA VICENTE (en [C]), HUALDE MANSO (en [D]) e INFANTE RUIZ (en [E]).

Por otro lado y fuera del plano contractual, en 2021, se ha incorporado al Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios de 2007, la noción de consumidor vulnerable en el artículo 3.2; *supra*, [3] c).

¹³⁹³ Para las explicaciones y razonamientos de CARRASCO PERERA, *supra*, [19] b) y [A.2].

cuencias), podría tipificarse como vicio del consentimiento (así lo defienden Gómez Calle¹³⁹⁴, Yáñez Vivero¹³⁹⁵, Infante Ruiz¹³⁹⁶, y se intuye para García Vicente¹³⁹⁷), o como supuesto de lesión (Linacero de la Fuente¹³⁹⁸), o destacar que no ha de incluirse en los vicios del consentimiento como se hace en Francia, que lo incluye en el vicio de la violencia y exige una ventaja manifiestamente injusta (art. 1143 CCF), siendo oportuna una específica regulación al respecto y fuera de los vicios de consentimiento existentes en el Código civil por tratarse de un problema de excesiva desproporción (Del Olmo García¹³⁹⁹). *En mi opinión y sin entrar en cuáles deberían ser los requisitos y consecuencias (cuestiones claves), debería construirse como nuevo vicio del consentimiento.*

[148] En el Código civil, hoy, no se regula el *general y concreto* régimen de lo que ya legalmente se denomina *ventaja injusta*, aunque, apuntan García Rubio y Varela Castro, e Infante Ruiz, se cuenta con la «avanzadilla» del artículo 1302.3.II CC, en su redacción por Ley 8/2021, que, en sede de nulidad (anulabilidad) contractual, dispone la legitimación activa de la persona, a que corresponda prestar el apoyo, para anular el contrato celebrado por la persona con discapacidad que prescindió de las medidas de apoyo que tuviera para ejercitar su capacidad de contratar, cuando fueran precisas, y *el otro contratante, al contratar, conocía la existencia de las medidas de apoyo o se aprovechó de otro modo de la situación de discapacidad, obteniendo de ello una ventaja injusta*¹⁴⁰⁰. El artículo 1302.3.II CC supone una «avanzadilla», pues en la hipotética, futura y general regulación de la causa de anulabilidad contractual de la ventaja injusta aplicable a situaciones de vulnerabilidad, una, de las posibles causas de vulnerabilidad, es la de la persona con discapacidad¹⁴⁰¹. Seguramente, la razón de esta

¹³⁹⁴ *Supra*, [20] [A.1] b).

¹³⁹⁵ *Supra*, [20] [A.1] c).

¹³⁹⁶ *Supra*, [20] [A.1] d); para INFANTE RUIZ, habría de crearse un tipo general, pudiendo crearse además un tipo cualificado.

¹³⁹⁷ *Supra*, [20] [A.1] a).

¹³⁹⁸ *Supra*, [20] [A.2]. Por su parte, GÓMEZ CALLE no es partidaria de que se adopte el régimen de ineficacia de la rescisión; *supra*, nota 208 c).

¹³⁹⁹ *Supra*, [20] [A.3]. *Vid.* en particular, *supra*, nota 224 a) y b).

¹⁴⁰⁰ a) Para la idea de la «avanzadilla», GARCÍA RUBIO/VARELA CASTRO, *supra*, [3] b.1) [A.1], y para INFANTE RUIZ, nota 40, b), con apoyo en García Rubio.

b) La razón de que utilice, en el cuerpo del texto, la terminología de *ventaja injusta* se debe a que la emplea el artículo 1302.3.II CC, *además de otros artículos del Código civil* [*supra*, nota 23 a)]. Es también la empleada en el Código civil de Cataluña (art. 621-45, que transcribo *supra*, [136] [A.1]).

Sobre las distintas posibles denominaciones, GÓMEZ CALLE, *supra*, nota 207. Para su propuesta de artículo a incorporar al Código civil, LINACERO DE LA FUENTE lo rubrica con la expresión *ventaja injusta* (*supra*, [20] [A.2] y nota 218).

¹⁴⁰¹ *Vid.* la nota inmediatamente anterior a esta.

Por otro lado, la interpretación del artículo 1302.3 CC ya ha dado lugar a distintas interpretaciones; al respecto *supra*, [3] b.1) [A.2] y [A.3] para GARCÍA RUBIO/VARELA CASTRO; *supra*, nota 42 b) para IN-

«avanzadilla» y de la no regulación general de la ventaja injusta, está, apuntan García Rubio y Varela Castro, en que la Ley 8/2021 tenía el objetivo de adaptar el Código civil al artículo 12 CDPD, y no el objetivo de la modificación general de la teoría general del contrato de dicho código¹⁴⁰². *Por mi parte*, añado, la Ley 8/2021 no modifica la enumeración de los vicios del consentimiento del artículo 1265 CC, ni introduce en el Código civil un artículo en el modo de lo que se regula en los artículos 1266 a 1270 CC para el error, la violencia, la intimidación y el dolo, y, por la ubicación del artículo 1302.3 CC, ha de entenderse que la ventaja injusta es considerada *como causa de anulación contractual (hay ya una primera decisión legislativa de derecho positivo)*.

[149] Entonces y teniendo en cuenta lo hasta ahora dicho, *¿en qué situación se encuentra el Código civil, comparando con otros derechos, o textos de soft law? En una peculiar y un tanto aislada.*

a) *Situándose en los derechos europeos continentales*, Palazón Garrido, que escribe en 2016, informa, que «el Derecho español se encuadra dentro del grupo minoritario de sistemas que carecen de regulación positiva general en la materia [...] y fuera del limitado supuesto del préstamo usurario de la [...] Ley Azcárate [...] no existe norma alguna que otorgue a los contratantes un remedio contra la explotación de la debilidad, confianza o dependencia»¹⁴⁰³. En cambio, *ejemplos de derechos que lo regulan, aunque su naturaleza jurídica, requisitos y consecuencias no sean los mismos*, son el derecho alemán (§ 138.2 BGB; «la necesidad, la falta de experiencia, la falta de discernimiento o la considerable debilidad de voluntad»¹⁴⁰⁴), el suizo (art. 21.1 CO 1911; «de sa gène, de sa légèreté ou de son inexpérience»¹⁴⁰⁵), el italiano (art. 1147 CCI 1942, «in stato di pericolo»; art. 1148 CCI 1942, «stato di bisogno»¹⁴⁰⁶), el belga (art. 5.37 CCB;

FANTE RUIZ; *supra*, nota 42 c) y nota 43 b), para GÓMEZ CALLE; y *supra*, [3] b.2) y nota 43 c) y nota 45 para ÁLVAREZ LATA.

¹⁴⁰² GARCÍA RUBIO/VARELA CASTRO, *supra*, [3] b.1) [A.1].

¹⁴⁰³ *Supra*, [3] [A.3]. En 2016, PALAZÓN GARRIDO también decía que «en la mayoría de los ordenamientos europeos se contienen normas sobre la cuestión, a excepción de España o Bélgica, donde ha sido la jurisprudencia la que se ha ocupado de dar solución al problema» [*supra*, [A.1]]. Desde 2022, Bélgica ya lo regula en su nuevo Código civil (art. 5.37) [*supra*, nota 64 a); para la situación anterior, nota 64 b)]; *vid.* también *supra* nota 5..

Por otro lado y en cuanto a las interpretaciones de qué y cuántos supuestos se contemplan en el artículo 1 LU, *supra*, nota 1154 c) y nota 1155 a) y b).

¹⁴⁰⁴ Lo transcribo *supra*, nota 185 b.1). *Vid.* además las consideraciones de GÓMEZ CALLE, *supra*, nota 208 b).

¹⁴⁰⁵ Lo transcribo *supra*, nota 185, b.2); MATEO VILLA opta por traducirlo como «su situación angustiosa, lo limitado de sus facultades mentales o su inexperiencia», parafraseando a la Ley sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios.

¹⁴⁰⁶ Lo transcribo *supra*, nota 185, b.3).

«[...] liées à la position de faiblesse de l'autre partie»¹⁴⁰⁷), o el francés (art. 1143 CCF; «l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son regard»¹⁴⁰⁸). En estos derechos, además, la parte, que no se encuentra en situación de vulnerabilidad, ha de obtener una ventaja contractual (un beneficio), pues ha de haber desequilibrio entre las respectivas prestaciones de las partes (y esto último evoca, a un observador externo como yo, a la abstracta idea de lesión)¹⁴⁰⁹.

Distinta es la situación en el derecho de los Países Bajos. El artículo 3.44 BW regula el vicio del consentimiento del abuso de circunstancias, que «existe, cuando alguien que sepa o deba comprender que otro por circunstancias especiales, como estado de necesidad, dependencia, ligereza mental, estado de juicio anormal o inexperiencia, sea movido a realizar un acto jurídico, aunque sepa o deba comprender que debería impedirselo»¹⁴¹⁰. *Advierto, que el artículo 3:44 BW no exige desequilibrio patrimonial entre prestación y contraprestación*¹⁴¹¹ y, conviene que

¹⁴⁰⁷ Lo transcribo *supra*, nota 64 a).

¹⁴⁰⁸ *Supra*, nota 220 y nota 65.

¹⁴⁰⁹ a) En el § 138.2 BGB, «ventajas patrimoniales que estén en una manifiesta desproporción con la prestación» [*supra*, nota 185, b.1)]; en el artículo 21.1 CO 1911, «[e]n cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée» [*supra*, nota 185, b.2)]; en el artículo 1448 CCI 1942, «se vi è sproportione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, [...]», y en el artículo 1447 CCI 1942, «[i] contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, [...]» [*supra*, nota 185, b.3]; en el artículo 5.37 CCB, «[...] déséquilibre manifeste entre les prestations» [*supra*, nota 64 a)]; en el artículo 1143 CCF, «un avantage manifestement excessif» (*supra*, nota 220).

b) *Vid.* además *supra*, nota 192, b).

¹⁴¹⁰ Es la transcripción de *supra*, [19] a) [A.1]; además, nota 183.

¹⁴¹¹ a) Sin perjuicio de que para las conclusiones sobre la ventaja injusta del derecho catalán me ocupo *infra*, [157] ss, conviene que recuerde la información de MARTÍN CASALS, de que en el primer texto articulado (art. 61, *aprovechamiento injusto*), que la Sección de obligaciones y contratos de la Comisión de codificación de Cataluña sometió al plenario, disponía que «[el] aprovechamiento injusto no requiere necesariamente un desequilibrio económico entre las prestaciones de las partes, siendo suficiente que haya determinado la conclusión de un contrato, que no se habría concluido si no se hubiera producido aquel, o que se habría concluido en unas condiciones mucho más favorables. [...]» (apartado 2; traducción mía). Y lo anterior, dice MARTÍN CASALS, se incluía sin mucho convencimiento y con tal de que el Pleno se pronunciase sobre su conveniencia (esto es, acerca de que pueda haber aprovechamiento injusto *sin desequilibrio económico*). MARTÍN CASALS cita al artículo 3:44 BW, en cuanto que prevé tal supuesto, así como un conocido caso judicial del derecho de los Países Bajos. *Supra*, nota 1279 b)].

b) Sobre ese conocido caso judicial del derecho de los Países Bajos («HR 29 May 1964 [...] (Van Elmbt v. Feierabend)»), VAN ROSSUM, que habla de clásica decisión, informa de que «una anciana viuda, en situación de angustia financiera y mental y muy dependiente de su egoísta consejero, le vendió su casa, sabiendo el consejero que ella quería mantener la casa a todo trance, *entendiéndose que no constituía excusa el que la anciana viuda hubiese recibido un precio justo*, y se consideró nulo el contrato» (cursiva mía); el artículo 3:44 (4) BW no exige que exista una objetiva injusticia o daño financiero; *supra*, [19] a) [A.3].

c) Y, más allá de los derechos a los que me refiero en el cuerpo del texto, para la *indue influence* del derecho inglés, INFANTE RUIZ destaca que la misma no ha de ir seguida de un ventaja excesiva o beneficio desmesurado para el contratante que influye (la *indue influence* es vicio del consentimiento genuino); *supra*, [20] [A.1] d).

recuerde, que en el derecho de los Países Bajos no se acoge la doctrina del precio justo¹⁴¹².

Y fuera del ámbito europeo, por ejemplo, en el derecho argentino, el (derogado) artículo 954 CCA, en su redacción por ley 17.771 (de 1968), se alude a las situaciones de «necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra» y se exige que se haya obtenido «una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación»¹⁴¹³. Por su parte, el vigente artículo 332 CCCA se refiere a situaciones de «necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia de la otra» y además, exige que haya habido «una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación»¹⁴¹⁴. Finalmente, en el *Code civil du Québec* de 1991, su artículo 1406.I se refiere a la «exploitation de l'une des parties par l'autre» y que la «disproportion importante fait présumer l'exploitation»¹⁴¹⁵.

b) Trasladándose a los habituales textos de *soft law*, el artículo 3.2.7 (1) Principios UNIDROIT (*excesiva desproporción*) permite anular el contrato o cualquier de sus cláusulas si, cuando la celebración, se otorgó a la otra parte una ventaja excesiva, y para ello, se tendrá en cuenta, entre otros factores, (a) el que la otra parte se aproveche injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de su contratante, de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad negociadora, y (b) la naturaleza y finalidad del contrato¹⁴¹⁶. En el *Comentario oficial* se apunta que el desequilibrio entre prestaciones ha de ser escandaloso para una persona razonable y además ha de ser injustificado, para lo cual han de valorarse todas las circunstancias, con particular atención a los antes indicados (a) y (b)¹⁴¹⁷.

¹⁴¹² a) *Supra*, nota 188, c).

b) Por otro lado y como sigue, caracterizan ÁLVAREZ VIGARAY/DE AYMERICH RENTERÍA, en 1989, los modelos de sistemas jurídicos de la rescisión por lesión: «Se pueden reducir a tres las posiciones de los Códigos civiles ante el problema de la rescisión por lesión: a) los que admiten esta institución con rasgos y características, que responden a su regulación en el Derecho justineano (Códigos civiles francés e italiano de 1865 entre otros); b) los que la aceptan, pero desplazando su centro de gravedad de una consideración simplemente objetiva (desproporción en determinada cantidad entre el valor de las contraprestaciones), a un plano subjetivo, que tiene, sobre todo, en cuenta la situación necesitada del perjudicado con la lesión e incluso, una conducta de aprovechamiento de su estado por la otra parte (BGB alemán y Código civil italiano de 1942); c) la de los que al menos, en línea de principio, excluyen toda acción de rescisión por lesión» [(1989) p. 37].

Hoy, existe mayor complicación. Así, en relación con el Código civil, se cuenta con sus artículos 1293 CC, y 1302.3.II CC; en el derecho catalán, sigue existiendo la rescisión por lesión objetiva, y se regula la ventaja injusta (a la que no llaman rescisión por lesión subjetivo); y en el derecho navarro se cuenta con la rescisión por lesión subjetiva, y con la influencia indebida, y abuso de influencia.

¹⁴¹³ Lo transcribo *supra*, nota 1357, c)

¹⁴¹⁴ Lo transcribo *supra*, nota 1357, d).

¹⁴¹⁵ Lo transcribo *supra*, nota 1281, a).

¹⁴¹⁶ Lo transcribo *supra*, [5] [C].

¹⁴¹⁷ Para el *Comentario oficial* del artículo 3.2.7 Principios UNIDROIT, *supra*, nota 155 a). *Vid.* también GINÉS CASTELLET, sobre el aspecto de la naturaleza y finalidad del contrato y pensando para el entonces proyectado artículo 621-45.1 del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat, *supra*, nota 1203.

Barceló Compte explica el proceso seguido para llegar a la excesiva desproporción de los Principios UNIDROIT. En concreto, la excesiva desproporción se encontraba dividida en dos artículos, *uno, relativo a la desigualdad en el proceso de negociación*, referido a que una parte hubiere abusado de las circunstancias indicadas en el precepto (dependencia, estrés económico o necesidad urgente, imprevisión, ignorancia, inexperiencia, o falta de habilidad negociadora) y el contrato proporcionaba una ventaja excesiva a una de las partes y una desventaja a la otra¹⁴¹⁸, y sus redactores aludían al § 138.2 BGB, al § 31 *Nordic Contract Act*, a la *undue influence* inglesa¹⁴¹⁹ y al derecho neerlandés. *El otro artículo* se refería a la *excesiva injusticia* y no protegía el consentimiento contractual, sino que perseguía la preservación del equilibrio del contenido contractual en sí¹⁴²⁰. Y estos dos artículos, finalmente, se fusionaron, uniéndose los elementos objetivo (justicia sustantiva) y subjetivo (justicia procedimental)¹⁴²¹.

Por su parte, el artículo 4:109 (1) PECL (*beneficio excesivo o ventaja injusta*), permite la anulación del contrato si (requisitos acumulativos), al concluir el contrato, una parte dependía o tenía una relación de confianza con la otra, estaba en dificultades económicas o con otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión, o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y, la otra parte sabía o debería haber sabido de tal situación y, atendiendo a las circunstancias y objeto del contrato, se aprovechó de ello de modo claramente injusto *u* obtuvo un beneficio excesivo (su equivalente es el art. II.-7:207 DCFR)¹⁴²².

¹⁴¹⁸ *Supra*, nota 155, b.1).

¹⁴¹⁹ Sobre la *undue influence*, *supra*, [20] [A.1] d).

¹⁴²⁰ *Supra*, nota 155, b.1).

¹⁴²¹ *Supra*, nota 155, b.2).

Conviene advertir que, para la regulación de la excesiva desproporción de los Principios UNIDROIT, no es infrecuente que se apunte su carácter más objetivo (u objetivo), frente a la regulación de los PECL, pues en los primeros lo que se exige es una ventaja excesiva, y para apreciarlo, *entre otros factores*, han de tenerse en cuenta los indicados en las letras (a) y (b) del artículo 3.2.7 (1) Principios UNIDROIT (por ejemplo, SMITS, *supra*, [19] a) [A.4] y nota 192 b); *supra*, nota 155, b.2), cuando BARCELÓ COMPTE se refiere a Hesselink; *supra*, nota 207, cuando GÓMEZ CALLE se refiere a posibles denominaciones; y *supra*, nota 1203, cuando GINÉS CASTELLET se refiere a «la naturaleza y finalidad del contrato» en distintos textos de *soft law*).

¹⁴²² a) En la versión inglesa (oficial) del artículo 4:109 PECL (que transcribo *supra*, [5] [A]) se exige, en la parte final de la letra b) de su apartado (1), «took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit». Para el supuesto del «took advantage of the first party's situation *in a way which was grossly unfair*» (cursiva mía), en el *Comentario oficial* se pone (aunque no se diga) como ejemplo, el conocido caso judicial del derecho de los Países Bajos al que me he referido *supra*, nota 1411 b). *Vid. supra*, nota 116.

Que los comentaristas oficiales de los PECL hayan referido dicho caso del derecho de los Países Bajos como ejemplo encajable en el artículo 4:109 PECL ha sido objeto de crítica (*supra*, nota 1221, las consideraciones de MARTÍN CASALS, y GINÉS CASTELLET, para el derecho catalán, y las de GÓMEZ CALLE, para los PECL).

[150] *En suma, solo con lo expuesto en [148] y [149] (muestreo suficiente, no pretendo la exhaustividad), hay derechos y textos de soft law que dan un tratamiento específico al supuesto en que, al celebrarse el contrato, uno de los contratantes se encontraba en situación de vulnerabilidad, aprovechándolo el otro contratante; en la mayoría de ellos, se exige, asimismo, la obtención de una ventaja (solo patrimonial, o además, de otro tipo) por el otro contratante*¹⁴²³ (esto, en cambio, no lo exige expresamente el derecho de los Países Bajos).

*Pues bien, pensando en la hipotética, futura y general regulación de la causa de anulabilidad contractual de la ventaja injusta, el artículo 1302.3.II CC, al que antes me refería, ya ha suscitado distintas interpretaciones en diferentes cuestiones*¹⁴²⁴, y en la que *ahora* me interesa (la de qué supuestos encierra la ventaja injusta: ¿solo la desventaja patrimonial? ¿También de otro tipo?), Álvarez Lata apunta al desequilibrio patrimonial (a la lesión), e Infante Ruiz al desequilibrio considerable entre los derechos y obligaciones derivados del contrato¹⁴²⁵.

*Considero que la determinación de los supuestos incluidos en la ventaja injusta es cuestión clave de su propia configuración; y es también cuestión clave, en cómo incide en el diseño global del sistema contractual del Código civil (¿cómo afecta, por ejemplo, al art. 1293 CC?), y qué alcance protector quiere atribuirse al Código civil*¹⁴²⁶. Pero, mientras no se regule específica-

b) Para el equivalente artículo II.-7:205 DCFR (que transcribo *supra*, [5] [B]) y para el supuesto de la «[g]rossly unfair advantage», también se pone como ejemplo a dicho caso judicial del derecho de los Países Bajos [*supra*, nota 115, en particular b)].

c) Y más allá de lo anterior, *supra*, nota 163, transcribo el artículo 51 CESL (explotación injusta).¹⁴²³ Suele apuntarse que el supuesto normativo de las distintas y oportunas regulaciones responde a la justicia procedimental y a la justicia material; así, GÓMEZ CALLE, *supra*, [20] [A.1] b) y nota 208 c) (aquí, refiriéndose a Ginés Castellet), YAÑEZ VIVERO, *supra*, nota 210 b).

¹⁴²⁴ GARCÍA RUBIO/VARELA CASTRO, *supra*, [3] b.1) [A.2] y [A.3]; GÓMEZ CALLE, *supra*, notas 42 c) y 43 b).

¹⁴²⁵ ÁLVAREZ LATA, *supra*, [3] b.2), señala que no se requiere una cuantificación de la lesión producida en la persona discapacitada, y entiende que el artículo 1302.3.II CC se aplica a contratos onerosos y a gratuitos; para INFANTE RUIZ, *supra*, [3] b.3).

¹⁴²⁶ El problema surge porque el artículo 1302.3.II CC se refiere sin más a la ventaja injusta, debiendo el interprete rellenar su contenido (¿qué casos abarca?). En cambio, en el derecho catalán, el artículo 621-45 CCCat, siendo su leyenda la de *ventaja injusta, expresamente se menciona en su articulado el supuesto del «beneficio excesivo»* (desequilibrio económico entre prestación y contraprestación) y *el supuesto de la «ventaja manifiestamente injusta»* (obligaciones o deberes excesivamente gravosos, desequilibrio normativo), y los autores rechazan el supuesto del *solo* aprovechamiento de la situación de debilidad del otro contratante [al modo de la regulación del art. 3:44 BW del derecho de los Países Bajos; *supra*, nota 1411 b), el supuesto de la viuda que vende su casa] tenga encaje en el artículo 621-45 CCCat [*supra*, nota 1411 a)].

La interpretación de la ventaja injusta del artículo 621-45 CCCat, ¿es la que ha de hacerse para la ventaja injusta del artículo 1301.3.II CC? Y este último artículo ¿puede llegar a tener el alcance del artículo 3:44 BW? En función de la respuesta que se dé, la protección del derecho civil estatal será más

mente la ventaja injusta, el dolo puede, *según como se interprete*, desempeñar algún papel, y ya dije, *que el dolo (causal) no exige lesión, ni causación de daños y perjuicios para poder anular el contrato*.

Segunda. El concepto de dolo: la tesis estricta (o restringida) y la tesis amplia. La regulación de algunos supuestos (influencia indebida, relación de confianza, estado de peligro, estado de necesidad, temor ambiental).

[151] Para el dolo causal, algunos autores defienden una *noción (tesis) estricta (o restringida)*. Según esta, el dolo debe provocar un error en quien lo sufrió (fue engañado), o se le mantuvo en el error (en el engaño) que ya de antes padecía, y dicho error provocó la declaración de voluntad (por ejemplo, Manresa y Navarro, Scaevola, De Cossío y Corral, Rojo Ajuria, Carrasco Perera, entre otros ¹⁴²⁷). Posiblemente, esta tesis pueda considerarse *mayoritaria a fecha de hoy (o cada vez tenga más adeptos)*. En ella, el dolo no se ocupa de supuestos en los que el contrato se celebró a causa de un abuso de posición (de circunstancias) por parte del otro contratante, pues, el primero estaba bajo la influencia del segundo o confiaba en él, o se encontraba en estado de peligro o de necesidad, o bajo temor ambiental, etc. Por descontado, cuestión *distinta* es qué solución habrá de darse a estos otros casos; si el contrato es o no válido, y, si no lo fuera, en qué figura pueda encajarse, apareciendo, como posibles, la violencia e intimidación (art. 1267 CC), la causa ilícita o inmoral (art. 1275 CC), la buena fe (art. 7 CC), entre otros, y *bajo el presupuesto del cumplimiento de sus respectivos requisitos* ¹⁴²⁸.

La *tesis amplia* del dolo no solo incluye el supuesto del error inducido y del mantenido por el otro contratante, sino también aquellos otros supuestos en los que, sin existir error, el otro contratante obtuvo el consentimiento contractual por haber abusado de su situación de superioridad (hubo abuso de circunstancias). *Existió una conducta contraria a la buena fe (conducta desleal)*. Esta

amplia o no, incidirá más o menos en el sistema del derecho de contratos. Y como trasfondo está que la ventaja injusta, por ahora, y en lo que me afecta, se encuentra en el artículo 1301.3.II CC, y no existe una regulación general para los contratos.

¹⁴²⁷ *Supra*, [17]; también, ALBALADEJO, ESPÍN CÁNOVAS, QUIÑONERO CERVANTES, VAQUER ALOY, FUENTESECA, DE VERDA Y BEAMONTE [*supra*, notas 137 y 138 a)], ROJO AJURIA, *supra*, [19] a), CARRASCO PERERA, *supra*, [19] b) y nota 193, DEL POZO CARRACOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, *supra*, [137] y nota 1294, MONSERRAT VALERO, *supra*, [137] y nota 1295 a), LLEBARÍA SAMPER, *supra*, [137] y nota 1296 a).

¹⁴²⁸ *Supra*, [18], nota 38. En cuanto a acudir a la buena fe del artículo 7 CC, lo defiende ROJO AJURIA, *supra*, [19] [A]. En contra de acudir al artículo 7 CC, LLOBET I AGUADO, *supra*, [18] b) [B] y nota 180 b).

otra tesis la han defendido, por ejemplo, De Castro y Bravo, Llobet I Aguado, Morales Moreno, Díez-Picazo y Ponce de León (más matizadamente)¹⁴²⁹, y hoy, podría ser considerada *minoritaria* (destaca la relevancia de sus defensores).¹⁴³⁰ Por supuesto, en la realidad práctica, habrá casos en los que, habiendo abuso de circunstancias, también hubo error en el que sufrió el abuso (se le engañó). Con esta otra tesis pueden abarcarse supuestos, que no encajan directamente en los otros vicios del consentimiento del Código civil, por no reunirse sus respectivos requisitos de aplicación (arts. 1266, 1267, 1268 CC); el dolo funciona a modo de (amplio) refugio protector. Y esta tesis no excluye que un supuesto pueda solucionarse, no solo a través del dolo, sino también con la intimidación o con la causa ilícita, entre otros, y ahora sí, cumpliéndose los requisitos de cada una de esas figuras¹⁴³¹.

¹⁴²⁹ DE CASTRO Y BRAVO, *supra*, [18] a), MORALES MORENO, *supra*, [18] b) [A], LLOBET I AGUADO, *supra*, [18] b) [B], Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *supra*, [18] b) [C].

Vid. también MINERO ALEJANDRE, *supra*, [23] [D.4] d), que, entre otras cosas, se refiere al dolo omisivo.

¹⁴³⁰ Además de lo expuesto en el cuerpo del texto, para una caracterización *general* de la tesis estricta y amplia del dolo, PALAZÓN GARRIDO, *supra*, [3] [A.3] y nota 66 a); CARRASCO PERERA, *supra*, [19] b) [A.1].

¹⁴³¹ a) *Más allá de lo expuesto en el cuerpo del texto*, hay algunos perfilados supuestos para los que los autores mantienen distintas opiniones y posibilidades de solución. *Por ejemplo*:

a.1) Para el contrato celebrado por *temor ambiental*. DE CASTRO Y BRAVO apunta para la jurisprudencia que estima la anulación contractual, que más que a la intimidación, se atiende a la conducta dolosa del que se aprovechó del temor insuperable que racionalmente pensado habría de producir en el denunciado (*supra*, [18] a) [A.1] a). Por su parte, GARCÍA VICENTE, en su análisis jurisprudencial, señala que la jurisprudencia reconduce el contrato celebrado bajo terror ambiental al problema de la imputabilidad de la amenaza a un sujeto concreto, o remite su solución al aprovechamiento de la situación de peligro o temor; señala la existencia de una arbitrariedad judicial; GARCÍA VICENTE no es partidario de su solución mediante la intimidación, pues, puede acudir al aprovechamiento de la situación de debilidad psicológica o de peligro en la que se encuentra el otro contratante, que encaja en la causa inmoral [*supra*, nota 150 b); [18] a) [A.2] a)]. Según ROGEL VIDE, si el contrato se celebra bajo terror ambiental, por sí solo, no puede considerarse afectado por violencia (*supra*, [18] a) [A.4], y nota 168).

b) Para el contrato celebrado *en estado (situación) de peligro, o de necesidad*. DE CASTRO Y BRAVO entiende que no se considera impugnabile, aunque haya temor grave, salvo la regulación del salvamento marítimo del artículo 8 de la Ley 60/1962, pero, podrá impugnarse si existió dolo o ilicitud en la causa [*supra*, [18] a) [A.1] b)]. Para GARCÍA VICENTE, la vía adecuada para la posible nulidad es la causa inmoral [*supra*, [18] a) [A.2] a)]. También BARCELÓ COMPTE considera, para el contrato celebrado en estado de necesidad, que podría acudirse a la causa inmoral [*supra*, [18] a) [A.2] b)]. En cambio, DEL POZO CARRASCOA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA encajan la solución de los contratos celebrados en estado de necesidad en determinada interpretación de la violencia del artículo 1267.I CC [el «se emplea» del artículo 1267.I CC es «se aprovecha», *supra*, [18] a) [A.3]] y lo mismo y solo BOSCH CAPDEVILA [*supra*, nota 165, b)]; BOSCH CAPDEVILA también propone otros posibles cauces como la intimidación, buena fe, analogía, *supra*, nota 165, c); ROGEL VIDE no considera que el contrato celebrado en estado de peligro encaje en la violencia [*supra*, [18] a) [A.4)]; CARRASCO PERERA entiende que la intimidación no acoge al estado de necesidad [*supra*, [19] b) [A.3]].

YÁÑEZ VIVERO no admite que la ventaja injusta encaje en la intimidación, *supra*, nota 194 b), nota 210 a) y c) (ni violencia, ni intimidación).

Trasladándome a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, suele apuntarse su acogimiento de la tesis amplia. En 2009, Pasquau Liaño señala que existían casos en los que, estimándose dolo, había debilidad negociadora y celebración del contrato en claro beneficio para la otra parte (*conducta contraria a la buena fe*), si bien el Tribunal Supremo nunca lo había dicho claramente, ni con intención de sentar doctrina¹⁴³². Pasquau Liaño consideraba interesante que el Tribunal Supremo precisara los contornos de esta modalidad de dolo en que concurrían lesión y prevalimiento de circunstancias, *pero, siendo el dolo, el vicio de voluntad* (no la lesión, ni la situación de debilidad contractual; existía mala fe). En cambio, Rojo Ajuria (en 1994), que citaba sentencias a las que más tarde aludía Pasquau Liaño, señalaba, para las mismas, que hubo error provocado (tesis estricta del dolo) y que, lógicamente, las circunstancias personales de la víctima habían sido tenidas en cuenta¹⁴³³. Más allá de lo anterior, en muchas de sus sentencias, es claro que el Tribunal Supremo está conociendo de un error provocado¹⁴³⁴. *En mi opinión, coincido con Pasquau Liaño en que el Tribunal Supremo no ha sido en general, pleno y contundentemente claro (lo que hubiera sido deseable) sobre su acogimiento de la tesis amplia del dolo, aunque, entiendo, que puede caracterizarse su jurisprudencia en el sentido de que sí acoge dicha tesis amplia del dolo*. En este último sentido, destacaría la STS, 1.ª, 16.02.2010 (venta de una acciones a un precio inferior de su valor real, en donde el Tribunal Supremo se refiere a la tesis amplia del dolo y menciona al art. 4:109 PECL, *Beneficio excesivo o ventaja injusta*; si bien hubo error provocado)¹⁴³⁵ y la STS, 1.ª, 28.09.2011 (donación de fincas; el error en el número de fincas y a quienes se donaría, se deshizo antes del otorgamiento de la oportuna escritura pública; luego no hubo error)¹⁴³⁶. *También estoy de acuerdo con Rojo Ajuria, en que, frecuentemente, lo que el Tri-*

Para los supuestos en los que un contratante se aprovecha de una situación no propiciada por él, ROGEL VIDE, pensando en personas mayores o con discapacidad, entiende que cabría utilizar la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento (*supra*, [18] a) [A.4]).

GÓMEZ CALLE entiende que la ventaja injusta, si bien podría enfocarse como contrato ilícito (depende del artificio de la norma), no es partidaria del régimen de la nulidad absoluta; prefiere el régimen de la anulabilidad, que permite al afectado decidir si el contrato se mantiene o se impugna; como ya he indicado, *supra*, [147], GÓMEZ CALLE es partidaria de regularlo como vicio del consentimiento. LINACERO DE LA FUENTE tampoco es partidaria de que pudiera regularse como supuesto de nulidad absoluta [*supra*, nota 214 a)].

¹⁴³² *Supra*, [21] a). PASQUAU LIAÑO cita las STS 23.02.1934 [*supra*, nota 227 b)], STS 06.11.1948 (*supra*, nota 229), STS 25.11.1960 (*supra*, nota 230), STS 20.12.1967 [*supra*, nota 231 a)], STS 15.07.1987 (*supra*, [23] [A]), STS 27.02.1989 (*supra*, [23] [B]), STS 21.07.1995 (*supra*, nota 232).

Vid. además *supra*, [23].

¹⁴³³ *Supra*, [21] b); y para otros autores, *supra*, nota 236.

¹⁴³⁴ *Supra*, [22].

¹⁴³⁵ *Supra*, [23] [C].

¹⁴³⁶ *Supra*, [23] [D].

*bun*al Supremo hace es apreciar que hubo error (inducido) en el que alega el dolo y, para determinarlo, tiene presente todas las circunstancias de la víctima, además de otras (contrato desequilibrado sin justificación, o sin justificación racional, etc). Creo que el Tribunal Supremo podría apuntar en su jurisprudencia sobre el dolo, sin dar lugar a duda posible, que acoge la tesis amplia del dolo, si es que efectivamente eso entiende.

*Tercera. La doble naturaleza del dolo: vicio del consentimiento e ilícito civil (conducta antijurídica)*¹⁴³⁷.

[152] Algunos autores consideran que, en el dolo, hay un ataque a la libertad de decidir, otros, un problema de conocimiento de la realidad, y otros terceros, ambas cosas¹⁴³⁸. Ciertamente, si el dolo se concibe limitado al error provocado, destaca el problema del conocimiento, y, si se concibe de modo más amplio, destaca el ataque a la libertad de decidir. Por su parte, el Tribunal Supremo ha apuntado que el dolo afecta a la voluntad, del que lo padeció, en su natural libertad y conocimiento, señalando, unas veces que la causa puede ser el engaño, coacción u otra insidiosa influencia, y otras, que la causa es el engaño¹⁴³⁹. Además, en otras ocasiones, el Tribunal Supremo solo manifiesta que lo afectado es la libertad de la voluntad¹⁴⁴⁰. Con esto, el Tribunal Supremo apuntaría a veces a la tesis amplia del dolo, otras a la estricta (lo que no significa en este último caso la exclusión de la posibilidad de la tesis amplia).

Sobre que el dolo es ilícito civil (segundo aspecto), esto es algo que los autores destacan¹⁴⁴¹. La ilicitud consiste en la infracción de lo que imponga la buena fe precontractual (además, de que ha de reunirse determinado ánimo)¹⁴⁴².

¹⁴³⁷ Para la visión general sobre los vicios del consentimiento, *supra*, [25].

¹⁴³⁸ En relación con la libertad de decidir, MORALES MORENO, FUENTESECA, DE VERDA Y BEAMONTE, *supra*, [26] y notas 274, 275, 276; en relación con el conocimiento, DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, y LLEBARÍA SEMPER, *supra*, [25], [B.1] y [B.2] respectivamente; en relación con la libertad y conocimiento, *supra*, [26] y nota 277 a).

GARCÍA VICENTE caracteriza al dolo como vicio a caballo entre el error y la intimidación (*supra*, nota 277 b). MANRESA Y NAVARRO señala que el dolo, si bien parecido al error, tiene algo en común con la violencia (*supra*, [25] [A.1]).

¹⁴³⁹ *Supra*, [27] [A] y [B].

¹⁴⁴⁰ *Supra*, [27] [C].

¹⁴⁴¹ *Supra*, [28]. DE COSSÍO Y CORRAL señala también que el dolo es delito civil, lo que contrapone al dolo delito penal. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo señala la gran generalidad de los términos del artículo 1269 CC y que, si bien entre el dolo civil y la estafa no hay plena coincidencia, sí hay sustancial conformidad (STS, 1.ª, 03.02.1981, STS, 1.ª, 18.07.1988; *supra*, [32]). Vid. también ESPÍN CÁNOVAS, *supra*, nota 293 a), y MANRESA Y NAVARRO, *supra*, [17] [A]. Para el delito de estafa, *supra*, nota 293 b).

¹⁴⁴² *Supra*, [29]; y *vid.* las explicaciones de MORALES MORENO.

Aquí, particular interés explicativo sobre la antijuridicidad del dolo presenta la *STS, 1.ª, 29.09.2015*¹⁴⁴³. Frente al ilícito *dolus malus*, en cambio, el llamado *dolus bonus* es lícito, está permitido¹⁴⁴⁴.

Cuarta. Sobre los requisitos del dolo.

[153] A propósito de los requisitos del dolo¹⁴⁴⁵, no es infrecuente que el Tribunal Supremo recuerde cuáles son, pudiendo identificarse dos grupos de sentencias, en uno, la enumeración es más amplia, en el otro, más reducida¹⁴⁴⁶.

Entrando en el concreto análisis de los requisitos, algunos no plantean discusión (o no, especial discusión), otros sí, en cuanto a su alcance, y, en función de lo que se defienda o entienda, la posibilidad aplicativa real del dolo será mayor o menor. En concreto:

a) *El dolo ha de existir al celebrarse el contrato*¹⁴⁴⁷. Esto permite diferenciar el dolo de otras posibles figuras jurídicas, como, por ejemplo, del (posible y posterior) incumplimiento contractual¹⁴⁴⁸. Por su parte, el Tribunal Supremo ha manifestado que el dolo ha de existir al celebrarse el contrato, *sin que actos posteriores debidos a causas posteriores puedan demostrar la existencia del dolo*¹⁴⁴⁹.

b) *Sobre el elemento subjetivo del dolo causal*, se entiende que incluye, desde luego, el supuesto en que quien lo realiza tiene la intención, el propósito

¹⁴⁴³ *Supra*, [31].

¹⁴⁴⁴ Sobre el *dolus bonus*, *supra*, [48]. Para el Tribunal Supremo, *STS 16.01.1930* y *STS, 1.ª, 12.06.1982*; a propósito de la publicidad engañosa, *STS, 1.ª, 11.05.1993*; *supra*, [49]. Además, *supra*, [30].

¹⁴⁴⁵ Para una breve y básica descripción, *supra*, [33].

¹⁴⁴⁶ Para la enumeración más detallada, por ejemplo, en la *STS, 1.ª, 26.03.2009*, se lee: «[...] los requisitos comúnmente exigidos por la doctrina científica son: a) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la reclamación [sic, declaración] negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas. b) que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia. c) que sea grave si se trata de anular el contrato. d) que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes» (*supra*, [34] [A.2], en donde reproduzco más ampliamente el texto de la sentencia y expongo más consideraciones a propósito de los requisitos del dolo). Para la enumeración más reducida, *supra*, [34] [B.1]. *Vid.* además la enumeración amplia de los requisitos del dolo por DE CASTRO Y BRAVO, *supra*, [34] [A.3].

¹⁴⁴⁷ *Supra*, [35].

¹⁴⁴⁸ Ahora bien, a veces sucede que el engaño del dolo consiste en la promesa de un hecho futuro (por ejemplo, el préstamo se solicita para destinarlo a determinado fin y luego, el prestatario lo destina a otro distinto; el comprador señala que la transmisión de unas propiedades, permitirá gestionar mejor el cuidado de perros y gatos que la vendedora cuidaba).

¹⁴⁴⁹ *Supra*, [36]. La afirmación del cuerpo del texto aparece en la *STS 26.04.1940* (*supra*, [36] [A]). Esta sentencia es citada por la *STS, 1.ª, 11.06.2003* (*supra*, [36] [C]).

(actuación deliberada) de engañar, a fin de obtener el consentimiento contractual del otro, o la intención o propósito, mediante la actuación que desarrolló, de captar la voluntad del otro [lo anterior, según se acoja la tesis amplia, o estricta (o restringida) del dolo]¹⁴⁵⁰. Asimismo, el elemento subjetivo del dolo, incluye el supuesto en que se es consciente de lo anterior (basta con ello)¹⁴⁵¹. En cambio, *no hay dolo causal* si se provocó el engaño o se captó la voluntad *de modo negligente, o de buena fe*¹⁴⁵².

El elemento subjetivo del dolo causal *tampoco* incluye un ánimo de perjudicar o dañar al otro contratante, ni de beneficiarle, ni de beneficiarse el que realizó el dolo. Estas últimas afirmaciones, que apuntan los autores, también lo sostiene actualmente el Tribunal Supremo¹⁴⁵³.

c) En el elemento objetivo (o material) del dolo, se incluyen las *palabras o maquinaciones* (art. 1269 CC), lo que supone un comportamiento activo del que realiza el dolo (*dolo activo*)¹⁴⁵⁴. En las palabras, se incluye la mentira; en la maquinación, un acto (una acción, un obrar). La manifestación de una opinión, siempre que la misma pueda ser considerada como opinión y no como declaración de hecho, no constituye dolo¹⁴⁵⁵. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ilustra la gran variedad de maniobras, mentiras, que pueden encajar en el dolo activo¹⁴⁵⁶.

Si bien los artículos 1269 y 1270 CC no se refieren a la reticencia dolosa (dolo omisivo, dolo pasivo), *no se duda de su admisión*¹⁴⁵⁷. El dolo puede llevarse a cabo (medio que se emplea), no solo mediante una insidia directa (dolo activo), sino también a través del silencio, del callar, infringiendo un deber (u obligación) de información al otro contratante, que los autores justifican, con carácter general y para la fase precontractual y ante la ausencia de expresa regulación en el Código civil, en la buena fe (principio general de nuestro derecho, art. 1258 CC, o/y art. 7 CC)¹⁴⁵⁸. La admisión del dolo por omisión, *que*

¹⁴⁵⁰ *Supra*, [37] y [38].

¹⁴⁵¹ *Supra*, [37] y [38].

¹⁴⁵² *Supra*, [37]; *vid. además, supra*, nota 602 b), c) y d), las consideraciones de MORALES MORENO.

¹⁴⁵³ Para los autores, *supra*, [39] y [40].

En cuanto al Tribunal Supremo, *actualmente* afirma que el dolo no requiere ánimo de perjudicar, pero, *en una etapa anterior*, pueden encontrarse sentencias que se refieren al elemento subjetivo del dolo o ánimo de dañar. Al respecto, *supra*, [41]-[43].

¹⁴⁵⁴ *Supra*, [44].

¹⁴⁵⁵ *Supra*, [45].

¹⁴⁵⁶ *Supra*, [46]; sobre el artículo 10 LCS y la obligación del asegurado de declarar el riesgo al asegurador, para el cuestionario concreto o específico que el último somete al primero, *supra*, [47].

¹⁴⁵⁷ *Supra*, [50].

¹⁴⁵⁸ *Supra*, [51]; en particular, nota 382. Ahora bien, el deber general y abstracto de información cuenta con límites y los autores proponen o elencan criterios que permitan determinar si hay, o no, y sobre qué, deber de informar al otro, en la fase previa y para el concreto contrato; por ejemplo, LYCZKOWSKA,

presupone el incumplimiento del deber (obligación) de informar al otro contratante derivado de la buena fe o/y de los usos del tráfico (hay también deberes legales de información), es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo¹⁴⁵⁹, quien, en ocasiones, ha señalado que el Anteproyecto de Código civil 1882-1888 (art. 1282), el Proyecto de Código civil de 1851 (art. 992), la P 7.16.1 y el D 4.3.1.2 solo contemplan al dolo como conducta positiva¹⁴⁶⁰.

d) Se distingue entre dolo causal e incidental. *Tradicionalmente* se ha entendido, que si el dolo *determinó a su víctima a la celebración del contrato, el dolo es causal (o causante, o principal)* y cabrá la anulación contractual, pero, *si la víctima hubiera celebrado el contrato, pero, por el dolo habido, lo hace en otras condiciones contractuales* (menos ventajosas, más perjudiciales para él), *el dolo es incidental (o incidente) y solo da lugar a la indemnización de daños y perjuicios*¹⁴⁶¹. Esta tesis *tradicional* sobre el entendimiento del dolo causal y del incidental se encuentra en los autores al poco de la vigencia del Código civil (Manresa y Navarro, Scaevola)¹⁴⁶², también entre los autores del siglo XIX anteriores al Código civil (Escriche, Gutiérrez Fernández, Gómez de la Serna, Del Viso; P 5.5.56)¹⁴⁶³, y en los antecedentes prelegislativos del Código civil [Proyecto de Código civil de 1836, Proyecto de Código civil de 1851, Anteproyecto de Código civil 1882-1888; para el art. 1283.II de este último anteproyecto, se apunta al art. 1066 AP Laurent y al (entonces vigente) art. 934 CCA]¹⁴⁶⁴. *Otro criterio*, defendido para distinguir el dolo causal y el

supra, [51], [52] [A.2]; DE LA MAZA GAZMURI, *supra*, nota 384 b); CARRASCO PERERA, *supra*, [52] [A.1]]. Para la donación, ALONSO PÉREZ apunta que normalmente consiste en el silencio consciente de vicios o defectos del objeto donado que causen un perjuicio al donatario, en la propia cosa o en su patrimonio (*supra*, [53]).

Para el deber *legal* de información al consumidor o usuario del artículo 60.1 TRLGDCU, *supra*, [51] [A].

¹⁴⁵⁹ *Supra*, [54]; en [55] extracto, *a modo de ejemplo*, una serie de sentencias del Tribunal Supremo sobre el dolo omisivo (unas, en cuanto lo admiten; otra, en cuanto a su calificación del caso como dolo omisivo o activo; y otras dos, en las que no se estima dolo omisivo, pues, en el caso no existió deber (obligación) de informar al otro y, por el contrario, el que alegaba el dolo, debía de haberse autoinformado).

¹⁴⁶⁰ STS, 1.ª, 05.09.2012, *supra*, [55] [A.5]; *vid.* la crítica que al respecto hace ARNAU RAVENTÓS, *supra*, nota 407; *vid.* también nota 374.

¹⁴⁶¹ *Supra*, [56].

¹⁴⁶² *Supra*, [58].

¹⁴⁶³ *Supra*, [59].

¹⁴⁶⁴ a) Para el análisis de los sucesivos cambios en los textos prelegislativos, que indico en el cuerpo del texto, *supra*, [60]. Ahora, me limito a recordar que, según el artículo 978 PCC 1836, si el dolo no causa el contrato, no causa su nulidad, pero, el que engañó ha de indemnizar al engañado; según el artículo 993 PCC 1851, el dolo incidente no produce la nulidad contractual (GARCÍA GOYENA era partidario de la distinción dolo causal e incidente); y según el artículo 1283.II APCC 1882-1888, el dolo incidente solo impone, al que lo causó, la obligación de indemnizar daños y perjuicios. Este artículo 1283.II APCC 1882-1888 tenía la anotación de «(1066 Laurent y 934 argent.)» [*supra*, [8] [C]]; y para todos los anteriores textos legislativos, *supra*, [8]].

b) En el artículo 1066 AP Laurent, se decía que el dolo causa la nulidad de la convención si, sin las maniobras de una de las partes, la otra no habría contratado, y que los demás engaños daban lugar a una

incidental, consiste en que el primero recae sobre un elemento esencial del contrato y el segundo en uno secundario, accidental¹⁴⁶⁵.

Los autores han valorado de diferente modo la clasificación dolo causal e incidental (la admiten, están en contra, dudan de su utilidad). Entre otras críticas, se señala que el contrato se quiere como un todo (en sí y en su contenido), y la dificultad de la puesta en práctica de la distinción¹⁴⁶⁶. *Lo cierto y en el fondo es que, en unos casos, el dolo ha determinado la voluntad de celebrar el contrato (hay vicio del consentimiento) y este dolo permite la anulación del contrato, y en otros casos, el dolo no llega a determinar la voluntad de celebrar el contrato (no se llega al nivel del vicio del consentimiento contractual), pero incide en las condiciones contractuales, peores de las que quería el afectado por el dolo y a causa del dolo, y aquí, no pudiéndose anular el contrato, el remedio del que se dispone es el de la indemnización de daños y perjuicios, y lo anterior sucede, tanto si se emplea la distinción dolo causal e incidental, como si solo se habla de dolo cuando existe un vicio del consentimiento, no empleándose la expresión dolo incidental. Siéndose consciente de ello, no tengo inconveniente en hablar de un dolo causal y otro incidental.*

En su jurisprudencia, el Tribunal Supremo se ha referido a la distinción dolo causal e incidental; ha apuntado que el caso de que conoce es en la modalidad de dolo causante; y, mientras en algunas sentencias estima la anulación del contrato (dolo causal), en otras, solo se considera que hubo dolo incidental¹⁴⁶⁷. *En suma, no niega la presente distinción entre dolos.*

e) El dolo *causal* no solo ha de determinar la voluntad del otro contratante a la celebración del contrato [anterior d); art. 1269 CC], sino que tam-

acción de daños y perjuicios. En su comentario, LAURENT destaca que el dolo es más frecuente que la violencia y el error y que el deseo de enriquecerse por toda vía buena o mala, invade a toda la sociedad y tal mala pasión no reclusa ante nada, y de aquí que proponga que los engaños que no constituyan dolo (por tanto, que no permitan la nulidad de la convención), sí den lugar a una acción de indemnización de daños y perjuicios. Para LAURENT, el dolo es el engaño que causa la celebración de la convención y permite su nulidad, y, los otros engaños, a lo que dan lugar es a la indemnización de daños y perjuicios; no emplea literalmente la distinción dolo causal e incidental.

c) En el (hoy derogado) artículo 934 CCA se decía, que el dolo incidente no afecta a la validez del contrato, pero quien lo hizo, ha de indemnizar los daños causados, y que, dolo incidente es aquel que no fue causa eficiente del acto. Para el derecho argentino, *supra*, [60] [B.1] para la anotación de VÉLEZ SANSFIELD al artículo 934 CCA; para la explicación de CARRANZA para dicho artículo 934 CCA, *supra*, [60] [B.2]; y para la explicación de BENAVENTE para el vigente Código civil y comercial argentino, *supra*, [60] [C].

¹⁴⁶⁵ *Supra*, [57].

¹⁴⁶⁶ *Supra*, [61], las consideraciones de DE COSSÍO Y CORRAL, FUENTESECA, MORALES MORENO, ROJO AJURIA, DE VERDA Y BEAMONTE, CARRASCO PERERA; también en dicho [61] me refiero a los derechos francés (anterior y vigente) y belga (anterior y vigente) (en [A] y [B], respectivamente).

¹⁴⁶⁷ *Supra*, [62]-[64].

bién *ha de ser grave* (art. 1270.I CC)¹⁴⁶⁸. La exigencia de la gravedad del dolo, para la anulabilidad del contrato, aparece, por primera vez, en el artículo 1283.I APCC 1882-1888, por influencia del artículo 932.1.º CCA. Este (*ahora derogado*) artículo 932 CCA exigía cuatro requisitos para que el dolo fuera medio de nulidad del acto, *el ya referido de gravedad* (1.º), que sea la causa determinante de la acción (2.º), la causación de un daño importante (3.º), y que no haya dolo por ambas partes (4.º)¹⁴⁶⁹. Para la gravedad del dolo, Carranza explica que el artificio empleado ha de ser *idóneo* (*capaz*) de engañar, lo cual ha de apreciarse en concreto, según la condición personal y subjetiva de la víctima, y, para que se produzca el efecto de la anulabilidad, el dolo ha de haber sido la causa determinante de la declaración de voluntad (*dolus causam dans*), lo que permite distinguir dicho dolo principal (sin el dolo, el acto no se habría realizado), del dolo incidental. El *vigente* artículo 272 CCCA, con distinta redacción, continúa disponiendo los mismos requisitos para el dolo esencial que causa la nulidad del acto (ha de ser grave, determinante de la voluntad del otro, causar un daño importante, y no haber sido empleado por ambas partes)¹⁴⁷⁰.

La verdad es, que en el artículo 1270 CC ha influido el entonces vigente Código civil argentino, código este último sobre el que Rojo Ajuria afirma que su regulación del dolo vicio «es ciertamente bastante atípica»¹⁴⁷¹. Siendo esto así, *¿ha de interpretarse la gravedad del artículo 1270.I CC al igual que se entiende en el derecho argentino?*¹⁴⁷² *¿O ha de hacerse otra interpretación? ¿Cuál es la mejor solución con los textos de derecho positivo de que se dispone?*

¹⁴⁶⁸ En el ámbito penal y en el delito de estafa, el artículo 248.I CP exige que el engaño sea *bastante*; sobre esto, *supra*, [69] [B].

¹⁴⁶⁹ Transcribo *supra*, [9] [A], el artículo 932 CCA. En este artículo 932 CCA, según la oportuna anotación de VÉLEZ SANSFIELD, influyó el francés CHARDON (*supra*, [66] y [A]).

Por su parte, CHARDON, en 1828, enumeraba los cinco requisitos del dolo, medio para la nulidad de la convención, así su gravedad, causa determinante del trato, cometido por uno de los contratantes, causación de daño importante, que solo haya habido dolo más que por parte de uno de los contratantes (*supra*, [66] [B.1]). Según CHARDON, con la gravedad, se viene a exigir que los hechos, constitutivos del dolo, deben ser lo suficientemente graves para que un hombre sabio y prudente pueda haber sido víctima del engaño (no cualquier dolo permite la nulidad, sino que el dolo debe ser de entidad suficiente para engañar a un hombre medio; *supra*, [66] [B.2]). *Se trasluce, pues, como fondo, la estabilidad de los contratos, la seguridad del tráfico jurídico, y la del comportamiento diligente del que se pretende engañar*. Además, según CHARDON, ha de ser evidente que ese dolo grave ha determinado el trato (sin él, no se hubiera celebrado; *supra*, [66] [B.3]).

¹⁴⁷⁰ Transcribo *supra*, [9] [B] el artículo 272 CCCA. Sobre el significado de la gravedad y carácter determinante del dolo, BENAVENTE, *supra*, [66] [D].

¹⁴⁷¹ ROJO AJURIA (1994) p. 232.

¹⁴⁷² Desde luego, los primeros comentaristas del Código civil, así lo entienden. Según MANRESA Y NAVARRO, la gravedad del dolo se refiere a su importancia, y no a su influencia, no basta el engaño burdo; para SCAEVOLA, que apunta que no basta la mera naturaleza causante del dolo, indica que la gravedad del dolo se refiere a su importancia o entidad. *Supra*, [68].

La respuesta depende del concreto autor. *Algunos* consideran que el dolo grave es el dolo determinante o causante ¹⁴⁷³, *otros*, que la gravedad del artículo 1270.I CC significa *dolus malus* (y frente a este, se contraponen el *dolus bonus*, que no permite la anulación contractual) ¹⁴⁷⁴, *para otros*, la gravedad se refiere a la entidad de la maquinación en cuanto capaz (encierra tal potencia) de engañar y convencer al otro contratante (*dolus malus* y grave; y otro es el *dolus malus* y no grave, el engaño de poca monta) ¹⁴⁷⁵. Esta última tesis la defiende Díaz Alabart, quien considera que para la gravedad del dolo han de tenerse en cuenta las circunstancias del que lo sufre, admitiéndose la anulación, si la maquinación, no consiguiendo el engaño del hombre avisado, sí lo consigue del hombre más crédulo, cándido o inexperto; ahora bien, si el que tiene dotes para resistir el engaño dadas las circunstancias, fue engañado por su negligencia, se rechazará el dolo ¹⁴⁷⁶. Morales Moreno, por su parte, considera que la gravedad del dolo se refiere a lo pactado (al objeto, a las presuposiciones incorporadas a la causa del contrato) y a los motivos particulares de un contratante no incorporados al contrato, teniendo sentido controlar lo anterior para evitar que cualquier motivo sea causa de nulidad del contrato (así, motivos caprichosos, poco acordes con los criterios ordinarios del tráfico) ¹⁴⁷⁷.

En mi opinión, y por respetar lo que el legislador dispuso, el dolo causal exige que el mismo haya determinado la voluntad contractual del que lo sufrió (art. 1269 CC; no hubiera celebrado el contrato, si lo hubiera sabido) y ha de ser grave (art. 1270.I CC; *son dos requisitos*). También entiendo que la gravedad del dolo incluye los criterios objetivo y subjetivo (*in concreto*). La gravedad significa que la conducta desplegada por el contratante (palabra, maquinación, silencio) encierra, en sí, la potencialidad del engaño y frecuentemente, la aplicación de tal criterio bastará para determinar que hubo gravedad. Pero, pudiendo no ser grave el dolo en sentido objetivo, a continuación opera la gra-

Por otro lado, algunos consideran que la gravedad del dolo *se encuentra ya* en la propia definición del dolo del artículo 1269 CC (en las palabras o maquinaciones insidiosas) (así, ROJO AJURIA, MORALES MORENO, FUENTESECA). En otro plano, *vid.* además BOSCH CAPDEVILA. *Supra*, nota 541 b) y c).

¹⁴⁷³ *Supra*, [69] y nota 539.

¹⁴⁷⁴ *Supra*, [69] y nota 540. DÍAZ ALABART no está de acuerdo con esta interpretación, pues considera que solo el *dolus malus* es el contemplado en el artículo 1269 CC; el *dolus malus* puede ser grave y no grave. MORALES MORENO tampoco considera que se refiera al *dolus bonus*.

¹⁴⁷⁵ *Supra*, [69] y nota 541.

¹⁴⁷⁶ *Supra*, [69] y notas 542 y 543.

DE COSSÍO Y CORRAL y LLOBET I AGUADO señalan que para apreciar la gravedad del dolo han de tenerse en cuenta las condiciones del que lo sufre (*supra*, [69] [A]).

BOSCH CAPDEVILA apunta que la gravedad del dolo es concepto que aporta más bien confusión, y señala que *la gravedad parece introducir un elemento objetivo, lo que no casa bien con la subjetividad que emana del artículo 1269 CC (supra, [70] c)*.

¹⁴⁷⁷ *Supra*, [70] b).

vedad en sentido subjetivo. Habrá que tener en cuenta todas las concretas circunstancias del caso (personales, etc.), y en el concreto caso, el dolo podría calificársele de grave.

En cuanto al Tribunal Supremo, y sin la rotunda claridad que hubiera sido de desear, emplea la gravedad del dolo con distintos significados; por ejemplo, como determinante de la voluntad del otro contratante, para la importancia del comportamiento (palabra, maquinación, silencio) a efectos del engaño a causar en el otro contratante, también en la importancia de lo que ha supuesto el engaño para el otro contratante, teniendo en cuenta lo que podía esperar del contrato; además, afirma que la ingenuidad, la candidez, la confianza, o/y la buena fe de la víctima del dolo no elimina la existencia del dolo (el acento debe ponerse en la actuación del que realiza el dolo)¹⁴⁷⁸.

f) *¿Es necesario para poder anular el contrato que el error sufrido, por causa del dolo, sea excusable? ¿No es preciso?*¹⁴⁷⁹ Hay autores que mantienen que sí¹⁴⁸⁰, pero, actualmente se entiende que no es necesario (con lo que coincido)¹⁴⁸¹. En esto, ha habido una evolución. Por tanto, el error doloso siempre es excusable. La inexigibilidad de la excusabilidad del error, del que sufre el dolo, la justifica, por ejemplo, De Verda y Beamonte en que, quien actuó con dolo, no puede alegar una confianza legítima en la otra parte, y, la diversa valoración que merece, de acuerdo con la buena fe, la conducta dolosa de un contratante frente a la negligencia (inexcusabilidad) del que sufrió el dolo¹⁴⁸².

En cuanto a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo no exige para el dolo causal, que el error, del que sufrió el dolo, sea excusable¹⁴⁸³. Particular atención merece la *STS 26.10.1981*¹⁴⁸⁴, en la que se venden todas las acciones de una sociedad, en cuyo patrimonio figuraba un terreno con un edificio (un matadero que interesaba a las compradoras) y que las compradoras creyeron que era de la vendedora, que primero dijo que no ser propietaria, después enseña una escritura pública en que aparece como propietaria e inscrita en el Registro de la Propiedad, y luego oculta una orden ministerial que integró el terreno como monte público, existiendo

¹⁴⁷⁸ *Supra*, [71]-[74].

¹⁴⁷⁹ Actualmente, la excusabilidad no es requisito necesario en los derechos francés y belga, *supra*, [75] [A] y [B], en donde también expongo la situación anterior para cada uno de esos derechos.

¹⁴⁸⁰ *Supra*, [76], para los autores que lo defienden y concreto entendimiento (se requiere un mínimo de prudencia; se requiere una diligencia media).

¹⁴⁸¹ Así, DE VERDA Y BEAMONTE, MORALES MORENO, ROJO AJURIA, DEL POZO CARRACOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, CARRASCO PERERA; *supra*, [77].

¹⁴⁸² *Supra*, [77].

¹⁴⁸³ *Supra*, [78]-[79].

¹⁴⁸⁴ Para otras sentencias, *supra*, [81].

la oportuna anotación preventiva en el Registro de la propiedad. Según la vendedora, no hubo dolo por su parte, pues las compradoras tenían que haber actuado diligentemente consultando el Registro de la propiedad y no lo hicieron¹⁴⁸⁵. El Tribunal Supremo considera que hubo dolo de la vendedora, afirmando, en esencia y en lo que interesa, que el dolo carga su acento en la conducta insidiosa del agente, no, en el error que induce el dolo, y que no ha de premiarse la mala fe ínsita en el dolo, bajo el pretexto de la confianza ajena, como si el derecho hubiera de ser más protector de los astutos que defensor de los confiados¹⁴⁸⁶.

g) *El dolo causal debe provenir del otro contratante* (art. 1269 CC; dolo de parte), por lo que el dolo de tercero no permite la anulación contractual (al tercero se le podrá exigir que indemnice daños y perjuicios)¹⁴⁸⁷. La irrelevancia anulatoria del dolo de tercero se justifica en que se protege la seguridad del tráfico, así como la confianza del otro contratante en la validez del contrato¹⁴⁸⁸. Estando clara la regla para el dolo de parte y para el dolo de tercero, *surge la cuestión de cuándo hay uno u otro*. Los autores entienden que existe dolo de parte, si el dolo proviene del representante del otro contratante o de persona de la que este último deba responder, o si el otro contratante fue cómplice del tercero y se aprovechó, o sabía del dolo de tercero y se aprovechó (algunos consideran que no hay dolo de tercero, si el otro contratante hubiera debido de conocerlo)¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸⁵ La vendedora se apoya en la *STS, 1.ª, 21.06.1978* y argumenta, entre otras cosas, que la exigencia de que el error sea excusable para poder apreciar el error del artículo 1266 CC, también es exigible en el dolo, pues ambos vicios comparten que exista un error en el que los sufre, y, la doctrina científica lo exige; *supra*, [80] [B.2]; para la *STS, 1.ª, 21.06.1978, supra*, [80] [A].

ROJO AJURIA, por ejemplo, señala que ante la demanda de dolo, el demandado puede contestar que su conducta es lícita, *o que efectivamente su actuación fue dolosa, pero el demandante, si hubiera sido prudente y diligente, no debería haber confiado en mis engaños (supra, [77] [A.1]; sobre su opinión, supra, [77] [A].*

Vid. las consideraciones de CARRASCO PERERA, *supra*, [79] [B] y nota 359 a).

¹⁴⁸⁶ *Supra*, [80] [B.3].

¹⁴⁸⁷ *Supra*, [82]; además del tenor del propio artículo 1269 CC, suele apuntarse la interpretación *a contrario* del artículo 1268 CC y las explicaciones de García Goyena para el Proyecto de Código civil de 1851.

Para la donación (acto gratuito y bilateral), el dolo de tercero sobre el donante, según DE COSSO Y CORRAL, no le permite anularla [a través del art. 621 CC, procede la aplicación de los arts. 1269 y 1270 CC; entiende que lo procedente hubiera considerar la donación nula radical y absolutamente]; *supra*, [83] a)]. En cambio, MORALES MORENO cree que la regla de la exclusión anulatoria del dolo de tercero del artículo 1269 CC no debe aplicarse a los negocios gratuitos, y más concretamente, a la donación, aunque se trate de un negocio bilateral (art. 623 CC), pues el carácter gratuito de la causa y la conexión de esta causa con la voluntad del disponente ha de influir en la ponderación del conflicto de intereses (*supra*, [83] b)]. CARRASCO PERERA tampoco considera aplicable a la donación la regla de la irrelevancia anulatoria del dolo de tercero [*supra*, [83] b)].

Sobre el dolo en el acto unilateral, *supra*, nota 656, y en los actos con pluralidad de partes, *supra*, [83] [C].

El que el dolo de tercero sea irrelevante a efectos de la anulación contractual por dolo, no impide que pueda anularse el contrato por error vicio del artículo 1266 CC, cumpliéndose los requisitos de este último (*supra*, [86]).

¹⁴⁸⁸ *Supra*, [84].

¹⁴⁸⁹ *Supra*, [85]. Otros supuestos son analizados por los autores, así el del dolo que proviene del beneficiario en el contrato a favor de tercero, del tercero interesado en el contrato que se celebra y que

La jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que el dolo de tercero no permite la anulación del contrato ¹⁴⁹⁰.

f) *El dolo causal no debe provenir de ambas partes contratantes* (art. 1270.I CC) ¹⁴⁹¹. Ahora bien, habiendo dolo recíproco y dado que no puede anularse el contrato, *¿qué sucede con éste?* La mayoría de los autores entienden que es contrato válido (a lo que me sumo) ¹⁴⁹²; en cambio, Fuenteseca lo considera nulo de pleno derecho, inexistente ¹⁴⁹³. Dejando al margen a Fuenteseca, dependiendo del autor, la regla para el dolo recíproco del artículo 1270.I CC se justifica en la compensación de culpas, en la de que, quien pide amparo al juez, ha de ir con las manos limpias ¹⁴⁹⁴.

En cuanto al Tribunal Supremo, no he localizado sentencia en la que el caso fuera uno de dolo recíproco y simplemente, cuando enumera y detalla los requisitos del dolo, el Tribunal Supremo apunta que el dolo no ha de haber sido empleado por las dos partes contratantes ¹⁴⁹⁵.

le beneficia, en el contrato de fianza, el dolo del deudor para con el fiador.

¹⁴⁹⁰ La *STS 08.03.1929* es de cita clásica. El adjudicatario de unas fincas adquiridas en subasta judicial, que después pierde la posesión de las fincas pues uno de los deudores ejecutados no era propietario, lo que aquél desconocía, demanda al acreedor ejecutante y a los ejecutados. El Tribunal Supremo entiende que hubo error del artículo 1266 CC; en cuanto al dolo, el ejecutante es tercero en la compraventa celebrada entre los ejecutados y el adjudicatario (*supra*, [87] [A]).

Recientemente, es de interés la *STS, 1.º, 03.03.2021*, en que hubo dolo del deudor principal (prestario), conocido por uno de los cofiadores solidarios, y que sufrió el otro cofiador solidario. Según el Tribunal Supremo, el acreedor es tercero ajeno en la causación del dolo, por lo que no es anulable el contrato de fianza, pero, el dolo del deudor y conocido por el otro cofiador impide estimar la acción de repetición de este último contra el otro cofiador (el que sufrió el dolo) así como la del pago de prestaciones futuras a devengar.

Para otras sentencias del Tribunal Supremo en relación con el dolo de tercero, *supra*, [87] y [88].

¹⁴⁹¹ *Supra*, [89]. Suele entenderse que la norma sobre el dolo recíproco del artículo 1270.I CC proviene de la influencia del artículo 932 CCA [*supra*, [90] a)]. Por su parte, FUENTESECA considera lo anterior, quizá, una solución superficial (la inspiración de los arts. 1269 y 1270 CC no ha de provenir forzosa-mente del Código civil argentino de 1869); apunta que, aunque en la regulación del dolo del Proyecto de Código civil de 1851, no aparece el dolo recíproco, García Goyena señala la no admisión del dolo recíproco, y es posible que el legislador argentino se inspirase en García Goyena y este último autor se apoya en el derecho romano [*supra*, [90] b)].

¹⁴⁹² *Supra*, [91] a) y nota 716 b).

¹⁴⁹³ *Supra*, [91] b); según FUENTESECA, puede considerarse que no hay consentimiento (art. 1261.1.º CC), o que las conductas de ambos contratantes atentan a la buena fe (art. 7.1 CC) y esto tal vez provoca que el contrato choque contra la ley y surja el contrato prohibido, si se admite la idea de contrato prohibido. FUENTESECA se apoya en el derecho romano, en distintos fragmentos del Digesto, y considera que el problema de los civilistas, que consideran válido el contrato celebrado con dolo recíproco, es que parten de pasajes inadecuados del Digesto, al tomar como referencia básica y fundamental la del D 4.3.36; *supra*, [91] b) [A].

¹⁴⁹⁴ *Supra*, [92]; algunos autores acogen distintas justificaciones, según se ocupen de la exclusión de la acción de anulación del contrato, o de la acción de indemnización de daños y perjuicios; además, algunos autores analizan la regla a aplicar si uno actuó con dolo y el otro contratante, la víctima del dolo, actuó negligentemente.

¹⁴⁹⁵ *Supra*, [93].

Quinta. La prueba del dolo.

[154] Presuponiéndose que el consentimiento contractual se da de modo libre y con conocimiento¹⁴⁹⁶, apuntan los autores que, quien alega haber sufrido dolo, habrá de probarlo¹⁴⁹⁷, pudiendo acreditarlo por todo medio de prueba admitido en derecho¹⁴⁹⁸. En su jurisprudencia, el Tribunal Supremo, suele repetir que el dolo no se presume, que no puede admitirse por meras conjeturas o deducciones, y el que lo alegue ha de acreditarlo cumplidamente¹⁴⁹⁹.

Sexta. Los efectos del dolo.

[155] a) El dolo *causal* permite la *anulación* contractual. El legitimado para anular puede ejercitarlo judicialmente en su demanda, o en su demanda reconvenzional (art. 1301 CC, «[I]a acción de nulidad») ¹⁵⁰⁰. Algunos auto-

¹⁴⁹⁶ PASQUAU LIAÑO, *supra*, [99] [A.1].

¹⁴⁹⁷ Los autores suelen destacar lo que digo en el cuerpo del texto (*supra*, nota 781). Por otro lado, es frecuente, en la práctica forense, pedir la anulación del contrato por error del artículo 1266 CC, y por el dolo, que causa error en su víctima, de los artículos 1269 y 1270 CC. Se trata de dos distintos vicios, cada uno con sus propios requisitos de aplicación. Dado que para el dolo se exige un *animus decipiendi*, algunos autores apuntan que es más fácil probar el error del artículo 1266 CC, y no, el dolo de los artículos 1269 y 1270 CC (ROJO AJURIA, DE VERDA Y BEAMONTE, CARRASCO PERERA). Por su parte, DE COSSÍO Y CORRAL, *que escribe en 1955*, frente al error causal o espontáneo (hecho interno, no exteriorizado) por lo que la prueba de que existió error del artículo 1266 CC es mediante presunciones, entiende que en el dolo es más fácil probar el error sufrido por la víctima, ya que las maniobras son hechos materiales y exteriores, de prueba directa, y tales actuaciones son suficientes para acreditar la existencia del vicio de voluntad (del error sufrido a causa del dolo). Dado el momento en que escribe, DE COSSÍO Y CORRAL no tiene en cuenta que el error del artículo 1266 CC puede haber sido provocado por el otro contratante, otro contratante que pudo actuar negligentemente e incluso de buena fe. *Supra*, [100].

Por otro lado, es frecuente que la persona que ejercita la acción de anulación contractual alegue error del artículo 1266 CC y dolo de los artículos 1269 y 1270 CC (*supra*, [100] [B], [C] y [D], notas 788 y 791). *Vid.* también *supra*, [31] [A].

¹⁴⁹⁸ *Supra*, [99]. Sobre la prueba de presunción judicial, *supra*, nota 785; también, nota 804.

¹⁴⁹⁹ *Supra*, [101].

El Tribunal Supremo construyó, a partir del incumplimiento por el transmitente de su obligación de informar sobre ciertos aspectos del inmueble, que imponía el (entonces vigente) artículo 62 TRLS, la presunción *iuris tantum* de dolo en dicho transmitente. Da cuenta de tal doctrina LYCKOWSKA, doctrina que califica de sorprendente, ya que el artículo 62 TRLS atribuía como consecuencia de la infracción de la información, indicada en dicho artículo 62 TRLS, la resolución del contrato en el plazo de un año e indemnización de daños y perjuicios; la autora informa de que el propio Tribunal Supremo corrigió tal doctrina, señalando que el artículo 62 TRLS no implicaba la nulidad del contrato, sino la facultad de resolución e indemnización de daños y perjuicios. *Supra*, [102].

El Tribunal Supremo se ha ocupado de la obligación de informar al cliente de las incidencias que tienen las fluctuaciones de los tipos de interés en las sucesivas liquidaciones que haya a lo largo de la duración del contrato de *swap* y de la obligación de informar sobre los elevados costes que conlleva la cancelación anticipada de dicho contrato. El Tribunal Supremo manifiesta que el incumplimiento de un deber legal de información no puede equipararse *sin más* con el dolo. *Supra*, [103].

¹⁵⁰⁰ *Supra*, [107].

res defienden que ante la demanda de cumplimiento de la obligación contractual, el demandado podrá oponerse, alegando la excepción de dolo¹⁵⁰¹. La jurisprudencia del Tribunal Supremo es que la acción de anulación por dolo debe ejercitarse en demanda o en demanda reconvenicional¹⁵⁰². El plazo de los cuatro años para anular el contrato es de caducidad (art. 1301 CC)¹⁵⁰³ y se computa, en el caso de dolo, desde la consumación del contrato¹⁵⁰⁴. El Tribunal Supremo se ha ocupado detenidamente de determinar cuándo se produce dicha consumación del contrato, teniendo presente el tipo de contrato celebrado, así como si es posible identificar la prestación esencial del contrato (se modula lo dispuesto en el art. 1301 CC)¹⁵⁰⁵.

b) Si hubo dolo *causal*, su víctima puede solo anular el contrato, solo exigir indemnización de daños y perjuicios, o anular el contrato y exigir indemnización de daños y perjuicios. Lo anterior es algo de lo que no dudan los autores (con los que coincido)¹⁵⁰⁶, aunque lo justifiquen de distinto modo (aplicación analógica del art. 1124 CC¹⁵⁰⁷; argumentación empleando el

¹⁵⁰¹ Así, con la vigente Ley de enjuiciamiento civil, DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, y con la derogada Ley de enjuiciamiento civil, MORALES MORENO; *supra*, [109].

¹⁵⁰² *Supra*, [110]. Para la excepción de dolo y el Tribunal Supremo, *supra* nota 882 c).

¹⁵⁰³ *Supra*, [111]. En la STS, 1.ª, 23.12.2021, se señala que la vigente redacción del artículo 1301 CC (por Ley 8/2021) califica los cuatro años de la acción de anulación de caducidad, redacción no vigente cuando sucedieron los hechos enjuiciados, lo que carece de relevancia, porque dicha «modificación legal tiende a aclarar el verdadero sentido original de la norma, ajustando su letra a su espíritu y finalidad, y terminando en este punto con la imprecisión de la redacción anterior y con las dudas que ello había generado»; *supra*, [111 bis].

¹⁵⁰⁴ No se acoge como *dies a quo* el del conocimiento o la cognoscibilidad del dolo, que por ejemplo se dispuso en el artículo 1184.II PCC 1851; *supra*, [112] y [113]. Para las concretas interpretaciones a propósito de la consumación del contrato de PANTALEÓN PRIETO, M. J. MARÍN LÓPEZ, y PERTÍÑEZ VILCHEZ, *supra*, [114].

¹⁵⁰⁵ *Supra*, [115]; *por ejemplo*, en STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015 (contrato de tracto sucesivo y complejo; seguro de vida *unit linked* multiestrategia), STS, 1.ª, Pleno, 24.05.2016 (contrato de tracto sucesivo y no complejo; arrendamiento de terreno), STS, 1.ª, Pleno, 19.02.2018 (contrato de tracto sucesivo y complejo; *swap*), STS, 1.ª, 09.07.2019 (bono estructurado ligado a unas acciones), STS, 1.ª, 17.12.2019 (contrato de tracto único y consumación instantánea; compraventa de un cuadro), STS, 1.ª, 08.06.2020 (contrato complejo; adquisición de títulos de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes), y STS, 1.ª, Pleno, 10.07.2020 (contrato de tracto sucesivo y complejo; préstamo bancario de dinero en divisas).

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha manifestado, para algunos supuestos, que si antes de que tenga lugar la consumación del contrato, quien alega el vicio del consentimiento, lo conoce, puede anular el contrato; *por ejemplo*, en STS, 1.ª, 28.03.1973 (compraventa de chinchillas, ejercitando el comprador la acción de anulación del contrato por dolo antes de haber tomado posesión de aquéllas) y STS, 1.ª, 11.06.2003 (contrato de renta vitalicia, que impugna la rentista por dolo e intimidación del perceptor de la renta, estimándose que no los hubo; se señala que la acción de anulación del contrato no nace a partir del momento de la consumación del contrato, sino que dicha acción puede ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de los cuatro años desde la consumación del contrato, por lo que la rentista puede, en vida, ejercitar la acción de anulación contractual); *supra*, [116].

¹⁵⁰⁶ *Supra*, [118]-[119].

¹⁵⁰⁷ DE COSSÍO Y CORRAL, *supra*, [119] a); para otras razones justificativas del autor, *supra*, nota 973.

art. 1270.II CC ¹⁵⁰⁸). Por su parte, es doctrina asentada del Tribunal Supremo que la víctima del dolo puede ejercitar la acción de anulación contractual y la de indemnización de daños y perjuicios, con las opciones que antes he apuntado ¹⁵⁰⁹.

Al no dar el Código civil un tratamiento específico y general para la responsabilidad precontractual, algo que debería hacerse, se plantea la cuestión de si se aplican las normas de responsabilidad extracontractual o las de contractual (¿qué naturaleza se atribuye?) y sabido es, las normas de una u otra responsabilidad no son iguales. En este sentido, destaca el problema del plazo de ejercicio de las acciones implicadas (un año en la responsabilidad extracontractual y cinco, hoy, en la contractual, plazos de prescripción; y cuatro años y plazo de caducidad para la anulación del contrato; además, se intenta que, se anule o no el contrato, se aplique el mismo plazo a la responsabilidad precontractual). ¹⁵¹⁰ Algunos autores defienden la naturaleza extracontractual, otros la contractual ¹⁵¹¹. Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se apunta que parece inclinarse por considerar contractual la indemnización de daños y perjuicios de la víctima del dolo ¹⁵¹² (desde luego, aplica los arts. 1106 y 1107 CC).

¹⁵⁰⁸ a) Así, MORALES MORENO, ALONSO PÉREZ, GÓMEZ CALLE, FUENTESECA, *supra*, [119] b). No está de acuerdo con argumentar con el artículo 1270.II CC, DE VERDA Y BEAMONTE, que considera que la única finalidad del artículo 1270.II CC es la de delimitar negativamente el concepto de dolo vicio, que su función es excluir la relevancia invalidante del dolo incidental (*supra*, [119] b) [A]).

b) Por otro lado, sobre la posibilidad teórica de construir un sistema precontractual de remedios para los vicios del error y del dolo, que encierran un problema de defectuosa información, y cuyos remedios serían la anulación contractual, la adaptación del contrato, y la indemnización de daños y perjuicios, MORALES MORENO, *supra*, [104].

Sobre la articulación entre los remedios de la anulación y la indemnización de daños y perjuicios en los PECL, *supra*, [104] [B].

¹⁵⁰⁹ *De cita ineludible y clásica* es la STS, 1.ª, 18.01.2007, en la que se expone las distintas posibilidades entre la acción de anulación contractual y la de indemnización de daños y perjuicios (solo se ejercita una de ellas, o se ejercitan ambas simultáneamente). La STS, 1.ª, 18.01.2007 es muy criticada entre los autores (el caso de que conoce no es de dolo vicio del consentimiento, se afirma que es la primera vez que se conoce del problema, lo que no es así, etc.). En la STS, 1.ª, 18.01.2007 se argumenta que no hay norma que excluya las posibilidades de ejercicio, antes indicadas, entre las acciones de anulación contractual y de indemnización de daños y perjuicios, que el artículo 1124 CC, norma aplicable a un caso similar de ineficacia como es la resolución, admite como acciones compatibles e independientes las de resolución e indemnización de daños (ejercicio conjunto o ejercicio independiente. *Vid. supra*, [120]).

Para otras sentencias sobre la presente cuestión, también, *supra*, [120].

¹⁵¹⁰ *Supra*, [121].

¹⁵¹¹ a) Para la naturaleza extracontractual por ejemplo, DE COSSÍO Y CORRAL (aunque, en mi opinión, no es totalmente contundente en sus afirmaciones), DE VERDA Y BEAMONTE, GARCÍA VICENTE, ASÚA GONZÁLEZ, *supra*, [122].

b) Para la naturaleza contractual, MORALES MORENO, GÓMEZ CALLE, LLOBET I AGUADO, FUENTESECA, *supra*, [123].

c) Y además, algunos plantean la cuestión de que la víctima del dolo pueda encauzar su pretensión indemnizatoria por la vía extracontractual o por la contractual; GARCÍA RUBIO, GÓMEZ CALLE, *supra*, [124].

¹⁵¹² Así lo señalan GARCÍA RUBIO y LLOBET I AGUADO, *supra*, [125]. De interés, la STS, 1.ª, 24.04.2009, *supra*, [125] [B].

Por último, sobre si se indemniza el interés contractual negativo o el positivo (extensión del daño indemnizable), de nuevo hay disparidad de opiniones entre los autores, siendo unos partidarios de uno u/y otro interés (y tampoco hay coincidencia acerca de las partidas a incluir en uno u otro interés)¹⁵¹³. En pocas ocasiones el Tribunal Supremo se ha ocupado de la presente cuestión, y no cuenta con una asentada doctrina, como tiene para otras cuestiones relativas al dolo causal (ahora bien, las indemnizaciones se encajan en el art. 1107.II CC). Aquí, son de interés la *STS, 1.ª, 24.04.2009*, en que se admite la indemnización del interés contractual positivo, aunque *obiter dicta* (se consideró que no hubo dolo) y la *STS, 1.ª, 05.03.2010*, en la que se aprecia que existió dolo, anulándose el contrato y, razonándose con los efectos restitutorios de la anulación contractual (art. 1303 CC), se incluye el pago de ciertos gastos que entran en el concepto de indemnización de daños y perjuicios (además, según el Tribunal Supremo, para la doctrina, la indemnización alcanza el interés negativo y no el positivo). Otra sentencia de interés es la *STS, 1.ª, 05.05.2009*, aunque en ella no se habla de interés negativo y positivo.¹⁵¹⁴

c) Trasladándome al *dolo incidental*, que solo obliga a indemnizar daños y perjuicios, el criterio de imputación es el dolo, aunque, entre los autores, también se admite el de la culpa lata. No he localizado sentencia del Tribunal Supremo en que este se refiera expresamente al criterio de imputación de la culpa lata a efectos de la indemnización de daños y perjuicios¹⁵¹⁵.

¹⁵¹³ a) Para DE COSSÍO Y CORRAL, si el contrato se anula, procede la indemnización del interés contractual negativo, pero si la víctima solicita la indemnización de los daños producidos por el contrato, ello supone una confirmación del contrato y se indemniza el interés contractual positivo [*supra*, [127] a)]; para DE VERDA Y BEAMONTE, si el contrato se anula procede la indemnización del interés contractual negativo, y si la víctima no demanda la anulación contractual, se resarcen todos los daños que conocidamente deriven del incumplimiento de los deberes de lealtad (derivados de la buena fe) [*supra*, [127] b)]; para GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO, si el contrato se anula, se indemniza el interés contractual negativo, siempre que el deber de información precontractual no se haya contractualizado, transformándose en verdadera obligación, y, si el contrato no se anula, no ven obstáculo en que se indemnice más allá del interés negativo [*supra*, [127] c)]; para MORALES MORENO, si el contrato se anula, se indemniza el interés contractual positivo [*supra*, [127] d)]; para GÓMEZ CALLE, si el contrato se anula, se indemniza el interés contractual negativo, y si no se anula, la víctima del dolo solo exigirá la indemnización de los daños sufridos por haber quedado vinculada a un contrato no ajustado a lo que fue determinante para celebrarlo [*supra*, [127] e)].

b) Por otro lado, frente a la habitual distinción entre interés contractual negativo e interés contractual positivo, PANTALEÓN PRIETO Y ASÚA GONZÁLEZ emplean otra distinción, la de interés de confianza, el cual incluye al interés contractual negativo y al positivo, y el interés en el cumplimiento; *supra*, [126], [A].

c) Sobre los daños indemnizables en la regulación de los PECL, *supra*, [104] [B]; para la regulación de los Principios UNIDROIT, *supra*, nota 1046.

¹⁵¹⁴ *Supra*, [128]. *Vid.* también la *STS, 1.ª, 19.06.1981* (*supra*, nota 1079).

¹⁵¹⁵ En la *SAP de Murcia, secc. 1.ª, 03.01.2005*, se entiende que hubo dolo «contractual» de los vendedores, que no informaron al comprador de las existentes humedades del sótano del dúplex que ad-

Establecido que deben indemnizarse daños y perjuicios a la víctima del dolo, los autores incluyen o excluyen una pluralidad de contenidos (la indemnización no ha de ser pecuniaria, puede ser *in natura*). Por ejemplo:

c.1) Se ha dicho que el ataque a la libertad, que supone el dolo incidental, no puede entenderse como daño moral ¹⁵¹⁶.

c.2) Se admite que la indemnización incluya la reducción o el reajuste del precio ¹⁵¹⁷.

c.3) Si el dolo recayó sobre las cualidades del objeto o de la persona (generalizando, sobre la materia del contrato), se indemniza el lucro cesante que se hubiera obtenido de la cosa como objeto de uso o de cambio, de acuerdo con lo que se podía esperar, así como el incremento en el coste de mantenimiento o utilización de la cosa ¹⁵¹⁸; se considera dudosa la indemnización de los costes de reparación del objeto defectuoso, en las condiciones de mercado, para adecuarlo a las previsiones del contrato, pues esto puede ser vía más costosa que otras vías para satisfacer el interés de la víctima del dolo, excepto las de aquellas reparaciones que sean imprescindibles para evitar que la cosa produzca otros daños ¹⁵¹⁹; se incluye la indemnización de los daños que el objeto cause en otros bienes patrimoniales o no patrimoniales ¹⁵²⁰; también se incluyen los gastos inútiles en el estado real de la cosa ¹⁵²¹; y asimismo las indemnizaciones que la víctima del

quirría (falta de impermeabilización) y el comprador pide el pago de determinada cantidad, que es el importe de las obras necesarias para subsanar las humedades. En dicha sentencia se dice que «la acción de dolo debe prosperar tanto si se acredita una actuación propiamente insidiosa como si la omisión informativa se produjo por imprudencia». LYCZKOWSKA, crítica con la sentencia, afirma que no cabe dolo por imprudencia o dolo leve y que en el dolo omisivo es imprescindible probar que la omisión se debe a una finalidad antijurídica y no a un desquite. *Supra*, [130].

¹⁵¹⁶ MORALES MORENO, *supra*, [131] a). *Vid.* la STS, 1.ª, 15.06.2010 y consideraciones de GARCÍA VICENTE, *supra*, nota 1089 b).

¹⁵¹⁷ GARCÍA RUBIO, GÓMEZ CALLE, CARRASCO PERERA; también MORALES MORENO. *Supra*, [131] b).

¹⁵¹⁸ MORALES MORENO, *supra*, [131] c).

¹⁵¹⁹ MORALES MORENO, *supra*, [131] c). CARRASCO PERERA apunta, para los bienes inmuebles, que normalmente será más adecuado pedir la reparación (o su costes) por dolo incidental, que anular el contrato por dolo (o resolverlo por incumplimiento [*supra*, [131] c]).

Vid. la STS, 1.ª, 02.03.2007, *supra*, nota 1101 b), a efectos de lo que podrían suponer los costes de reparación de un objeto (en el caso, una vivienda que tenía aluminosis).

En la STS, 1.ª, 30.06.2000, el Estado vende una empresa (todas sus acciones) y en el contrato afirmó que aquella contaba con todas las facultades, licencias, permisos y autorizaciones, pero, la empresa vendida carecía de licencia de apertura. El Tribunal Supremo consideró el comportamiento del Estado contrario a la buena fe y doloso y aplicó el artículo 1107.II C (todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación) en relación con el artículo 1270.II CC (hubo dolo incidental) y así, el Estado ha de indemnizar las obras de acondicionamiento exigidas para obtener la licencia de apertura, incluyendo los honorarios profesionales e importe de tasas a pagar al Ayuntamiento. *Supra*, [133] [A].

¹⁵²⁰ MORALES MORENO, *supra*, [131] c).

¹⁵²¹ MORALES MORENO, *supra*, [131] c).

dolo ha de pagar a terceros por el estado del objeto, y el coste de evitar esos daños a terceros imputables al dolo del contratante que lo realizó ¹⁵²².

c.4) Se admite la anulación de la cláusula contractual sobre la que haya recaído el dolo, no tratándose de un elemento esencial del contrato (anulación parcial) ¹⁵²³.

Y c.5) se defiende que, dentro de la indemnización de daños y perjuicios, cabe la desvinculación contractual (también se defiende la resolución del contrato, como medida indemnizatoria, para *el dolo causal que reúna los requisitos del dolo incidental*, resolución que sería *inter partes* y no sometida al plazo de cuatro años) ¹⁵²⁴. Pero, otros autores son contrarios a encajar tal posibilidad en la indemnización de daños y perjuicios ¹⁵²⁵.

Expuesto lo anterior, ciertamente, la admisión de la reparación *in natura*, permite ofrecer y abrir soluciones que, en un momento dado y teniendo presente las circunstancias del caso, son consideradas equitativas. Ahora bien, *encierra el peligro* de hasta dónde puede llegarse en las medidas indemnizatorias *in natura* y para ello, hay que tener en cuenta lo expresamente dispuesto en otras normas del resto del ordenamiento, así como los principios subyacentes e inspiradores del mismo ¹⁵²⁶. Tal vez, en la permanente comunicación exis-

¹⁵²² MORALES MORENO, *supra*, [131] c).

¹⁵²³ DE COSSÍO Y CORRAL (si la estipulación es sobre elemento no esencial del contrato y si el contrato puede subsistir sin tal estipulación); lo mismo que De Cossío y Corral, entiende LLOBET I AGUADO; MORALES MORENO (no siendo afectado un elemento esencial del contrato; apunta que, suprimida la cláusula, en ocasiones procede reconstruir el contrato; para otra cuestión conexa, *vid. supra*, nota 1113 b)]. *Supra*, [131] d).

Por su parte, PANTALEÓN PRIETO, en su día y en relación con las cláusulas suelo en préstamo hipotecario a interés variable, entendió que la indemnización *in natura* del artículo 1270.II CC se consigue, bastantes veces, teniendo por no puesta dicha cláusula no transparente, y en otras ocasiones, dicha indemnización *in natura* requerirá el reajuste o readaptación del contrato [*supra*, [131] d) [B]]; coincidiendo con Pantaleón Prieto, ÁLFARO ÁGUILA-REAL entendía que el artículo 1270.II CC daba derecho al consumidor al reajuste del contrato [*supra*, [131] d) [B]].

En otro plano, *en el del error del artículo 1266 CC*, el Tribunal Supremo no admite la anulación parcial del contrato [*supra*, [131] d) [A]]. GARCÍA VICENTE, que considera para ciertos casos que hay que otorgar protección (respuesta valorativa), propone mantener el contrato, si bien modificado mediante una acción indemnizatoria amparada en el artículo 1902 CC; no hay razón para negar la aplicación del artículo 1270.II CC a vicios distintos, bastando con invocar al artículo 1902 CC; quien ha sufrido un error vicio puede (no hay norma que lo excluya) optar entre la anulación del contrato o la indemnización del daño. *Supra*, [131] d) [A].

¹⁵²⁴ MORALES MORENO, *supra*, [131] e), y nota 1131; sobre el dolo causal que también es incidental, *supra*, nota 469.

¹⁵²⁵ Así, GARCÍA RUBIO, GÓMEZ CALLE, y PANTALEÓN PRIETO, *supra*, [131] [A.2], [A.3] y [A.4].

¹⁵²⁶ a) De interés las consideraciones críticas de WÉRY para el derecho belga y la indemnización *in natura*, *supra*, nota 1132.

b) *Más allá*, para el derecho civil estatal y para el remedio aplicable al *contrato usurario* celebrado por entidad de crédito (prestamista que contrata a precios elevados por encima de los límites del mercado), RUIZ ARRANZ, con apoyo en el artículo 7 CC (dada su infracción), anuda la «indemnización restitutoria», la cual incluye la adaptación del contrato, y cuando esto último no satisfaga a la parte afectada por la

tente entre la doctrina de los autores y el Tribunal Supremo, *este último podría pronunciarse de modo detallado sobre la posibilidad de la indemnización in natura y su alcance, para el artículo 1270.II CC (hasta dónde la admite)*¹⁵²⁷. *Como vengo a apuntar, la indemnización in natura es instrumento útil, pero puede ser peligroso, y entiendo que ha de emplearse con cautela.*

Aparte de todo lo anterior, descubierto el dolo incidental, su víctima y el otro contratante (el autor del dolo) pueden solucionarlo; pueden acordar qué daños son indemnizables y cómo, pueden renegociar el contenido contractual, y pueden extinguir el contrato¹⁵²⁸. El Tribunal Supremo, en su *S 11.07.2007*, conoce de un caso en el que los propios contratantes solucionan el dolo incidental habido, modificando el contrato (lo renegocian; hubo una novación modificativa)¹⁵²⁹.

2. PARA EL DERECHO CATALÁN

Primera. El dolo, la ventaja injusta y la rescisión por lesión.

[156] Esas tres figuras se encuentran en el derecho catalán. Al dolo se aplican los artículos 1269 y 1270 CC¹⁵³⁰. La ventaja injusta se incorpora al

usura, la terminación del contrato [*supra*, [131] e) [B] d)]; RUIZ ARRANZ descarta la anulación de aquel contrato usurario por la vía de la indemnización *in natura* del artículo 1270.II CC, ya que la usura no coloca, en rigor, ante un engaño bastante capaz de captar la voluntad del otro contratante, ni coloca en sede de vicios de la voluntad. Sobre cómo concibe la usura y norma aplicable a la misma, *supra*, letras a), b) y c) de [131] e) [B]. En cuanto a la Ley sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, RUIZ ARRANZ considera que no ha de derogarse, acaso actualizarse, y se aplica al que se aprovecha de la desdicha, necesidad y desesperación (se incluye al prototipo del «usurero»); *supra*, [131] e) [B] e).

c) MARTÍNEZ DÍAZ considera que la usura de la Ley sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios se configuró como vicio del consentimiento; por el prestamista, hay astucia, artificio, abuso y engaño, intimidación y violencia, y dolo y/o fraude; por el prestatario, hay falta real y positiva de consentimiento, lo que determina falta de libertad por su angustia, inexperiencia o limitación de facultades; *supra*, nota 1154 c). MARTÍNEZ DÍAZ expone las distintas opiniones para el artículo 3 LU, *supra*, nota 1168; y por su parte, considera que la nulidad del artículo 3 LU es supuesto de anulabilidad, existente en el Código civil, que deriva del consentimiento viciado.

¹⁵²⁷ Y no solo sería interesante para el dolo, sino también lo sería para el error vicio del artículo 1266 CC, si el error fue imputable al otro contratante y se admita la indemnización de daños y perjuicios por la vía del artículo 1902 CC.

¹⁵²⁸ *Supra*, [132].

¹⁵²⁹ *Supra*, [133] [B]. Otra posibilidad es que las partes, al celebrar el contrato, incorporen una cláusula específica de solución para la posible materialización de un problema, latente en dicho momento; esto sucede en la *STS, 1.ª, 03.07.2007*, *supra*, nota 1191 b).

Y para el dolo causal, en la *STS, 1.ª, 05.03.2010*, se reflexiona sobre la conveniencia de que las partes puedan llegar a un acuerdo extrajudicial; *supra*, nota 1188 a); *vid.* las consideraciones críticas de DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN, *supra*, nota 1188 b).

¹⁵³⁰ El derecho catalán no regula una teoría general del contrato en su Código civil de Cataluña, *supra*, [135]; sobre la coordinación, y su dificultad, del derecho catalán con el derecho civil estatal, *supra*, [134].

derecho catalán en 2017 (Ley 3/2017) y se regula en los artículos 621-45.1, 621-47.1 y 621-48 CCCat¹⁵³¹. Y la rescisión por lesión se reforma en 2017 (Ley 3/2017) y se regula en los artículos 621-46, 621-47.2 y 621-48 CCCat¹⁵³².

Segunda. La ventaja injusta.

[157] La ventaja injusta (art. 621-45.1 CCCat) se aplica a la compraventa y a otros contratos onerosos¹⁵³³ y han de cumplirse tres requisitos en el momento de la celebración del contrato¹⁵³⁴. Dos subjetivos (uno para el perjudicado, el otro para el beneficiado). El tercero es requisito objetivo, referido al contenido contractual. *En concreto*, uno, es necesario que un contratante dependiera del otro o mantuviera con él una relación de confianza¹⁵³⁵, o el primero estuviere en situación de vulnerabilidad económica o necesidad imperiosa¹⁵³⁶, o fuera incapaz de prever las consecuencias de sus actos, o fuera manifiestamente ignorante, o manifiestamente carente de experiencia¹⁵³⁷. Dos, el otro contratante conocía o debía conocer la

Si bien en el derecho catalán se aplican los artículos 1269 y 1270 CC, para el dolo omisivo y el deber de informar en el derecho catalán, *supra*, [138]. En este derecho, el artículo 621-7 CCCat dispone un específico deber de información precontractual para el vendedor, criticado por algunos (DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, GARCÍA RUBIO; *supra*, [139]). Según el artículo 111-7 CCCat, en las relaciones jurídicas privadas tienen que observarse las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos (*supra*, [138] [C]).

Y por lo que respecta a los efectos del dolo, en el derecho catalán, *supra*, [140].

¹⁵³¹ Transcribo esos artículos y el oportuno fragmento del Preámbulo de la Ley 3/2017, *supra*, [136] [A.1]. Además, en las notas a pie de página, transcribo el que sea artículo equivalente del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat.

¹⁵³² a) Transcribo esos artículos y el oportuno fragmento del Preámbulo de la Ley 3/2017, *supra*, [136] [B.1].

b) En la Compilación del Derecho civil de Cataluña se regulaba la rescisión por lesión, artículos 321 a 325 [transcritos *supra*, nota 1241 a)]. Sabido es, la rescisión por lesión tiene carácter objetivo (*supra*, nota 1242). Sobre la aplicación judicial de la rescisión por lesión, *supra*, nota 1241 b)].

¹⁵³³ BARCELÓ COMPTE considera, que no debería excluirse el que la ventaja injusta pudiera tener relevancia en negocios gratuitos; también considera que podría reubicarse en una hipotética regulación de la parte general del negocio jurídico en el Código civil de Cataluña, en la que, además, se regularía el cambio sobrevenido de circunstancias, pues esta última y la ventaja injusta son figuras que sirven para reequilibrar la economía del contrato; *supra*, [136] [D.1].

¹⁵³⁴ En relación con el entonces artículo 621-45.1 del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat, GINÉS CASTELLET planteaba la oportunidad de incorporar como requisito «la naturaleza y finalidad del contrato», lo que finalmente no sucedió en el vigente artículo 621-45 CCCat; *vid.* sus consideraciones, *supra*, nota 1203.

¹⁵³⁵ Sobre su contenido, MARTÍN CASALS, DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, *supra*, [136] [A.2] a).

¹⁵³⁶ Son situaciones *externas* al afectado por ellas; sobre el contenido de la vulnerabilidad económica, MARTÍN CASALS, *supra*, [136] [A.2] a); DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, *supra*, nota 1206 b).

¹⁵³⁷ a) Son situaciones *internas* al afectado; sobre su contenido, MARTÍN CASALS, *supra*, [136] [A.2] a); para el «ignorante», el «inexperto» o el «incapaz», DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, *supra*, [136] [A.2] a) y nota 1214 a).

circunstancia en la que se encontraba el antes referido contratante y se aprovechó de ello¹⁵³⁸. Y tres, este último contratante logró un beneficio excesivo¹⁵³⁹ o una ventaja manifiestamente injusta¹⁵⁴⁰.

Existiendo la ventaja injusta, el contratante perjudicado por ella puede rescindir el contrato (art. 625-45 CCCat) y también, si lo pide a la autoridad judicial, esta última puede adaptar el contrato a la práctica contractual prevalente en el momento de celebración del contrato y a las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos¹⁵⁴¹ (acciones alternativas)¹⁵⁴². El plazo de ejerci-

b) Por otro lado, GINÉS CASTELLET destaca y comenta, el hecho de que no se haya incluido la situación interna de tener falta de habilidad negociadora [*supra*, nota 1208 b)].

¹⁵³⁸ Sobre esto, MARTÍN CASALS, *supra*, [136] [A.2] b); DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, nota 1215.

¹⁵³⁹ El beneficio supone una falta de equivalencia económica entre prestación y contraprestación contractual y ha de ser *excesivo*, según precio de mercado y en el momento de celebración del contrato; sobre esto, MARTÍN CASALS, y DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, *supra*, [136] [A.2] c).

¹⁵⁴⁰ La ventaja injusta no se refiere a la equivalencia económica entre prestación y contraprestación contractual (*cf.* con la nota inmediatamente anterior), sino a cláusulas que impongan obligaciones o deberes excesivamente gravosos (a otras condiciones del contrato distintas del precio); MARTÍN CASALS, y DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, *supra*, [136] [A.2] c).

¹⁵⁴¹ Sobre el alcance de la potestad judicial, las consideraciones de GINÉS CASTELLET, *supra*, nota 1222 b).

¹⁵⁴² a) *Supra*, [136] [A.3] para el carácter alternativo de las acciones.

b) En el artículo 621-45.1 CCCat se dispone la acción rescisoria. Entre los autores se reflexiona sobre lo adecuado de haber dispuesto tal acción rescisoria, o sobre si hubiera sido mejor ordenar una acción de anulación contractual. Para la justificación del acogimiento de la acción rescisoria, que tiene que ver con que el derecho catalán regulase la tradicional figura de la lesión a la que se aplica una acción rescisoria, MARTÍN CASALS, *supra*, [136] [A.3] a), GINÉS CASTELLET, *supra*, 1224, b). Por su parte, DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, al exponer la ventaja injusta en su obra *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, lo hacen en su exposición sobre los vicios del consentimiento; consideran que, pese a existir un vicio del consentimiento, el Código civil de Cataluña no permite la anulación del contrato, sí su rescisión, si dicho vicio se acompaña del aprovechamiento de la situación de la otra parte, obteniendo un beneficio excesivo o ventaja injusta [*supra*, nota 1225 b.1)]. GARCÍA RUBIO apunta que la ventaja injusta del Código civil catalán no se cohesiona demasiado con la configuración de la rescisión por lesión de la Compilación catalana, pareciéndose más bien a la rescisión navarra [*supra*, nota 1225 b.2)]. Y la propuesta de BARCELÓ COMPTE se encamina a considerar la acción como causa autónoma de rescisión, si bien, que sea acción de rescisión o de anulación, lo determinará el emplazamiento sistemático que se dé a la ventaja injusta (por su emplazamiento en el Código civil de Cataluña es acción rescisoria y, si se sitúa a continuación de los vicios del consentimiento, como en los PECL y en el DCFR, será acción de anulabilidad) (*supra*, [136] [D.3]).

En cuanto al régimen normativo aplicable a esta acción rescisoria, MARTÍN CASALS, *supra*, [136] [A.3] a); DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, y GINÉS CASTELLET, *supra*, nota 1226 a) y b).

c) Para la adaptación del contrato, MARTÍN CASALS, *supra*, [136] [A.3] b). El artículo 621-47.1 CCCat solo legitima para su ejercicio al perjudicado por la ventaja injusta y se reflexiona sobre si el legitimado para ejercitar esta acción habría de ser solo el beneficiado por la ventaja injusta, o el perjudicado y también el beneficiario por la ventaja injusta. DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA apuntan que, en la opción del artículo 621-47-1 CCCat, parece quererse castigar la mala fe del que se aprovecha de la debilidad del otro, considerando que el juez ha de adaptar el contrato con cierta prudencia y que los términos de la adaptación habrían de ser conformes con la voluntad de las partes [*supra*, [136] [A.3] b)]. BARCELÓ COMPTE entiende que el perjudicado por la ventaja injusta no debería ser el único legitimado para ejer-

cio de estas acciones es de cuatro años y de caducidad, contados desde la celebración del contrato, y son acciones no renunciables en dicho momento (art. 621-48 CCCat).

Tercera. La lesión en más de la mitad.

[158] Se aplica a la compraventa y demás contratos onerosos¹⁵⁴³, a bienes inmuebles y muebles¹⁵⁴⁴, pudiendo el perjudicado rescindir el contrato si, cuándo la conclusión del contrato, el valor de mercado de la prestación que recibe es inferior a la mitad del valor del mercado de la prestación que realiza (art. 621-46.1 CCCat)¹⁵⁴⁵. La parte, contra la que se ejercita la acción de rescisión, puede evitarla si paga en dinero el valor total de la prestación, con intereses legales a partir de la conclusión del contrato (art. 621-47.2)¹⁵⁴⁶. El plazo para el ejercicio de estas acciones son cuatro años y de caducidad, contándose desde la

citar la acción de adaptación del contrato y considera, que tanto el perjudicado como el beneficiado por la ventaja injusta deberían poder solicitar la adaptación contractual, pues la ventaja injusta no pretende sancionar al beneficiado, sino proteger al contratante débil [*supra*, [136] [A.3] b) y nota 1237]. De modo crítico ve la opción, de que solo el perjudicado cuente con legitimación activa en el artículo 621-47.1 del Proyecto de Libro VI del CCCat, GINÉS CASTELLET [no importa tanto el castigo, como lograr un resultado más proporcionado, mirando lo que «quiere» el contrato; *supra*, [136] [A.3] b)].

¹⁵⁴³ Sobre esa *generalización* contractual de la lesión en más de la mitad, MARTÍN CASALS, *supra*, [136] [B.2]. Además, *supra*, nota 1252 [MARTÍN CASALS, DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, BARCELÓ COMPTE].

¹⁵⁴⁴ Para su aplicación a los bienes muebles, MARTÍN CASALS, *supra*, [136] [B.2].

¹⁵⁴⁵ a) Sobre la rescisión, *supra*, [136] [B.3].

b) Por otro lado, dado que en el Código civil de Cataluña se regula la lesión en más de la mitad y que, en la ventaja injusta, se incluye el supuesto en el que haya un beneficio excesivo (lesión), no especificándose en esta última, ni un umbral a partir del cual operar, ni un umbral hasta el que operar, se ha planteado cómo se coordinan ambas figuras en la regulación del Código civil de Cataluña; así, si es más de la mitad habría lesión, por debajo, ventaja injusta; *supra*, [136] [C]; *vid.* además, nota 1215.

BARCELÓ COMPTE considera no necesario una regulación paralela para el desequilibrio intrínseco del contrato, como sucede con los artículos 621-45 y 621-46 CCCat, siendo partidaria de fusionar la lesión en más de la mitad dentro de la ventaja injusta, permitiendo esta lesión presumir el abuso o el aprovechamiento de la situación de debilidad [*supra*, [136] [D.4] y nota 1281 a)], y apunta, que la opción de fusionar se desarrolla en el artículo 56 de la *Propuesta de Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy* [para este último artículo y comentario, *supra*, nota 1281 b)]. *Vid.* asimismo GINÉS CASTELLET, *supra*, nota 1282.

Por su parte, MARTÍN CASALS informa que, en la primera versión de texto articulado de la Sección de obligaciones y contratos de la Comisión de codificación de Cataluña que se sometió al Plenario, se refundía la tradicional lesión en más de la mitad en lo que se llamaba aprovechamiento injusto [*supra*, nota 1279 b)]; en esta última nota transcribo el referido artículo]. Además y por otro lado, en dicho artículo de la primera versión de texto articulado se incluía la posibilidad de que pudiera existir aprovechamiento injusto *sin desequilibrio económico*, de modo similar a lo que sucede en el derecho de la Países Bajos [art. 3:44 BW; *supra*, nota 1279 b)].

¹⁵⁴⁶ Sobre esta posibilidad, *supra*, [136] [B.3].

celebración del contrato, y no siendo renunciables en tal momento (art. 621-48 CCCat).

Cuarta. La incidencia de la ventaja injusta en el dolo: la adopción de la tesis estricta del dolo.

[159] Contando el derecho catalán con la figura de la ventaja injusta, esto ¿incide, en el sentido de que en este derecho se acogerá la tesis estricta (restringida) del dolo? ¿No incide? Recuerdo que para el dolo se aplican los artículos 1269 y 1270 CC, y que para el artículo 1269 CC se defiende, según qué autor, la tesis estricta (o restringida), o la amplia, de dolo.

Pues bien, suele destacarse que en la ventaja injusta, lo que sucede es que el beneficiado no crea la situación, en la que la víctima se encontraba al celebrar el contrato, pero, dicho beneficiado se aprovecha, deslealmente, de la existencia de la previa situación, y, en el dolo causal, lo que sucede es que existe un comportamiento activo por quien lo causa (esto es, crea la situación del otro contratante); se apunta además, que la ventaja injusta no llega al grado de vicio del consentimiento¹⁵⁴⁷. En la ventaja injusta, su

¹⁵⁴⁷ a) BARCELÓ COMPTE, *supra*, [137] a); según BARCELÓ COMPTE, en la ventaja injusta hay un cuasi dolo (seudo dolo; no se llega al nivel de vicio del consentimiento; vicio potencial; también, *supra*, nota 1237); BARCELÓ COMPTE considera que la frontera entre la ventaja injusta y el dolo incidental es difusa, tenue u opaca [tiene presente qué remedios desencadena la ventaja injusta, y cuál el dolo incidental; *supra*, [137] a)]; según BARCELÓ COMPTE, la ventaja injusta no es un vicio del consentimiento clásico, siendo vicio híbrido, complejo, es vicio del negocio jurídico a caballo entre el vicio del consentimiento y el vicio de la causa onerosa en los negocios onerosos (*supra*, [136] [D.2]); BARCELÓ COMPTE apunta que en los casos de ventaja injusta, el riesgo de ser engañado es menor que en los de dolo, en aquella existe un riesgo de ser convencido, que no engañado (*supra*, nota 1271).

En la regulación del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat, GINÉS CASTELLET afirma, para la ventaja injusta, que no se trata de un clásico vicio del consentimiento, y señala para el perjudicado por ella, que hay un consentimiento imperfecto y la imperfección del proceso de contratación encierra una valoración del contenido contractual, mientras que en los vicios del consentimiento, la voluntad no nace en las condiciones de conciencia y libertad que exige el ordenamiento, no importando el contenido contractual; en la ventaja injusta, además, no se exige que el otro contratante haya provocado la situación en la que se encuentra el perjudicado; *supra*, [137] b).

Según CARPI MARTÍN, en la rescisión por ventaja injusta, la justificación debe buscarse en las circunstancias subjetivas, que presentan connotaciones con los vicios del consentimiento, pero no tienen entidad suficiente para configurarse como causa de invalidez del contrato (sí, para reclamar la ineficacia del contrato o su reparación)

MARTÍN CASALS caracteriza la ventaja injusta del Código civil de Cataluña como híbrido entre el vicio del consentimiento y la lesión del aprovechamiento injusto (*supra*, [136] [A.3] a); *vid.* además del autor, *supra*, nota 1204).

Según DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, que exponen y analizan la ventaja injusta en el marco de los vicios del consentimiento, señalan que, pese a existir un vicio del consentimiento, el Código civil de Cataluña no permite la anulación contractual [sino la rescisión, pues ha de existir aprovechamiento y obtención de un beneficio excesivo o ventaja injusta; *supra*, nota 1225, b.1)].

víctima no necesariamente tiene que haber sufrido un error (una falsa representación de la realidad), en el dolo, su víctima sufre un error. En las obras específicamente dedicadas al derecho catalán que he consultado, el dolo se explica como un engaño/error provocado por el otro contratante; dicho de otro modo, se acoge la tesis estricta (o restringida) del dolo¹⁵⁴⁸. De este modo, la ventaja injusta y el dolo contarían con su específico campo de actuación.

3. PARA EL DERECHO NAVARRO

Primera. El dolo, la influencia indebida, el abuso de influencia, la rescisión por lesión.

[160] Esas figuras se encuentran en el derecho navarro. Al dolo se aplica la ley 20 FN¹⁵⁴⁹. La influencia indebida y el abuso de influencia se incorporan al derecho navarro en 2019 (Ley foral 21/2019) y se regulan en la ley 21 FN (luego

Vid. además las consideraciones de MONSERRAT VALERO, *supra*, nota 1295 b).

b) La idea que expongo en el cuerpo del texto (no haber creado la situación en la que la víctima se encuentra, en la ventaja injusta, frente a haberla creado, en el dolo) está también presente entre los autores que se ocupan del *derecho civil estatal*. Por ejemplo, GÓMEZ CALLE, quien además señala que en los vicios tradicionales no se toma en cuenta el resultado, mientras que en la ventaja injusta hay un déficit de justicia procedimental y otro de justicia sustantiva [*supra*, [20] [A.1] b); *vid.* también, *supra*, nota 1283 a); y para el dolo omisivo, *supra*, nota 1221 c)].

Vid. también YÁÑEZ VIVERO, que tiene en cuenta si el dolo fue causal (determinó la celebración del contrato) o incidental (no determinó la celebración del contrato, sino el modo de contratar, el contenido del contrato), *supra*, nota 1284.

c) A propósito de la *Propuesta para la Modernización de obligaciones y contratos* de 2009, en la que su artículo 1302 viene a dar a entender, que puede anular el contrato la parte que ha sufrido la ventaja excesiva *provocada (o causada)* por un tercero de los que responda el otro contratante, BOSCH CAPDEVILA se plantea si tiene sentido tal artículo 1302 PMCC, ya que en el error o en el dolo pueden provocarlo los actos de una persona, y en la ventaja injusta, la situación del perjudicado no deriva de acto humano, sino de una situación o circunstancia personal; *supra*, nota 1283 b).

d) Por último, en el derecho argentino, a propósito de la situación de ligereza, del derogado artículo 954 CCA [que transcribo *supra*, nota 1357 c); del débil, del inexperimentado], MOISSET DE ESPANÉS apunta que estas hipótesis no alcanzan a configurar supuesto de dolo (no hay maquinación engañosa, ni omisión engañosa para inducir a contratar), y para los actos gratuitos, si el donante captó la voluntad del donatario, esto es acción dolosa y no explotación del artículo 954 CCA [*supra*, nota 1357 c.1)].

Para el vigente artículo 332 CCCA (lesión), BENAVENTE informa de que dicho código distingue entre vicios de la voluntad y vicios propios del acto, ubicándose la lesión en estos últimos. En la lesión, a diferencia del dolo, el agente no genera la situación de inferioridad, sino se adueña de ella, la explota y aprovecha; obra en contra de la buena fe; *supra*, nota 1357, d).

¹⁵⁴⁸ Así, DEL POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, MONSERRAT VALERO, LLEBARRÍA SAMPER, *supra*, [137].

¹⁵⁴⁹ Transcribo la ley 20 FN, *supra*, [141] [A].

modificada por Ley foral 31/2022)¹⁵⁵⁰. Y la rescisión por lesión se reforma en 2019 (Ley foral 21/2019), regulándose en las leyes 500 a 506 FN¹⁵⁵¹.

Segunda. El dolo

[161] El dolo de la ley 20 FN, vicio del consentimiento, consiste en el error, producido por la actuación maliciosa de una persona, distinta del declarante, actuación dirigida a inducir una falsa representación de la realidad, que impulsa a dicho declarante a emitir una declaración de voluntad que de otro modo no habría emitido [tesis estricta (o restringida) del dolo]¹⁵⁵². Para que el dolo permita anular el contrato, ha de ser grave y determinante de la declaración de voluntad¹⁵⁵³. El plazo para el ejercicio de la anulación es de cuatro años, plazo de prescripción (ley 31.I FN), computado desde que, quien prestó el consentimiento viciado, tuvo conocimiento del dolo (ley 31.II FN), con un plazo límite de treinta años (ley 23.IV FN).

La influencia indebida y el abuso de influencia.

[162] La influencia indebida permite anular la declaración de voluntad hecha en beneficio de quien, teniendo bajo su dependencia al otorgante, aprovecha tal situación para conseguir una ventaja para él o para otro, que no se hubiera obtenido de otro modo (ley 21.I FN)¹⁵⁵⁴. En cuanto al abuso de influencia, permite la anulación de la declaración de voluntad, hecha por la influencia abusiva de otro que aprovecha la confianza en él depositada, o «que se trate de personas con discapacidad para las que se hayan establecido medidas

¹⁵⁵⁰ Transcribo la ley 21 FN, *supra*, [142] [A.1.2].

¹⁵⁵¹ a) Transcribo el oportuno fragmento del Preámbulo de la Ley foral 21/2019, *supra*, [142] [B.1.1], y en [B.1.2] y nota 1348, transcribo las leyes 500 a 506 FN.

b) La regulación de la rescisión por lesión anterior a la Ley foral 21/2019, leyes 499 a 507 (versión 1973), las transcribo, *supra*, nota 1310 a). A esta derogada regulación me refiero habitualmente en las notas a pie de página del trabajo, acudiendo a DELGADO ECHEVERRÍA [*supra*, nota 1310 b)].

¹⁵⁵² RUBIO TORRANO, *supra*, [143].

¹⁵⁵³ RUBIO TORRANO, *supra*, [144]. El autor añade que en el derecho navarro, a diferencia del Código civil estatal, el dolo recíproco no impide la impugnación del contrato. Por otro lado, para el derecho portugués, *supra*, nota 1385 b).

¹⁵⁵⁴ Sobre el contenido de la dependencia, HUALDE MANSO, RUEDA ESTEBAN, *supra*, [142] [A.2] a). HUALDE MANSO señala que aquí (para la dependencia) el abuso ha de realizarlo el otro contratante [*supra*, [142] [A.2] b)]. Y en cuanto a la ventaja de la ley 21.I FN y el beneficio de la ley 21.II FN (HUALDE MANSO se refiere a ambos) incluyen la ganancia directamente cuantificable (con independencia de su envergadura) y el logro de otros provechos. Por su parte, a RUEDA ESTEBAN le preocupa la imprecisión del legislador con la exigencia de la ventaja y su dificultad de prueba [*supra*, [142] [A.2] c)].

de apoyo cuando actúen sin el complemento previsto en dichas medidas» (esto por Ley foral 31/2022; antes, por Ley foral 21/2019, «debilidad mental») o por la angustia del declarante¹⁵⁵⁵, con obtención de beneficio (ley 21.II FN). La influencia indebida y el abuso de influencia operan en los actos onerosos y en los gratuitos¹⁵⁵⁶. Como he adelantado, la influencia indebida y el abuso de influencia permiten la anulabilidad del acto, a lo que añadido, en el plazo de cuatro años, plazo de prescripción, computado desde que, una vez que la acción pueda ejercitarse, su titular conozca o pueda razonablemente conocer los hechos y la persona contra la que dirigirse (ley 23.III FN), habiendo un plazo máximo límite de treinta años (ley 23.IV FN)¹⁵⁵⁷. Entre los autores se discute si la influencia indebida y el abuso de influencia son figuras autónomas, o son un vicio del consentimiento¹⁵⁵⁸.

[163] *La rescisión por lesión.*

En la lesión *enorme*, se requiere que haya perjuicio en más de la mitad del valor de la prestación en el momento de la celebración del contrato (elemento objetivo) y que, quien la sufre, haya aceptado el contrato oneroso¹⁵⁵⁹, por apremiante necesidad o inexperiencia (elemento subjetivo; ley 500, I y II, FN)¹⁵⁶⁰. La lesión enorme del derecho navarro responde al modelo de la rescisión subjetiva. Se aplica a bienes inmuebles; también a los muebles, para los que se tiene en cuenta su valor y el perjuicio que se causa con el contrato en relación con el patrimonio (ley 505.V FN)¹⁵⁶¹. El perjudicado por la lesión enorme puede rescindir el contrato (ley 500.I FN)¹⁵⁶² en el plazo de cinco años, plazo de prescripción, y a contar desde la perfección del contrato (ley 30

¹⁵⁵⁵ Sobre el contenido de estas otras situaciones de la ley 21.II FN, distintas a la de dependencia de la ley 21.I FN, HUALDE MANSO, RUEDA ESTEBAN, *supra*, [142] [A.2] a). HUALDE MANSO señala que aquí (estas otras situaciones) el abuso no es necesariamente del otro contratante o del favorecido por la atribución [*supra*, [142] [A.2] b)]. En cuanto al beneficio de la ley 21.II FN, la nota inmediatamente anterior a esta.

¹⁵⁵⁶ RUBIO TORRANO, HUALDE MANSO (*supra*, [142] [A.3]).

¹⁵⁵⁷ *Supra*, [142] [A.4].

¹⁵⁵⁸ RUBIO TORRANO, HUALDE MANSO, RUEDA ESTEBAN, *supra*, [142] [A.5].

¹⁵⁵⁹ La lesión enorme no se aplica a los contratos de simple liberalidad (ley 502.I FN), *supra*, [142] [B.3]; para otras excepciones, también *supra*, [142] [B.3].

¹⁵⁶⁰ a) A propósito del elemento objetivo, el derecho navarro, además de la lesión enorme a la que me refiero en el cuerpo del texto, regula lesión enormísima (ley 500.III FN); *supra*, [142] [B.2] a).

b) En cuanto al elemento subjetivo de la apremiante necesidad, *supra*, [142] [B.2] b.1) y para la inexperiencia, *supra*, [142] [B.2] b.2). Se apunta que se está en la línea del § 138 BGB; *vid.* además, *supra*, nota 1354 y 1356.

Es intrascendente la actitud del otro contratante, *supra*, [142] [B.2].

¹⁵⁶¹ *Supra*, [142] [B.2] a).

¹⁵⁶² Sobre la rescisión, *supra*, [142] [B.4] a); SABATER BAYLE señala que la lesión puede concurrir con la acción de anulación por vicio del consentimiento.

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

FN). Por su parte, el demandado por rescisión del contrato por lesión puede evitarla, pagando el complemento del precio, valor, o estimación más intereses legales (ley 505 *in fine* FN) ¹⁵⁶³.

¹⁵⁶³ Sobre el complemento del precio, valor o estimación, *supra*, [142] [B.4] b).

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel: «Invalidez de la declaración de voluntad», *ADC*, 1957, pp. 985-1037.
- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.^a Mercedes: *La rescisión por lesión en el derecho civil español*, 2010.
- ALFONSO X, EL SABIO: *Las siete Partidas del Rey Alfonso X El sabio*, cotejadas con varios códigos antiguos por la Real Academia de la Historia, tomo III, *Partida quarta, quinta, sexta y séptima*, 1807.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971, núm. 485, pp. 859-922.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: *De Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, vol. III, dir. Cristina Guilarte Martín-Calero, 2021:
– «Artículo 1301», pp. 1005-1011.
– «Artículo 1302», pp. 1011-1022.
- ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael/DE AYMERICH DE RENTERÍA, Regina: *La rescisión por lesión en el derecho civil español, común y foral*, 1989.
- ANDREU MARTÍNEZ, María Belén/GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor/MACANÁS VICENTE, Gabriel/PLANA ARNALDOS, María del Carmen (componentes del grupo), ATAZ LÓPEZ, Joaquín/GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel (coordinadores del grupo): «Artículo 527-12», *Propuesta de Código civil*, de la Asociación de profesores de Derecho civil, 2018, pp. 7 y 10, 690.
- ARCOS VIEIRA, María Luisa: *De Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirs. Enrique Rubio Torrano/M.^a Luisa Arcos Vieira, 2.^a edición, 2020:
– «Ley 23», pp. 80-86.
– «Ley 30», pp. 101-102.
– «Ley 31», pp. 102-106.

- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «El precontrato de donación: consideraciones sobre su posibilidad o imposibilidad en el Derecho civil español», *ADC*, 2022, pp. 839-921.
- ARNAU RAVENTÓS, Lúdia: «Sentencia 5 de septiembre de 2012. La ocultación maliciosa de información como conducta constitutiva de dolo invalidante del consentimiento contractual», *CCJC*, 2013, núm. 93, pp. 33-55.
- ARROYO Y AMAYUELAS, Esther (trad.)/ BECKMANN, Jochen (rev.): «§§ 123, 124 y 138 BGB», *Código civil alemán, Bürgerliches Gesetzbuch*, dir. Albert Lamarca Marquès, 2008, pp. 55-56, y 59 (respectivamente).
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código civil*, 2018.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel: «Responsabilidad en la formación del contrato. (Responsabilidad precontractual)», *Negociación y perfección de los contratos*, dir. M.ª Ángeles Parra Lucán, 2014, pp. 139-168.
- *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, 1989.
- BARCELÓ COMPTE, Rosa: «La ¿nueva? perspectiva sobre la rescisión por lesión en el Código civil de Cataluña», *RJC*, núm. 3, 2019, pp. 607-630.
- *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, 2019.
- «La ruptura del equilibrio inicial del contrato: la ventaja injusta», *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, dirs. Mariló Gramunt Fombuena/Carles E. Florensa i Tomàs, 2017, pp. 273-280.
- BARRES BENLLOCH, Pilar/EMBIU IRUJO, José Miguel/MARTÍNEZ SANZ, Fernando (edición española a su cargo): *Principios de Derecho contractual europeo*, Partes I y II (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*) edición: Ole Lando y Hugh Beale, 2003.
- BASOZABAL ARRUE, Xabier: «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *ADC*, 2009, pp. 647-711.
- BENAVENTE, M.ª Isabel: *De Código civil y comercial de la Nación comentado*, dirs. Marisa Herrera/Gustavo Caramelo/Sebastián Picasso, tomo I, *Título preliminar y Libro primero, artículos 1 a 400*, coord. Natalia De La Torre, 2.ª ed., 2016:
- «Artículo 271», pp. 445-447.
 - «Artículo 272», pp. 447-449.
 - «Artículo 273», p. 449.
 - «Artículo 275», pp. 450-451.
 - «Artículo 332», pp. 529-532.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: *De Comentarios al Código Civil*, dir. Rodrigo Berco-vitz Rodríguez-Cano, 4.ª ed., 2013:
- «Artículo 1269», pp. 1726-1727.
 - «Artículo 1270», p. 1728.
- BERGEL SAINZ DE BARANDA, Yolanda: «*Dies a quo* para el ejercicio de la acción de anulación por error en el consentimiento. Aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo a casos concretos», *RDC*, núm. 4, 2020, pp. 183-215.

- BLANCO MARTÍNEZ, Emilio V.: «Una lectura constitucional del derecho de contratos (La sentencia del Tribunal Constitucional 132/2019, de 13 de noviembre, sobre el libro sexto del Código civil de Cataluña relativo a las obligaciones y contratos)», *ADC*, 2020, pp. 851-909.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve: De *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, coord. Carmen Jerez Delgado, 2015, la revisión de los siguientes artículos:
- «II.-7:205», pp. 19, 105.
 - «II.-7:207», pp. 19, 106.
 - «II.-7:214», pp. 19, 108.
- «La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», *Nuevas Perspectivas del Derecho contractual*, dir. Esteve Bosch, 2012, pp. 365-389.
- De *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, coords. Antoni Vaquer Aloy/Esteve Bosch Capdevila/María Paz Sánchez González, 2012:
- «II.-7:205», pp. 480-486.
 - «II.-7:207», pp. 491-497.
 - «II.-7:208», pp. 497-500.
- «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*, núm. 711, 2009, pp. 57-96.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve/DEL POZO CARRASCOSA, Pedro/VAQUER ALOY, Antoni: «Artículo 56», *Teoría general del contrato, Propuesta de regulación*, 2016, pp. 201-205.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», *RCDI*, 1995, núm. 628, pp. 747-788.
- CABRILLAC, Rémy: «El anteproyecto de reforma del Derecho francés de la responsabilidad extracontractual, presentación general», *ADC*, 2021, pp. 7-20.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: De *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, 2011:
- «Artículo 60 TRLGDCU», pp. 483-510.
 - «Artículo 61 TRLGDCU», pp. 510-537.
- CAÑIZARES LASO, Ana: «Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial, el *Dies a quo*», *RDC*, vol. V, n.º 4, 2018, pp. 89-138.
- CARPI MARTÍN, Rebeca: «Capítulo 28. Invalidez e ineficacia: rescisión, lesión injusta y rescisión por lesión», *Derecho de obligaciones y contratos de Cataluña*, coords. M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera/Judith Solé Resina, 2021, pp. 465-480.

- CARRANZA, Jorge A.: «El dolo-vicio de la voluntad en el Derecho civil argentino (Estudio doctrinario y jurisprudencial)», *ADC*, 1973, pp. 585-614.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de Contratos*, 3.^a ed., 2021.
- CARTWRIGHT, John: *Introducción al derecho inglés de los contratos*, trad. Juan Pablo Murga Fernández, ed. Francisco Capilla Roncero, 2019.
- CASASAYAS RAMIS, Marta: «El inicio del cómputo del plazo de nulidad del artículo 1301 del Código civil en los contratos de tracto sucesivo no complejos, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2016», *RDC*, 2017, enero-marzo, pp. 125-161.
- CASTAÑOS CASTRO, Paula: *La donación obligacional*, 2021.
- CHARDON, M. Olivier: *Traité du dol et de la fraude*, tome I, 1828.
- DA MOTA PINTO, Carlos Alberto: *Teoría geral do Direito civil*, 4.^a edição por António Pinto Monteiro/Paulo Mota Pinto, 2005.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico* (1971) reproducción facsimilar 1985.
- DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso: «Dolo y captación en las disposiciones testamentarias», *ADC*, 1962, pp. 277-291.
- *El dolo en el Derecho civil*, 1955.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo: «La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, 2011, 2.^o semestre, pp. 115-135.
- *Los límites del deber precontractual de información*, 2010.
- «Casos realmente difíciles: los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia», *ADC*, 2010, pp. 1685-1723.
- «Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de julio de 2007», *ADC*, 2007, pp. 1861-1865.
- DE LORENZO, Miguel Federico/KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída/MOLINA DE JUAN, Mariel F./PICASSO, Sebastián/SANTARELLI, Fulvio Germán/SÁENZ, Luis R. J.: «Informe Argentina», *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*, coord. Carlos Pizarro Wilson, Fondation pour le Droit Continental/Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales, 2012, pp. 19-116.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «El dolo *in contrahendo*», *RdP*, 2006, 1, pp. 25-69.
- «Comentario a la STS 18.01.2007. Responsabilidad derivada de «dolo *in contrahendo*». Autonomía de la acción de responsabilidad civil respecto de la acción de anulación por dolo. Posibilidad de pedir el resarcimiento, sin necesidad de demandar la anulación del contrato», *CCJC*, núm. 75, 2007, pp. 1319-1328.
- «La reticencia en la formación del contrato», *Aranzadi Civil*, 1998, tomo I, volumen III, pp. 197-236.

- DEL OLMO GARCÍA, Pedro: «La violencia y la intimidación: historia de un éxito», *Estudios de derecho de contratos* vol. II, dir. Antonio-Manuel Morales Moreno, coord. Emilio V. Blanco Moreno, 2022, pp. 829-849.
- «Dependencia, ventaja excesiva y violencia en la reforma del Código civil francés de 2016», *Estudios jurídicos, Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, dirs. J. M. Embid Irujo/J. M. Miquel González/A. M. Morales Moreno, coord. C. Arijá Soutullo/M. J. Santos Morón, 2017, pp. 613-636.
- DEL POZO CARRASCOSA, Pedro/VAQUER ALOY, Antoni/BOSCH CAPDEVILA, Esteve: *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, 2.ª ed., 2021.
- *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 6.ª ed., 2018.
- DEL VISO, Salvador: *Lecciones elementales de Derecho civil*, tomo III, *Del derecho de las personas para exigir de otro lo que debe, ó sea De las obligaciones*, 5.ª ed., 1884.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «La rescisión por lesión en el Derecho navarro», *RJN*, 1987, núm. 3, pp. 13-26.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús/PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles: «Comentario a la Sentencia núm. 129/2010, de 5 de marzo de 2010. Nulidad del contrato por dolo negativo e indemnización del interés contractual», *CCJC*, núm. 86, 2011, *on line*.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «La gravedad del dolo», *AC*, n.º 43, 1987-2, pp. 2637-2647.
- DÍEZ-PICAZO, Luis/ROCA TRÍAS, E./MORALES, A. M.: *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, 2002.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, *Introducción. Teoría del contrato*, 6.ª ed., 2007.
- «Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental», *ADC*, 2009, pp. 1043-1054.
- «La intimidación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADC*, 1979, pp. 545-548.
- DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M.ª Isabel: *El consentimiento en la contratación por adhesión, Control de transparencia y Dolo in contrahendo*, 2019.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª Ángeles: «Ley 489», *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirs. Enrique Rubio Torranol/M.ª Luisa Arcos Vieira, 2.ª edición, 2020, pp. 2055-2058.
- ENGEL, Pierre: *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générates du CO*, 2.º édition, 1997.
- ESCRICHE, Joaquín: *Del Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, nueva edición reformada y considerablemente aumentada por los doctores José Vicente y Caravantes/Leon Galindo y De Vera, tomo segundo, 1874:
- «Dolo», p. 716.
 - «Dolo bueno», p. 716.
 - «Dolo malo», p. 716.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil español*, vol. I, *Parte general*, 7.ª ed., 1979.

FENOY PICÓN, Nieves: «El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga», *ADC*, 2020, pp. 1331-1499.

- «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», *ADC*, 2018, pp. 855-1049.
- «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.
- «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.
- «STS de 4 de octubre de 1989: Compraventa de terreno para edificar. Cláusula de reajuste del precio al aprovechamiento urbanístico efectivo. Interpretación del contrato. Vicios ocultos», *CCJC*, núm. 21, 1989, pp. 895-904.
- *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento jurídico)*, 1996.

FUENTESECA, Cristina: *El dolo recíproco*, 2002.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L. (traducción): *Cuerpo del Derecho civil romano a doble texto*, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias, primera parte Instituta-Digesto, tomo I, 1889.

- *Cuerpo del Derecho civil romano a doble texto*, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias, primera parte Digesto, tomo III, 1897.
- *Cuerpo del Derecho civil romano a doble texto*, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias, Código, tomo I, 1892.

GARCÍA GOYENA, Florencio: *De 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 y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, 1974:

- «Artículo 991,» pp. 527-528.
- «Artículo 992», pp. 528-529.
- «Artículo 993», p. 529.
- «Artículo 1184», pp. 628-629.

GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: «La responsabilidad precontractual», *Estudios de derecho de contratos*, volumen I, dir. Antonio-Manuel Morales Moreno, coord. Emilio V. Blanco Martínez, 2022, pp. 359-391. Cit. (2022a).

- «Artículo 1301», *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, dirs. M.^a Paz García Rubio/M.^a Jesús Moro Almaraz, coord. Ignacio Varela Castro, 2022, pp. 637-644. Cit. (2022b).
 - «Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132/2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat», *RDC*, 2019, núm 4, pp. 1-43.
 - «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *RDC*, 2018, vol. V, núm. 3, pp. 173-197.
 - «La compraventa en el Código Civil de Cataluña: la lucha entre la uniformización y la diferenciación normativas», *Estudios sobre el Libro sexto del Código civil de Cataluña*, coord. Ángel Serrano de Nicolás, 2018, pp. 9-32.
 - «La responsabilidad precontractual en la Propuesta de Modificación del Derecho de Obligaciones y Contratos», *ADC*, 2010, pp. 1621-1642.
 - *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, 1991.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz/OTERO CRESPO, Marta: «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *InDret*, 2010, 2, 62 pp.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz/VARELA CASTRO, Ignacio: «Artículo 1302», *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, dirs. M.^a Paz García Rubio/M.^a Jesús Moro Almaraz, coord. Ignacio Varela Castro, 2022, pp. 645-668.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «STS 559/2019, de 23 de octubre. Anulación parcial de contrato por vicio de consentimiento. Derivado implícito (*swap*) y contrato de préstamo con garantía hipotecaria: vinculación», *CCJC*, 2020, núm. 113, *online*.
- *De Comentarios al Código civil*, tomo VII (Arts. 1265 a 1484), dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2013:
 - «Artículo 1265», pp. 9093-9101.
 - «Artículo 1269», pp. 9122-9129.
 - «Artículo 1270», pp. 9130-9135.
 - «Artículo 1301», pp. 9251-9257.
 - «Artículo 1303», pp. 9263-9269.
 - «STS 15 de junio de 2010: compraventa de participaciones sociales: «dolo in contrahendo», incumplimiento contractual doloso e indemnización del daño moral; interpretación del párrafo segundo del artículo 1107 del Código civil: la «conexión objetiva» entre incumplimiento y daño como criterio de imputación objetiva», *CCJC*, 2011, núm. 86, pp. 767-784.
 - «La intimidación en los contratos (estudio jurisprudencial)», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, *Derecho civil, Derecho de obligaciones*, 2003, pp. 1903-1928.

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA, Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

- GARCÍA VICENTE, José Ramón/LÓPEZ MAZA, Sebastián (actualización): «Artículo 65», *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, coord. Rodrigo Bercovitiz Rodríguez-Cano, 2.^a ed., 2015, pp. 904-911.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen: «Capítulo 1. Derecho de obligaciones y contratos vigente en Cataluña», *Derecho de obligaciones y contratos de Cataluña*, coords. M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera/Judith Solé Resina, 2021, pp. 33-45.
- GINÉS CASTELLET, Núria: «La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual», *Indret*, 2016, 4, 57 pp.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina: «Artículo X.-4:201» (revisión del artículo), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, coord. Carmen Jerez Delgado, 2015, pp. 444-445.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José L.: «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas», *Derecho penal, Parte especial*, coord. J. L. González Cussac, 7.^a ed., 2022, pp. 423-446.
- GÓMEZ CALLE, Esther: «En torno a la anulabilidad de los contratos de las personas con discapacidad», *Almacén de Derecho*, 03.12.2021, 29 pp.
- *Desequilibrio Contractual y Tutela del Contratante Débil*, 2018.
- *Los deberes precontractuales de información*, 1994.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: *Elementos del Derecho civil y penal de España*, precedidos de una reseña histórica de la Legislación española por los doctores D. Pedro Gómez de la Serna y D. Juan Manuel Montalbán, 12.^a ed. corregida y aumentada por don Juan Manuel Montalbán, tomo segundo, Madrid (1877).
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos ó Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo IV, 1869.
- HARTKAMP, Arthur S.: *Contract Law in the Netherlands*, 2^{cond} ed., en colaboración con Annemarie E. B. ter Heide, 2015.
- HUALDE MANSO, Teresa: «Cauces de impugnación de actos realizados por adultos vulnerables de los vicios de la voluntad y la rescisión al abuso de dependencia e influencia decisiva», *Abuso de dependencia y abuso de influencia. Tres visiones jurídicas de la vulnerabilidad de los mayores*, dir. Teresa Hualde Manso, 2021, pp. 47-117.
- INFANTE RUIZ, Francisco: *El «aprovechamiento injustificado» como vicio del consentimiento. Análisis desde la doctrina de la undue influence del Derecho inglés*, 2022.
- «Preguntas y respuestas sobre la virtualidad de la *undue influence* como vicio del consentimiento», *RDC*, 2021, vol. VIII, núm. 2, abril-junio, 2021, pp. 1-37.
- JEREZ DELGADO, Carmen: *La anulación del contrato*, 2011.
- JERICÓ OJER, Leticia: «El derecho penal frente a la violencia económica ejercida sobre la persona mayor vulnerable por razón de su edad», *Abuso de dependencia y abuso de influencia. Tres visiones jurídicas de la vulnerabilidad de los mayores*, dir. Teresa Hualde Manso, 2021, pp. 119-168.

- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: *La usura. Evolución histórica y patología de los intereses*, 2010.
- JÖRS, Paul/KUNKEL, Wolfgang: *Derecho privado romano*, traducción de la 2.^a edición alemana por L. Prieto Castro, primera edición 1937, reimpresión 1965.
- JUAN GÓMEZ, Mateo: «Los efectos del tiempo en la acción de nulidad dirigida frente a contratos bancarios», *Laleydigital*, 834/2014, 18 pp.
- LAMARCA MARQUÈS, Albert (trad.)/BECKMANN, Jochen (rev.): «§§ 142, 195 y 249 BGB», *Código civil alemán, Bürgerliches Gesetzbuch*, dir. Albert Lamarca Marquès, 2008, pp. 59, 68, 78-79 (respectivamente).
- LAURENT, François: *Avant-Projet de révision du Code civil*, tome quatrième, articles 1050-1429, 1884.
- *Principes de Droit civil*, tome quinzième, 3^e édition, 1878.
- LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, 4, *Codificación civil*, vol. II, 1970.
- LETE DEL RÍO, José Manuel/LETE ACHIRICA, Javier: *Derecho de obligaciones. Teoría general de la relación obligatoria. Teoría general del contrato. Derecho de daños*, vol. I, 2.^a ed., 2022.
- LINACERO DE LA FUENTE, María: *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico. La ventaja injusta*, 2019.
- LLEBARÍA SEMPER, Sergio: «Capítulo 24. Formación irregular. Falta de consentimiento. Vicios», *Derecho de obligaciones y contratos de Cataluña*, coords. M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera/Judith Solé Resina, 2021, pp. 401-416.
- LLOBET I AGUADO, Josep: *El deber de información en la formación de los contratos*, 1996.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián/GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Artículo 60 TRLGDCU», *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, coord. Rodrigo Berco-vitz Rodríguez-Cano, 2.^a ed., 2015, pp. 820-842.
- LOHSSE, Sebastian: «Article 4:107», *Commentaries on European Contract Laws*, edited by Nils Jansen/Reinhard Zimmermann, 2018, pp. 689-694.
- LUNA SERRANO, Agustín: «Capítulo 2. El Consentimiento contractual y su declaración», *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.^o, *Teoría general del contrato*, 2.^a ed., 1987, pp. 49-133.
- LYCZKOWSKA, Karolina: «Dolo in contrahendo. Análisis de la Jurisprudencia», *ADC*, 2009, pp. 417-452.
- MALO VALENZUELA, Miguel Ángel: «Los vicios de la voluntad en los Principios de Derecho contractual europeo», *RCDI*, 2005, núm. 689, pp. 887-926.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *De Comentarios al Código civil español*, con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas, tomo VIII, 1901:
- «Artículo 1265», pp. 609-610.
 - «Artículos 1269 y 1270», pp. 622-626.

- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Los vicios del consentimiento» y «El dolo», dentro de § 4 «Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato», *Tratado de contratos*, tomo I, dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coord. Nieves Moralejo Imbernón/Susana Quicios Molina, 3.^a ed., 2020, pp. 689-690 y 701-714.
- «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código civil», *La prescripción extintiva*, 2014, pp. 15-234.
- MARTÍN CASALS, Miquel: «Avantatge injust i lesió en més de la meitat: una duplicitat necessària i convenient?», *Estudios sobre el Libro sexto del Código civil de Cataluña*, coord. Ángel Serrano de Nicolás, 2018, pp. 251-292.
- De *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. Albaladejo, tomo XXX, artículos 277 al final de la Compilación de Cataluña, 1987:
- «Artículo 321», pp. 473-530.
 - «Artículo 322», pp. 530-552.
 - «Artículo 323», pp. 553-564.
 - «Artículos 324 y 325», pp. 564-581.
- MARTÍN PÉREZ, José Antonio: «Artículo 1293», *Comentarios al Código civil*, dir. Andrés Domínguez Luelmo, 2010, p. 1423.
- *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, 1995.
- MARTÍNEZ DÍAZ, Francisco Javier: *La nulidad por usura, Análisis legislativo, jurisprudencial y doctrinal*, 2020.
- MATEO VILLA, Íñigo: *Código civil suizo, precedido de un estudio preliminar, concordado y con las correspondencias del Código civil español*, 2022.
- MENDIETA GRANDE, Javier: «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 (254/2015). La consumación del contrato como *dies a quo* del cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de anulación fundada en error o dolo», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, dir. Mariano Yzquierdo Tolsada, vol. 7.º, 2015, pp. 497-522.
- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: «Ley 160», *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dir. Enrique Rubio Torrano, coord. M.^a Luis Arcos Vieira, 2002, pp. 476-480.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma: «STS de 28 de septiembre de 2011. Vicios del consentimiento en donaciones», *CCJC*, núm. 89, 2012, *on line*.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis: «La «lesión» en el nuevo artículo 954 del Código civil argentino y en algunas legislaciones modernas», *ADC*, 1976, pp. 85-155.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo: «La reformulación del rol del juez en los instrumentos contemporáneos de Derecho contractual», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2014, núm. 2, pp. 277-304.
- MONSERRAT VALERO, Antonio: De *Curso de Derecho civil de Cataluña, Derecho de obligaciones y contratos*, coord. Antonio Monserrat Valero, 2021:
- «Capítulo 1. Normativa aplicable en Cataluña. La obligación», pp. 39-51.
 - «Capítulo 10. El contrato», pp. 225-266.

- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «El riesgo de defectuosa información contractual y su distribución entre los contratantes: figuras jurídicas y remedios», *Congreso Internacional de Derecho civil «Diálogo entre disciplinas»*, eds. Germán Ramírez Gastón B./Enrique Varsi Rospigliosi, tomo I, 2019, pp. 375-396.
- «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», *ADC*, 2014, pp. 227-254.
- «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos en el marco europeo», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, dir. Klaus Jochen Albiez Dohrmann, coords. M.^a Luisa Palazón Garrido/M.^a del Mar Méndez Serrano, 2011, pp. 400-422.
- «Validez del contrato», *Derecho Privado Europeo*, coord. Sergio Cámara La puente, 2003, pp. 371-397.
- *De Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1.º-B, *Artículos 1261 a 1280 del Código Civil*, dir. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, 1993:
- «Artículos 1269 y 1270», pp. 378-440. Cit. (1993a).
- «Artículos 1267 y 1268», pp. 341-377.
- *De Comentario del Código civil*, dirs. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, tomo II, 2.^a ed., cit. (1993b):
- «Artículo 1269», pp. 468-470.
- «Artículo 1270», pp. 470-473.
- *El error en los contratos*, 1988.
- «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *ADC*, 1982, pp. 591-686.
- MUNAR BERNAT, Pedro A.: «Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto», *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, dir. Pedro A. Munar Bernat, 2021, pp. 175-193.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «Artículos 5124-1, 5124-2 y 5124-3», *Propuesta de Código civil*, de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2018, pp. 7, 10, 821-822.
- ORDUÑA MORENO, Francisco Javier: «Artículo 1293», *Código civil comentado*, volumen III, *Libro IV – Obligaciones y contratos, Teoría geneal de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)* dirs. Ana Cañizares Laso/Pedro de Pablo Contreras/Javier Orduña Moreno/Rosario Valpuesta Fernández, 1.^a edición, 2011, pp. 719-722.
- PALAZÓN GARRIDO, M.^a Luisa: *De Derecho contractual comparado, una perspectiva europea y transnacional*, editor Sixto Sánchez Lorenzo, tomo I, 3.^a ed, 2016:
- «El dolo como vicio del consentimiento», pp. 1221-1268. Cit. (2016a).
- «El abuso de debilidad, confianza o dependencia», pp. 1303-1335. Cit. (2016b).

- PANIZA FULLANA, Antonia: «Error en el consentimiento en la adquisición de acciones: la información precontractual, el inversor cualificado y los efectos de la venta posterior. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2022)», *ADC*, 2023, pp. 311-345.
- «Ley 153», *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirs. Enrique Rubio Torrano/M.^a Luisa Arcos Vieira, 2.^a edición, 2020, pp. 668-670.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «¿Otra vez la consumación? *Perseverare diabolicum (II)?*», *Almacén de Derecho*, 08.04.2021, 17 pp.
- «¿Otra vez la consumación? *Perseverare diabolicum (I)?*», *Almacén de Derecho*, 07.04.2021, 14 pp.
- «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», *ADC* (2011) pp. 897-929.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «El momento de la consumación del contrato en la anulación por error», *Estudios de derecho de contratos*, volumen II, dir. Antonio-Manuel Morales Moreno, coord. Emilio V. Blanco Martínez, pp. 893-914.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: *De Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, dir. Miguel Pasquau Liaño, coords. Klaus Jochen Albiez Dohrmann/Ana López Frías, tomo II, arts. 609 a 1314, 2.^a ed., 2009:
- «Artículo 1265», pp. 2325-2328.
 - «Artículos 1267 y 1268», pp. 2339-2343.
 - «Artículos 1269 y 1270», pp. 2344-2349.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: *El Dolo Testamentario*, 2020.
- PÉREZ GARCÍA, Pedro Antonio: *La información en la contratación privada, En torno al deber de informar en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, 1990.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: «Canje de participaciones preferentes por acciones y efectos sobre la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento: particularidades para el supuesto en que el canje haya sido impuesto por acto administrativo vinculante del FROB», *laleydigital*, La Ley 10842/2013, 9 pp.
- PFEIFFER, Thomas: «Artículo 51», *Common European Sales Law (CESL), Commentary*, ed. Reiner Schulze, 2012, pp. 276-284.
- PUIG BLANES, Francisco de Paula/SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (coords.): «Artículo 111-7», *Comentarios al Código civil de Cataluña*, tomo II, 3.^a ed., 2020, pp. 71-73.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «El dolo como vicio del consentimiento», dentro de § 9 «La ineficacia contractual», *Tratado de contratos*, tomo I, dir. Rodrigo Berco-vitz Rodríguez-Cano, coord. Nieves Moralejo Imberñón/Susana Quicios Molina, 3.^a ed., 2020, pp. 1588-1596.
- «Comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 2009. Nulidad del contrato por dolo *in contrahendo*: dolo activo y dolo omisivo; indemnización procedente por daño emergente y lucro cesante», *CCJC*, núm. 82, 2010, *on line*.

- QUIÑONERO CERVANTES, Enrique: «El dolo omisivo», *RDP*, 1979, pp. 345-357.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «Artículo 1265», *Comentarios al Código civil*, dir. Andrés Domínguez Luelmo, 2020, pp. 1386-1387.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María: «El Dieselgate y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Reflexiones a propósito de tres pronunciamientos de 14 de julio de 2022)», *ADC*, 2023, pp. 727-791.
- «Análisis de Dieselgate desde el Derecho civil (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno, 561/2021, de 23 de julio)», *ADC*, 2022, pp. 635-724.
- ROGEL VIDE, C.: *La violencia como vicio del consentimiento contractual*, 2016.
- ROGRON, J. A.: «Article 1116», *Les codes français expliqués par leurs motifs, par des exemples, et par la jurisprudence, avec la solution, sous chaque article, des difficultés, ainsi que des principales questions que présente le texte, la définition des termes de droit et la reproduction des motifs de tous les arrêts-principes, suivis de formulaires*, cinquième édition, première partie, Droit civil, 1863.
- ROJO AJURIA, Luis: *El dolo en los contratos*, 1994.
- RUBIO TORRANO, Enrique: *De Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirs. Enrique Rubio Torrano/M.^a Luisa Arcos Vieira, 2.^a ed., 2020:
 - «Ley 19», pp. 55-58.
 - «Ley 20», pp. 75-77.
 - «Ley 21», pp. 77-78.
- RUEDA ESTEBAN, Luis: «Influencia indebida», *Estudios en homenaje al profesor Luis María Cazorla Prieto*, volumen II, dir. Luis Cazorla González-Serrano, 2021, pp. 2277-2307.
- RUIZ ARRANZ, Antonio: *La estructura de la restitución contractual*, 2023.
- «El moderno *mortuus redhibetur*: restitución derivada de la nulidad y resolución del Banco Popular. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2021», *ADC*, 2022, pp. 1315-1344.
- «Una nueva concepción para la usura: presupuestos y restitución», *RDC*, 2021, núm. 1, pp. 181-242.
- SABATER BAYLE, Elsa: *De Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirs. Enrique Rubio Torrano/M.^a Luisa Arcos Vieira, 2.^a edición, 2020:
 - «Ley 500», pp. 2116-2120.
 - «Ley 502», pp. 2123-2127.
 - «Ley 503», pp. 2127-2130.
 - «Ley 505», pp. 2135-2138.
- *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, 1986.
- SCAEVOLA, Q. Mucius: «Artículos 1265 a 1270», *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*, tomo XX, *De las obligaciones, De los Contratos*, 1904, pp. 612-650.

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA, Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

- SEGUÍ PUNTAS, Jordi: «La primera experiència en l'aplicació judicial del nou llibre sisè del Codi civil de Catalunya», *L'aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya*, 2023, pp. 843-872.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: «Artículo 1253», *Comentario del Código civil*, tomo II, dirs. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, 2.ª ed., 1993 pp. pp. 425-428.
- SMITS, Jan M.: *Contract Law, A comparative introduction*, third edition, 2021.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *De Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, full edition, edited by Christian von Bar and Eric Clive, 2009 [Cit. Von Bar/Clive (ed.) (2009)]:
- Volume 1.
 - Volumen 3.
 - Volumen 6.
- THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW: *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, ed. Ole Lando/Hugh Beale, 2000. Cit. Lando/Beale (eds.) (2000).
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: «Artículo 1265», *Código civil comentado*, dirs. Ana Cañizares Laso/Pedro de Pablo Contreras/Javier Orduña Moreno/Rosario Valpuesta Fernández, vol. III, *Libro IV – De las obligaciones y contratos, Teoría general de la obligación y el contrato (arts. 1088 a 1444)*, 2.ª ed., 2016, pp. 623-625.
- VAN REIGERSBERG VERSLUYS, Juan Guillermo: *Derecho patrimonial neerlandés, traducción de los Libros 1, 3, 5, 6 y 7 del nuevo Código civil*, 1996.
- VAN ROSSUM, M. M.: «Artículos 4:109 PECL y 3:44 BW», *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary*, ed. Danny Busch/Ewoud H. Hondius/Hugo J. van Kooten/Harriët N. Schelhaas (general editor)/Wendy M. Schrama, 2002, pp. 211-213.
- VAQUER ALOY, Antoni: «La protección del testador vulnerable», *ADC*, 2015, pp. 327-368.
- «IV.H.-2:104» (revisión del artículo), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, coord. Carmen Jerez Delgado, 2015, p. 299.
- *La donación en España y en Europa*, 2012.
- «Comentario de la STS, 1.ª, 13.12.2000. Requisitos para la anulabilidad del contrato por causa de dolo; prima de opción y precio justo en la rescisión *ultra dimidium*», *CCJC*, 2001, núm. 56, pp. 621-633.
- VÉLEZ SANSFIELD, Dalmacio: *De Código civil con las notas de Vélez Sansfield y Leyes Complementarias*, 1952:
- «Anotación del artículo 928», p. 221.
 - «Anotación del artículo 931», p. 222.
 - «Anotación del artículo 932», p. 222.
 - «Anotación del artículo 933», p. 223.

- «Anotación del artículo 934», p. 223.
- «Anotación del artículo 935», p. 223.
- «Anotación del artículo 941», p. 225.
- «Anotación del artículo 942», p. 225.
- «Anotación del artículo 943», p. 225.

WARENDORF, Hans/THOMAS, Richard/CURRY-SUMNER, Ian: *The Civil Code of the Netherlands*, 2nd ed., 2013.

YÁÑEZ VIVERO, Fátima: *Asimetrías contractuales por abuso de circunstancias. Un estudio en el marco de renovación del Derecho Contractual*, 2019.

ANEXO DE SENTENCIAS¹

A) SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO: HECHOS

- STS 13.05.1889 (Pte. Excmo. Sr. D. Ricardo Díaz de Rueda; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 182)

HECHOS: El 12.10.1880 y en documento privado, Fernando Segundo Bustamante (Fernando) propietario «de la mitad más una décima y una cuarta parte de décima de la casa», adquirida por herencia, «se obligaba y vendía dichas tres partes, por sí y a nombre de sus herederos, á D. José Varcarcel Biale, en precio de 5.000 pesetas, obligándose á otorgar á favor del comprador la escritura pública correspondiente tan pronto como se recibieran los documentos que acreditaran su herencia y propiedad de dichas partes de finca» (rdo 1.º). El 04.11.1881 se otorga la correspondiente escritura pública (rdo 2.º). El 19.09.1884, Fernando acude al Juzgado para que se le designe procurador de oficio para deducir demanda de pobreza, para después interponer demanda de rescisión de la venta contra José; el 29.09.1884 se formaliza la pretensión

¹ En este Anexo, con orden cronológico de mayor a menor antigüedad de la fecha de la sentencia, expongo con mayor detenimiento de lo que hago en el interior del trabajo, los hechos y soluciones dados en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo [*infra*, en el apartado A)] de la gran mayoría de sentencias que analizo en el trabajo. Y lo mismo hago para la Audiencia Provincial de Murcia, *infra* en el apartado B). Por lo anterior, en el interior del trabajo expongo más brevemente dichos aspectos, encontrándose la referencia de la base de datos, para la búsqueda de la sentencia, en este Anexo.

Además, en el interior del trabajo advierto si la sentencia la extracto en este Anexo. No todas, aunque sí la mayoría de las sentencias que cito en el trabajo, las extracto en este Anexo (sí aparecen todas *infra*, en el *Listado de sentencias citadas*). Para las sentencias de las que solo doy información en el interior del trabajo y en estos casos, es en el interior del trabajo en donde indico la referencia de su búsqueda.

En todo caso, al extractar la sentencia, solo lo hago en lo que me interesa para este trabajo.

de pobreza y el 04.10.1884 se hace el emplazamiento de José expresándose que se interpondría demanda rescisoria de una venta contra José (rdo 3.º). El 20.06.1885, Fernando demanda a José, «en la que haciendo notar que según certificación pericial que acompañaba, las partes de casa vendidas á Valcárcel [José] valían al realizarse la venta 22.392 pesetas 50 céntimos, é invocando la ley 2.º, título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, puesto que en la venta existía lesión enormísima, y la 56, título 5.º, Partida 5.ª, pidió se declarara en definitiva que D. José Valcárcel venía obligado a satisfacer la cantidad de 17.393 pesetas 50 céntimos por la diferencia que existía entre las 5.000 pesetas, precio de la venta, y el valor de lo vendido, con deducción de la parte correspondiente de la carga que sobre ella pesaba» (rdo 4.º). A fin de ser absuelto, el demandado José, entre otras cosas, alegó que «poco después fue preciso derribar la casa por ser inminente su ruina, y construyó el demandado [José] de nueva planta la que hoy existía» (rdo 5.º).

«[L]a Sala segunda de lo civil de la Audiencia» declara «haber lugar a la rescisión del contrato de compraventa comprensivo de las partes de la casa [...] celebrado en 4 de Noviembre de 1881 entre D. Fernando Segundo Bustamante y D. José Valcárcel, ó en otro caso, á que éste entregue á aquél el exceso de precio que resulte entre lo entregado y el valor pericial dado al inmueble de estos autos, con deducción de cargas y gastos suplidos por el demandado D. José Varcácel y Biale» (rdo 9.º).

José interpone recurso de casación y alega, entre otros motivos, infracción de la P 5.5.56 en cuanto que en esta se niega la rescisión por lesión de la compraventa «aunque haya mediado perjuicio en más de la mitad del justo precio, cuando la cosa ha desapareció ó en mucho empeorado, toda vez que es un hecho aceptado por todos los que han intervenido en este pleito, que antes de acudir D. Fernando Bustamante á los Tribunales fue derribada la casa [...] y construida la que hoy existe de nueva planta en el solar que ocupó la antigua» (motivo 1.º; rdo 10.º); e «infracción de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que establecía en diferentes decisiones, entre ellas en la de 31 de Marzo de 1868, donde admitiendo la subsistencia y eficacia de la segunda parte de la ley 56, título 5.º, Partida 5.ª, consigna la doctrina de que para utilizar el remedio de la segunda, título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, cuando se cree que hubo lesión en un contrato de venta, son requisitos indispensables, entre otros, que se justifique que se hizo con engaño en más de la mitad del justo precio, y que la cosa vendida no sea muerta nin mucho menos empeorada» (motivo 2.º; rdo 10.º). El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

– *STS 27.06.1894 (Pte. Excmo. Sr. D. Estanislao Rebollar Villarejo; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 106)*

HECHOS: El 29.07.1889, otorgan escritura pública Jaime Torné (vendedor; Jaime) y Juan Escoda (comprador; Juan), vendiéndose «una pieza de tierra con una casa de campo [...] con agua y depósito para embalsarla, plantada de viña, avellanos, olivos, almendros y otros frutales, y en parte huerta, cuya cabida y linderos se detallaron

por el precio de 50.000 pesetas, de las que retuvo el comprador Escoda [Juan] 4.533 con 33 céntimos; destinadas 533 y 33 céntimos al capital y pensiones que en lo sucesivo vencieran de un censo de la Nación y 4.000 á ser entregadas al vendedor [Jaime] cuando hubiese cancelado una hipoteca de igual importe [...]; recibiendo el mencionado vendedor [Jaime] del también dicho comprador [Juan] en aquel acto, á presencia del Notario autorizante y los testigos instrumentales, según se consigna en la misma escritura las 45.466 pesetas 67 céntimos restantes» (rdo 1.º). El 01.08.1889, Juan y a su esposa Carmen suscriben un documento privado, confesando adeudar a Jaime y su esposa (María) 35.000 pesetas (rdo 2.º). El 05.08.1889, Jaime manifiesta por escritura, «haber determinado en la ya referida [escritura] de 29 de Julio próximo anterior los gravámenes á que se hallaba afecta la finca», «creyendo estar cancelados los demás que sobre la misma [finca] pesaban, pero como del Registro apareciese existir otros, determinó éstos cancelándolos [...]; escritura que fue inscrita en el Registro de la propiedad, siéndolo asimismo la de 29 de Julio en primer término relacionada» (rdo 2.º). El vendedor Jaime demanda al comprador Juan y solicita la declaración de nulidad de la escritura de venta de 29.07.1889, basándose en que medió dolo en la compraventa, sin el cual no la hubiera celebrado, y señaló que el comprador Juan le expresó que no podía pagar y le ofreció otra forma de pago, lo que aceptó, pero luego dicho comprador Juan no lo cumplió, habiéndole engañado (rdo 4.º)².

² En dicho rdo 4.º de la STS 27.06.1894 se lee: «[...] alegando [Jaime] al efecto; haberle propuesto Escoda [Juan, el comprador] el año 1888, por mediación de algunas personas, la compra de la finca á que se refería la indicada escritura de 29 de Julio, trabándose con este motivo amistad entre ambas familias; pero á principios del expresado mes de Julio manifestó aquél al demandante [al vendedor Jaime] que no podía cumplir lo estipulado por haberle sido preciso emplear en sus negocios la cantidad destinada á tal compra, ofreciéndole, á fin de no demorar el contrato, satisfacerle 10.000 pesetas en el acto de firmarse la escritura, 30.000 en una casa de la propiedad de Escoda [del comprador Juan], sita en Sans, [...], y 5.000 pesetas en un pagaré á un año fecha, reteniendo las otras 5.000 por el importe de un censo y de un derecho hipotecario sobre la enunciada finca; ofertas que aceptó Torné [el vendedor Jaime], pues se proponía pasar con su familia á Barcelona y ocupar una de las habitaciones de la casa de Sans, y como ya tenía Escoda [el comprador Juan] los títulos de propiedad, y sin duda extendida el Notario la escritura, la firmó el demandante [el vendedor Jaime] previo recado al efecto del repetido Escoda [el comprador Juan] el día de su fecha, pero al llegar á su casa se encontró sólo con 10.000 pesetas, habiendo convenido ambos que el inmediato iría al despacho de otro Notario para otorgar la venta de la casa de Sans, lo cual no pudo realizarse por no estar corriente la titulación ni inscrita dicha casa á nombre de Escola [sic, Escoda; el comprador Juan], aumentándose el asombro de Torné [el vendedor Jaime] al saber que aquella apenas valía 15.000 pesetas, por lo que se presentó á Escoda [el comprador Juan], quien á consecuencia de lamentarse Torné [el vendedor Jaime] del abuso de confianza cometido, le entregó el documento privado de 1.º de Agosto del 89, cuya relación con la venta objeto de la demanda se deducía del contenido del mismo, aun cuando en él no se hiciera expresión del contrato de que emanaba, porque las 35.000 pesetas que Escoda [el comprador Juan] y su esposa confesaban adeudar en tal documento, unidas á las 10.000 pesetas que percibió Torné [el vendedor Jaime] y á la suma que el comprador retuvo, formaban 49.533, faltando sólo para completar las 50.000 que se decían precio de la finca, 467 retenidas por el comprador para los derechos del Notario autorizante, y como el aludido documento privado se firmó, según expresó Escoda [el comprador Juan], para esperar á que estuviesen arreglados los títulos de la casa de Sans, sirviéndole entre tanto á Torné [el vendedor Jaime] de garantía, continuaron en buenas relaciones ambas familias, demostrándolo las cartas de Escoda [del comprador Juan] acompañadas á la demanda: mas trasladado ya á Barcelona Torné [el vendedor Jaime] con su familia pudo convencerse de que había sido víctima de un engaño [...].»

En segunda instancia, revocándose en parte la sentencia de primera instancia, se declara nula la escritura de venta de 29.07.1889, «debiéndose [...] reponer las cosas al ser y estado que tenían al otorgarse aquella [escritura]» (rdo 6.º).

El comprador Juan interpone recurso de casación, entendiéndolo, entre otras cosas, que no hubo dolo y que el dolo ha de probarlo plena y cumplidamente el que lo alega (motivos 4.º y 5.º, rdo 7.º³). El Tribunal Supremo, que entiende no probado el dolo, casa la sentencia (Fallo).

– STS 10.03.1909 (Pte. Excmo. Sr. D. Ramón Barroeta; Tirant lo Blanch, Tol 5.055.449)

HECHOS: El 02.01.1901, Roberto, Pedro y Antonio constituyen una sociedad mercantil regular colectiva que se inscribe en el Registro mercantil como *R. Pina y Compañía*, siendo su objeto «la compra y venta por mayor y menor de papeles de todas clases, y la compra, venta y producción, en su caso, de los artículos anexos, fijándose la Sociedad en el tiempo comprendido entre 1.º de Enero de 1901 y 31 de Diciembre de 1905» (rdo 1.º) El 28.04.1903, Roberto otorga testamento en el que dispone «de todos sus bienes, derechos y acciones, sin perjuicio de la cuota viudal, instituyendo herederos únicos y universales á [...] Manuel [...] y [...] Luciano [...], al primero en un 21 por 1110 [*sic*; 100], y al segundo en el 76 por 100 restante» (rdo 2.º). El 12.05.1903, Roberto fallece y el 11.02.1904, sus herederos Luciano y Manuel otorgan escritura pública en la cual Luciano (vendedor) vende, cede y traspasa a Manuel «la participación que en pleno dominio y nuda propiedad le correspondía y pudiera corresponderá [*sic*; corresponder a] en el 76 por 100 de la herencia de Pina [Roberto] en el haber de la Sociedad R. Pina y Compañía, quedando Balbás [Manuel] subrogado total y absolutamente en todos los derechos y obligaciones del cedente [Luciano] respecto á la precitada Sociedad, como uno de los herederos del socio premuerto [...] Roberto [...]»; fue testigo instrumental del otorgamiento Pedro Martín Pastor. Todo lo anterior en el rdo 2.º El vendedor Luciano demanda a Manuel (comprador) y Pedro (testigo) y a los otros dos socios, solicitando que se declarase nula y sin ningún valor ni efecto la escritura de venta ó cesión de 11 de Febrero de 1904, y que se proceda á la liquidación de cuentas, partición y entrega al actor [Luciano] de los bienes dejados al fallecimiento de Pina, de los que era administrador á su falleci-

³ En su recurso de casación, según el comprador Juan: «Quinto. Que son contadísimas las causas de nulidad de un convenio, y entre ellas la más característica, la más fácil de apreciar por lo saliente de sus líneas, es el dolo, no la equivocación, no el error, ni aun el engaño, sino cuando éste es causante, determinativo, el que impulsa de tal modo que el contrato, á no existir, no se hubiese celebrado, infringiendo el fallo de la sentencia recurrida al no estimarlo así la ley 7.ª del Digesto *De Dolo*:/ Sexto. Que por igual razón infringe dicha sentencia la doctrina repetida y constante, consignada, entre otras, en las de 28 de Octubre de 1867, 11 de Enero del 69 y 19 de Diciembre del 84, conformes todas en declarar que si bien el dolo causante de un contrato, ó sea aquel sin cuyo concurso éste no se hubiera celebrado, lleva en sí la nulidad del mismo, es indispensable, para que tal nulidad pueda declararse en juicio, que el litigante que alega el dolo demuestre plena y cumplidamente su existencia» (rdo 7.º).

miento D. Pedro Martín Pastor, condenando a los demandados á la indemnización de daños y perjuicios y pago de costas» (rdo 3.º).

La Audiencia Territorial, confirmando la sentencia apelada, «declara improcedente la nulidad de la escritura de 11 de Febrero de 1904 [de venta, cesión y traspaso] otorgada por [...] Luciano [...] y [...] Manuel [...], absolviendo á éste y á D. Pedro Martín Pastor, de la demanda contra ellos interpuesta por el primero» (rdo 7.º).

Luciano interpone recurso de casación y alega entre otras cosas, que «hubo dolo por parte de Balbás [Manuel], para determinar á Cuadrado [Luciano] á contratar por la cantidad que le diesen por hallarse necesitado y por haber sido despedido al siguiente día de fallecer el causante, recogéndole las llaves del almacén para quitarle toda intervención, no obstante ser albacea y heredero del finado» (motivo 2.º); también, «[...] cuyas cuentas, balance y declaraciones de testigos demuestran que hubo dolo al manifestar á Cuadrado [Luciano] que la Sociedad iba disminuyendo, siendo así que, desde el 31 de Diciembre de 1905; [sic] ha tenido anualmente más de 30.000 pesetas líquidas de ganancias, debiendo tenerse presente, en cuanto á la declaración de Prieto, que es parcial y en defensa de sus derechos como interesado» (rdo 8.º). El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

– *STS 10.05.1910 (Pte. Excmo. Sr. D. Eduardo Ruiz García Hita; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 10)*

HECHOS: Antonio Brusi y Ferrer (abuelo), marqués de Casa Brusi, fallece el 30.12.1878 y en su testamento instituye heredero universal a su hijo primogénito Antonio Brusi y Mataró y deja a sus otros hijos, entre los que se encontraba José Antonio Brusi y Mataró (tío de M.^a Josefa Brusi y García), diversos legados. Antonio Brusi y Mataró (padre de M.^a Josefa Brusi y García) fallece el 30.04.1887, y José Antonio Brusi y Mataró (o José Antonio) es nombrado tutor de M.^a Josefa Brusi y García (o M.^a Josefa; su sobrina). José Antonio rinde cuenta de su gestión hasta 1893, dejándolas de rendir después. El 31.08.1901, M.^a Josefa alcanza la mayoría de edad. En 1902, M.^a Josefa, por razones de salud, iba a viajar al extranjero y para que la representase en sus asuntos y negocios se prepara la oportuna autorización (poderes) a favor de su tío José Antonio. Cuando M.^a Josefa acude a la Notaria para firmar la autorización, José Antonio le indica «que podía aprovechar la ocasión para firmar también otra [escritura] para la terminación de la tutela, á lo que Doña María Josefa [...] accedió, firmando en dicho día [18.07.1902] las dos escrituras, la de poderes y otra aprobando la gestión de su tutor y curador durante su menor edad, y declarando finiquitada y saldadas todas las cuentas y actos practicados en interés suyo hasta el día en que alcanzó la mayoría de edad, añadiendo frase de agradecimiento para su tío por el celo y probidad con que había desempeñado su cometido» (rdo 7.º). José Antonio demanda a M.^a Josefa y pide que le pague ciertas cantidades relacionadas con los legados que había dejado Antonio Brusi y Ferrer, así como el pago de determinados beneficios del *Diario de Barcelona*. M.^a Josefa reconviene y pide, entre otras cosas, la nulidad e ineficacia de

la escritura de aprobación de la tutela de 18.07.1902 por estar viciada por error y dolo en el consentimiento, y en cuanto al pago de los legados, señala que había de procederse a su liquidación, teniendo en cuenta ciertas cantidades. Todo lo anterior en los rdo 1.º, 3.º, 4.º, 7.º, 8.º, 9.º

En primera instancia se condena a M.^a Josefa al pago de ciertas cantidades a José Antonio y se desestima la reconvencción de M.^a Josefa (rdo 15.º). Tanto José Antonio como M.^a Josefa recurren en apelación. *En segunda instancia* se condena a M.^a Josefa al pago de ciertas cantidades a favor de José Antonio, y, se declara nula e ineficaz la escritura pública de 18.07.1902 en que se aprobaba la gestión de José Antonio y se condena a este último a que rinda cuenta de su gestión tutelar a su ex pupila M.^a Josefa (rdo 16.º).

José Antonio recurre en casación y alega, entre otras cosas, infracción del artículo 1269 CC y de ciertas leyes del Digesto, ya que entiende que el dolo no se puede probar mediante presunciones (motivo 5.º) e infracción del artículo 1270 CC porque, para que produzca la nulidad, el dolo ha de ser grave y el dolo no fue calificado de grave en la sentencia (motivo 8.º) (rdo 17.º). El Tribunal Supremo, que entiende nula e ineficaz la escritura de 18.07.1902 de aprobación de la gestión de José Antonio, solo casa respecto del motivo 11.º del recurso de casación, no dando lugar a los demás motivos (Fallo).

– *STS 05.02.1914 (Pte. Excmo. Sr. D. Luciano Obaya Pedregal; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 57)*

HECHOS: En 1894 se constituye la sociedad *Compañía Madrileña de Urbanización*, «cuyo fin social era la construcción en las afueras, vendiendo terrenos a plazos, así como también viviendas que en dichos terrenos construía» y llevar a cabo *La Ciudad Lineal*. El 12.05.1905, con la anuencia de su marido, de profesión abogado, María Monserrat (María) suscribe el primer contrato de compraventa de terreno con la *Compañía Madrileña de Urbanización*. El 31.05.1905, María suscribe con la *Compañía Madrileña de Urbanización* un contrato de construcción, obligándose esta última a construir una casa. Construida la casa, María pasa a habitarla con sus familiares y el 11.03.1907 María compra otros seis lotes de terreno en la misma manzana, con licencia marital, y poco después, el 31.05.1907, celebra otro contrato de construcción. Más tarde, en 09.07.1908 y 13.07.1908, María celebra otros contratos de compra de terrenos. María fue pagando los plazos con cierta irregularidad y en octubre de 1908 deja de pagar. María demanda a la *Compañía Madrileña de Urbanización* y suplica, entre otras cosas, la declaración de nulidad de los contratos que había celebrado con la misma. En réplica, María alega «que los contratos eran nulos porque el consentimiento fué prestado por la demandada [*sic*; demandante] con dolo, porque debiendo ser onerosos por cada parte, no existía causa por la suya, y sí sólo por la de la Compañía y ésta ilícita, porque las cláusulas 3.^a y 4.^a de los contratos de terrenos y las 6, 9, 10 y 12 de la construcción eran contrarias á la moral, al uso, á la buena fe y al orden

público, además de serlo á las leyes prohibitivas que se relacionan con el retracto convencional, la enfiteusis, la hipoteca, la prenda y la anticresis, y con el principio de derecho de que nadie debe enriquecerse torticeramente en daño de otro» (rdo 10.º). La *Compañía Madrileña de Urbanización* reconviene y pide que se la declare propietaria de la finca Monserrat, que se le entregue dicha finca, ello sin que nada tuviera María que reclamar contra la *Compañía Madrileña de Urbanización* como devolución de plazos entregados con cargo al precio de la finca o con cargo a obras ejecutadas en la finca, o como mejoras. Todo lo anterior en los rdo 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 8.º, 9.º y 10.º

En primera instancia se desestima la demanda de María y se estima la reconvencción de la *Compañía Madrileña de Urbanización*. *En segunda instancia* se desestima la demanda de María y se estima en parte la reconvencción de la *Compañía Madrileña de Urbanización*, declarándose a esta última propietaria de la finca Monserrat (constituida por los terrenos y edificios fruto de los contratos celebrados con María) y condenándose a María a que les entregue dicha finca, además de otros extremos. Todo lo anterior en el rdo 14.º

María interpone recurso de casación y alega, además de otros motivos, error de derecho en la apreciación de la prueba e infracción de los artículos 1265, 1269, 1261 y 4.º del Código civil y de la doctrina, entre otras, de las *SSTS 30.04.1896* y *10.05.1910* (motivo 1.º) y error de derecho e infracción de la doctrina de la *STS 10.05.1910* e infracción de los artículos 1249 y 1255 CC y de los artículos 1261, 1269, 1265 y 4.º CC, y de la *STS 30.04.1896* (motivo 2.º). Todo lo anterior en el rdo 15.º El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

– *STS 27.04.1921* (Pte. Excmo Sr. D. Eldelmilo Trillo; Colección legislativa de España, *Jurisprudencia civil*, núm. 26)

HECHOS: El 14.06.1876, «Casto de Zabala Ellacurriaga [Casto Z.E.] contrajo matrimonio legítimo en primeras nupcias con [...] Concepción», que falleció el 11.01.1895, «quedando de ese matrimonio cuatro hijos» que son Juana, Joaquín, Modesto, y Casto de Zabala e Izaguirre [Casto Z.I.], y se practicaron «las operaciones de división y adjudicación de bienes de la herencia» de Concepción, protocolizándose ante notario el 26.01.1900 y adjudicándose al viudo (y padre) Casto «en pago de su haber, bienes por un valor total de 146.879,65 pesetas» (rdo 1.º). El 26.11.1902, Casto Z.E. contrae segundas nupcias con Justina, y Casto Z.E. fallece el 21.06.1916, «sin dejar otorgada disposición alguna testamentaria, no habiendo quedado sucesión de su segundo matrimonio» y, mediante auto del juzgado de primera instancia, se declara herederos abintestado a sus cuatro hijos (Juana, Joaquín, Modesto y Casto Z.I.), «sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria» correspondiente a Justina (rdo 2.º). El 27.06.1916, Justina y los cuatro hijos (Juana, Joaquín, Modesto y Casto Z.I.) otorgan escritura ante notario con «lo siguiente:/ Primero. Todos los bienes que en la fecha de la escritura figuran a nombre de Casto» Z.E. se reputarán suyos, «sin que haya lugar por ello a liquidar previamente la Sociedad de

gananciales; / Segundo. De la masa hereditaria se deducirán 27.500 pesetas, para [...] Joaquín [...], por ser ésta la voluntad de su padre;/ Tercero. El remante de los bienes se repartirá por quintas partes: una para la viuda [...] Justina [...], y otra para cada uno de los hijos» (Juana, Joaquín, Modesto, y Casto Z.I.); «Cuarto. La quinta parte adjudicada a la viuda lo será en plena propiedad, y con ella se entenderá pagada de la cuota legal usufructuaria y de su participación de gananciales, si pudieran en definitiva existir; y/ Quinto. Ninguno de los interesados deberá traer a colación los bienes que tuviere recibidos en vida de» Casto Z.E., «debiéndose hacer caso omiso de los mismos para repartir por quintas partes solamente los que figuren a nombre del causante [Casto Z.E.]» (rdo 3.º). El 23.01.1917, Joaquín y Casto Z.I. requieren a Justina para que contestará a lo siguiente: «1.º Si se hallaba dispuesta a firmar la escritura de proyecto y adjudicación de bienes de la herencia de» Casto Z.I., «conforme se convino en el documento» de 27.07.1916; «2.º Caso de negarse a firmar dicho proyecto [...], la requerían para que manifestase si su intención era abandonar la casa en que con ellos habitaba o, por el contrario, prefería permanecer en ella, siendo desde el 1.º de Febrero todos los gastos de la casa a cargo de la misma, ya que» Joaquín y Casto «tenían el propósito de retirarse de la casa que actualmente ocupaban» (rdo 4.º). El 27.01.1917, Justina contesta al requerimiento e indicó, entre otras cosas, «que no podía ni debía abandonar el domicilio que fué del matrimonio, [y] pensaba permanecer en él», requiriendo a Joaquín y a Casto Z.I. «si estaban dispuestos a practicar la testamentaria» de su padre con intervención de Justina, «practicando el inventario de bienes y demás operaciones, de común acuerdo, prescindiendo de la escritura de» 27.06.1916, contestando Joaquín y Casto que estaban dispuestos a formalizar la partición de la herencia de su padre ateniéndose a la escritura de 27.06.1916 (rdo 4.º).

Joaquín, Juana y Modesto Z.I. demandan a Justina, consignado que Casto Z.I. «estaba conforme en cumplir lo convenido en la escritura pública de» 27.06.1916, y suplican que se declare que Justina cumpla con lo estipulado en la escritura de 27.06.1916, condenándosela a proceder a la división y adjudicación de todos los bienes que figuran a nombre de su padre Casto Z.E en la forma en que se estipuló (rdo 5.º). Por su parte, Justina contesta a la demanda y alega «que la escritura cuyo cumplimiento exigían los demandantes [Joaquín, Juana y Modesto Z.I] era nula y sin valor legal, por defectos o vicios que concurrieron» en su consentimiento, «que lo prestó debido a procedimientos empleados por los otros otorgantes sorprendiendo su buena fe, consignando en ella cláusulas que no se habían tratado ni se la mencionaron; que era cierto el otorgamiento de dicha escritura, pero sin conocer ella [Justina] el contenido de sus cláusulas y por intimidación de los otros otorgantes» (rdo 6.º). Justina reconvino y suplica la declaración de que es «nula y sin valor ni efecto legal la escritura de» 27.06.1916, condenándose a los demandantes que, con la intervención de Justina, «practicasen todas las operaciones necesarias de la testamentaria de» Casto Z.I., «formalizando el inventario general de todos los bienes, derechos y acciones que corres-

pondieran al disuelto matrimonio, procediendo a la liquidación de la sociedad conyugal y demás operaciones testamentarias, las que se practicarían conforme a ley» (rdo 6.º).

En primera instancia se desestima la demanda de Joaquín, Juana y Modesto y se declara que la escritura de transacción de 27.06.1916 es nula y sin valor legal porque Justina prestó su consentimiento con error de hecho y sustancial, y con intimidación de un mal grave en sus intereses, por lo que Justina no estaba obligada a cumplir lo estipulado en dicha escritura (rdo 8.º), y, se estima la reconvencción de Justina condenándose a los demandantes a que practiquen las operaciones necesarias de la testamentaria de Casto Z.E., «formalizando el inventario general de todos los bienes, derechos y acciones que correspondieran al disuelto matrimonio, y se proceda a la liquidación de la Sociedad conyugal, a la división y adjudicación de la herencia entre los interesados con la intervención de» Justina, «practicándose dichas operaciones con sujeción a los preceptos del Código civil y a los de la ley de Procedimiento civil» (rdo 8.º).

Joaquín, Juana y Modesto apelaron y *en segunda instancia* se desestima la demanda de aquéllos y estima la reconvencción de Justina (rdo 8.º).

Joaquín, Juana y Modesto interponen recurso de casación y alegan, entre otras cosas, infracción de la doctrina legal de las SSTs 12.02.1898 y 28.02.1920, especialmente de la última, «en que se declara que el error que vicia los contratos y transacciones con arreglo a los artículos 1261, 1265, 1266 y 1817» CC, «ha de ser de hecho y no de derecho, ya que, según se ha demostrado en los motivos anteriores, en el supuesto de ser ciertas sus alegaciones», Justina, «al prestar su consentimiento, incurrió en error de derecho y no de hecho» (motivo 5.º; rdo 9.º); y «aplicación errónea del art. 1262» CC [*sic*; 1266 CC], el cual dispone que el error debe recaer sobre la sustancia de la cosa o sobre sus condiciones «y aunque en los anteriores motivos se había demostrado la no existencia de ese error en el consentimiento» de Justina «, admitiendo la hipótesis en términos de polémica que hubiese existido y que fuese de hecho, tal error no se refería a nada sustancial en el contrato [...], pues la renuncia por parte de» Justina «a los bienes gananciales, sólo sería parte sustancial de la escritura si esos bienes existieran; y, por lo que hace [...] a la cláusula en que se dispensa a los contratantes de aportar a la masa hereditaria los bienes colacionables que pudieran haber recibido, también tendría importancia si esos bienes hubiesen tenido existencia; pero no existiendo ni una clase ni otra, tales cláusulas a nada sustancial del contrato se refieren, siendo simplemente de pura fórmula para prevenir cualquier resquicio o hecho sin importancia por el cual se pudiera discutir el valor de la escritura» (motivo 7.º; rdo 9.º).

El Tribunal Supremo, que considera que Justina sufrió error en su consentimiento (rdo 3.º), no da lugar al recurso de casación de Juana, Joaquín y Modesto (Fallo).

- *STS 02.01.1924 (Pte. Excmo. Sr. D. Félix Ruz; Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Jurisprudencia civil, núm. 1)*

HECHOS: *Según relata Luis* (demandante), a principios de febrero de 1919, Luis, haciendo compras en el establecimiento de ferretería de Víctor en Murcia, le dijo que tenía contratada una partida de estaño de Londres, marca «Cordero y Bandera», a precio entonces ventajoso y para emplearla en su fábrica de conservas y, si Víctor recibía esta partida de estaño, Luis le compraría 500 kilos. Al recibir Luis contestación satisfactoria de Londres (de los 1.000 kilos de estaño), Luis da cuenta a Víctor el 7 de febrero de la conformidad de la compra, contestándole Víctor, el 8 de febrero, que aceptaba la compra de los 500 kilos al precio de 12 pesetas y recomendándole que se los enviara tan pronto como fuese posible, debiendo Víctor pagar al recibo de las mercancías (pues, no se pactó plazo). El 1 de abril, Luis remite a Víctor el correspondiente talón de ferrocarril de los 500 kilos de estaño, contestándole Víctor el día de 2 abril, manifestándole que no se consideraba obligado a aceptar la mercancía, por no haber contraído ningún compromiso y haberla podido adquirir en condiciones más ventajosas. Luis demanda a Víctor y pide que quede sin efecto el depósito que Víctor hizo de la mercancía a su nombre y que se declare que Víctor, en cumplimiento de la compraventa, está obligado a aceptar 500 kilos de estaño y a pagar su importe a Luis, por lo que ha de condenársele al pago de 6.000 pesetas, con sus intereses legales, y gastos del depósito. Todo lo anterior en el rdo 1.º

Según relata Víctor, en la noche del 8 de febrero, día en que contestó a Luis «aceptando la oferta, por estimar de buena fe cierto cuanto le decía un amigo de cuya sinceridad no podía dudar, tuvo noticias de que, tanto lo referente a permisos de exportación, como a los precios, era inexacto, pues había camino a España importantes partidas de estaño, y estas noticias, que procedían de fuente autorizada, le decidieron a anular el pedido [...] y al siguiente día, 9, fué a la finca» de Luis, «no encontrándole, dejándole un papel escrito, en el que manifestó que dejaba sin efecto la carta del día 8» y, encontrándose a Luis por el camino, le dijo lo mismo, mostrándose de acuerdo Luis, pero Luis retuvo la carta del día 8, en vez de devolvérsela a Víctor y «al recibir [Víctor] en 1.º de Abril el talón del ferrocarril [de Luis], se hizo cargo de todo el plan del actor [Luis] y contestó» y, «vista la imposibilidad de entenderse con» Luis «y para evitar el peligro que corría la mercancía si no se retiraba, hubo de promover el expediente de depósito del estaño». Víctor entiende que Luis actuó con dolo. «[R]esumiendo lo expuesto, [Víctor] afirmaba categóricamente que no existía contrato alguno entre el demandado [Víctor]» y Luis «porque no había habido concierto de voluntades ni consentimiento entre las partes, generador de relaciones jurídicas exigibles, sino que, por el contrario, hubo disenso, rechazando el demandado [Víctor] la oferta que se le había hecho; y que en el supuesto de que fuese cierto todo lo aseverado de contrario, existía un dolo manifiesto, que se demostraba con las palabras y maquinaciones insidiosas de parte del demandante [Luis] para inducir al demandado [Víctor] a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera realizado». Víctor pide la absolución de la demanda de Luis. Todo lo anterior en el rdo 2.º

En primera instancia se desestima la demanda de Luis y se deja «subsistente el depósito, quedando el estaño a disposición del demandante [Luis]», condenándosele «a pagar los gastos del depósito» (rdo 4.º). Luis apela y se confirma la sentencia de primera instancia (rdo 4.º).

Luis (el demandante) interpone recurso de casación y alega, entre otros motivos, infracción de los artículos 1269 y 1270 CC y artículo 344 CCO, pues entiende que no hubo dolo (motivo 3.º; rdo 5.º). El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

– *STS 22.03.1924 (Pte. Excmo. Sr. D. Mariano Avellón; Colección legislativa de España, núm. 150)*

HECHOS: *Según Salvador*, el 14.07.1919 se concede a Arturo concesión para exportar 200.000 kilogramos de aceite de oliva para la Aduana de Málaga, siendo su plazo de vigencia sesenta días a contar desde su autorización y a la Junta de Subsistencia de Almería para el consumo de dicha provincia se le adjudica el depósito del 50% de la concesión (100.000 kilogramos), a cuya entrega se niega Arturo. Arturo solicita prórroga del plazo de vigencia de la concesión, lo que se le deniega al haberse negado Arturo a la entrega del anterior depósito. Francisco adquiere de Arturo permiso para exportar 50.000 kilogramos de aceite, parte de la anterior concesión, y el 01.09.1919 Francisco cede a Salvador dicho permiso por 27.500 pesetas, aceptando Salvador dos letras de cambio por tal cantidad. Todo lo anterior en el rdo 1.º

Salvador demanda a Francisco y entre otras cosas, pide la nulidad del contrato privado de 01.09.1919 de cesión de permiso para exportar 50.000 kilogramos de aceite, con devolución de lo que hubiera dado, o consignado, o embargado; la nulidad o ineficacia de las dos letras de cambio que Salvador aceptó; y el pago de perjuicios; como fundamentos de derecho alega los artículos 1261, 1262, 1265, 1266.I, 1269, 1270, 1274, 1275, 1276 y 1278 CC y el artículo 13 de la Ley de 23.07.1908. Todo lo anterior en el rdo 2.º

En primera instancia, entre otras cosas, se declara nulo el contrato de 01.09.1919 celebrado entre Francisco y Salvador, por el que el primero vende al segundo un permiso para exportar 50.000 kilogramos de aceite y se declaran nulas las dos letras de cambio aceptadas por Salvador. Francisco interpone recurso de apelación. *En segunda instancia* se revoca la sentencia de primera instancia y se absuelve a Francisco. Todo lo anterior en el rdo 6.º

Salvador interpone recurso de casación y alega, entre otros motivos, infracción del artículo 1261.1.º CC y del artículo 1266 CC, el primero «porque al creerse válido y eficaz por el exponente [Salvador] el permiso que se le vendió, no siéndolo en realidad, se prestó el consentimiento con error, que recayó sobre la sustancia de lo que era objeto del contrato, pues el exponente [Salvador] creía que con lo que compraba podía exportar 50.000 kilos de aceite, y la verdad es que no podía hacerlo; y ese error invalida el consentimiento según el artículo 1266 del mismo Código, también infringido por falta de aplicación [...]» (motivo 5.º); e infracción de los artículos 1269 y 1270 CC,

«porque resulta el dolo grave por parte del vendedor [Francisco] del hecho de no haber pagado él lo que vendía y de cederlo, constándole que era ineficaz el permiso, como anteriormente se ha demostrado; en cuyo sentido era aplicable también el precepto que obliga a indemnizar a los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrían en dolo, respondiendo de los daños y perjuicios» (motivo 8.º). Todo lo anterior en el rdo 7.º

El Tribunal Supremo, que entiende que no hubo error, ni dolo (cdo 5.º), no casa (Fallo).

– *STS 31.10.1924 (Pte. Excmo. Sr. D. Diego Medina; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 57)*

HECHOS: El 01.01.1910 y en contrato privado, Emilio Lletget Asuero (arrendador), propietario de la casa núm. 30 de la Carrera de San Jerónimo y de los números 1 y 3 de la calle de Echegaray, arrienda a Ramiro García Suárez (arrendatario) la planta baja de la finca, planta baja en la que el arrendatario Ramiro instala un comercio, y, arrienda el piso principal de la misma para casa vivienda, por un precio anual de 14.500 pesetas, siendo diez años la duración del contrato, debiendo terminar el 31.12.1919. En el dorso de la hoja del arrendamiento de la tienda y como condición especial se dice que el plazo de diez años es obligatorio y que, una vez terminado, podría prorrogarse por el tiempo que las partes pactaren, sujetándose a las mismas condiciones pactadas y a las legales entonces vigentes. El 06.11.1916, el arrendatario Ramiro dirige una carta al arrendador Emilio, solicitando que se prorrogue el arrendamiento a su vencimiento, pues tiene intención de hacer obras en el local y ampliar sus negocios y subarrendar parte de la tienda. El 17.11.1916, el arrendador Emilio contesta, diciéndole que harían otro contrato a la terminación del vigente⁴. El 02.12.1919, el arrendatario Ramiro requiere notarialmente a al arrendador Emilio, manifestando que ha tenido noticia de que Emilio había contratado la venta de la casa en que vivía y tenía su comercio, y le solicita que accediera al otorgamiento de nuevo contrato, con iguales condiciones y mismo plazo que el primero, de conformidad con la carta de 17.11.1916, a lo que responde Emilio que no podía aceptar el requerimiento. El 03.12.1919, Emilio vende el inmueble a *Unión Musical Española*. Notificada la venta a Ramiro, este contacta con la *Unión Musical Española* y celebra con esta nuevos contratos de arrendamiento por el mismo precio e iguales condiciones, salvo que la

⁴ En su carta, Emilio manifiesta: ««... dice usted que piensa agrandar sus negocios, y por consiguiente.. [sic] quiere tener la seguridad de otro contrato para empezar nuevas obras; ya sabe usted, por habérselo dicho en la carta de ayer, que podía estar tranquilo, que no tenía idea de subirle el alquiler; pero no pareciéndole a usted suficiente esta seguridad, haremos otro contrato a la terminación del actual y en condiciones iguales; ya ve usted cómo no estaba en mi ánimo el elevarle la renta, ni prescindir de usted a la terminación de nuestro contrato»». Ramiro contesta con otra carta de fecha 18.11.1916, diciéndolo ««Recibo su atenta, con fecha 17 del corriente, y en primer lugar he de darle a usted mis más sinceras gracias por haber accedido a mis deseos de prorrogarme el contrato de arriendo de la casa que habito a la terminación del que tenemos, por otros diez años»». Todo lo anterior en el rdo 2.º.

duración sería por tiempo indeterminado, pudiendo rescindirse por mutuo aviso con término de quince días. El 01.06.1920, *Unión Musical Española* requiere a Emilio para que, dando por rescindidos los arrendamientos, deje libre y a disposición del dueño los locales para fin de mes. Transcurrido el mes, *Unión Musical Española* entabla desahucio contra Emilio, a lo que ha lugar por sentencia de 20.10.1920, si bien *Unión Musical Española* le dio plazo para desalojar hasta el 01.03.1921 y una indemnización que cobró Emilio, quien a finales de septiembre de 1921 desaloja los locales. Todo lo anterior en los rdo 1.º, 2.º, 3.º, 4.º

El 26.07.1920 Ramiro demanda a Emilio y a *Unión Musical Española* y solicita que se declare la obligación de ambos de que constituyan formalmente el arrendamiento, condenándoseles al otorgamiento de la escritura correspondiente y a la oportuna indemnización de daños y perjuicios; y para el caso de que *Unión Musical Española* fuere absuelta, que se declare que Emilio está obligado a asegurarle el goce pacífico de los locales arrendados hasta el 31.12.1929 y a indemnizarle los daños y perjuicios que por dolo o negligencia se le causen por una serie de razones que explica, derivados del contrato de arrendamiento perfeccionado por los documentos de 1916.

En primera instancia se absuelve a *Unión Musical Española* y se condena a Emilio (el inicial arrendador) a que otorgue escritura de arrendamiento, al mantenimiento en el disfrute de los locales, y en defecto de ello, al pago de daños y perjuicios (rdo 11.º). Emilio recurre en apelación. *En segunda instancia* se absuelve a Emilio de la obligación de otorgar escritura pública de arrendamiento y se condena a Emilio a pagar a Ramiro (arrendatario) la cantidad de 246.625 pesetas en concepto de daños y perjuicios (rdo 14.º).

Emilio (el inicial arrendador) interpone recurso de casación y alega, entre otras cosas, infracción de los artículos 1088, 1089 y 1091 CC por indebida aplicación, en relación con los artículos 1101 a 1107 CC (motivo 1.º; rdo 15.º); en cuanto al dolo hace referencia al mismo en su extenso motivo 2.º, en su parte final⁵.

El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

⁵ En concreto, según Emilio: «[...] al juzgar la sentencia, que la causa del perjuicio ha sido el dolo, con infracción de la doctrina consignada en numerosas sentencias, y entre ellas, la de 5 de julio de 1894 que declara que la buena fe se presume siempre, salvo prueba en contrario, doctrina tanto más aplicable al caso de autos, cuanto que por el recurrente [Emilio, el inicial arrendador], al ser requerido por el demandante [Ramiro, el arrendatario], en 2 de diciembre de 1919, para los nuevos arriendos, no tenía por qué, ni para qué manifestar que ya tenía concertada la venta, que se elevó a escritura al día siguiente, resultando, como resulta de la misma acta notarial, que al pedir el requerimiento, tenía ya noticia García Suárez [Ramiro, el arrendatario], de estar convenida la enajenación de la finca; no pudiendo tampoco fundarse la presunción de dolo, en haberse inscrito la escritura en el Registro de la Propiedad al día siguiente de su otorgamiento, porque este acto es propio y fue realizado por el comprador [Unión Musical Española] y no puede, por consiguiente, imputarse al recurrente [Emilio, el inicial arrendador], no pudiendo deducirse de todo esto que haya habido maquinación alguna, para evitar a García Suárez [Ramiro, el arrendatario] el ejercicio de acciones; además de que y al hacer la declaración de dolo como incidental en el contrato, incurrir la sentencia recurrida en evidente contradicción, puesto que se confirmó en ella la de primera instancia, en lo relativo a la absolución de la «Unión Musical Española», que se fundó la sentencia del Juzgado, en no haber habido confabulación ni concierto entre comprador y vendedor para perjudicar a García

- STS 25.10.1928 (Pte. Excmo. Sr. D. Diego Medina; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 131)

HECHOS: Elvira (sobrina de Nicolás, el testador fallecido) demanda a Justo (cura párroco, instituido heredero universal). Según relata Elvira, Nicolás, soltero, residía a primeros de 1905 en Santa María de Neda (Ferrol) y sufría una enfermedad en los riñones, agravada por su edad (73 años en aquel entonces) y para ser asistido y cuidado acudió a sus sobrinas Elvira y Eulalia, que vivían con su madre en La Coruña, proponiéndolas «que le recibieran en su compañía, ofreciéndolas, como premio de la asistencia y alimentos que les prestasen, instituir las herederas de todos sus bienes», lo que fue aceptado, trasladándose Nicolás a La Coruña. El 04.05.1905 y ante notario, Nicolás otorga testamento abierto legando a Elvira «un lugar acasurado sito en Senra, que coloneaba Juan [R.]» y a «Eulalia otro lugar en la misma parroquia, coloneado por Lorenzo», «expresando que si no otorgase nuevo testamento, se entenderían también instituidas en el resto de la herencia, a iguales partes y como únicas y universales herederas». Nicolás permanece en casa de sus sobrinas nueve años y, creyendo Nicolás «que le favorecería un cambio de aires», se traslada «a la Parroquia de Senra a últimos de 1914». Según Eulalia, Nicolás se hospeda en su casa del lugar de Senra que habitaba como colono Juan G., sucesor de Juan R., durante unos meses, «siempre aquejado de su enfermedad de los riñones, perdiendo energías y sintiéndose incapaz para todo, incluso para cuidar sus bienes; y en estos meses fue decayendo visiblemente». Nicolás no demostró tener relaciones con Justo antes de abril de 1915 y sucedió que un día el sacristán de la Parroquia Leopoldo fue a casa de Juan y condujo a Nicolás a la Rectoral y Nicolás comió con Justo, «bebiendo vino y tomando café con algunas copas de coñac; hubo después sobremesa, según parece; audición de gramófono, y, llegado allí, sin que se sepa cómo ni a qué hora, el Notario de Ortigueira [...] ante él y tres testigos, otorgó [...] Nicolás un testamento que, en sustancia, dice: «Que es católico, apostólico y romano, y como tal quiere ser «funerado» a voluntad de su cumplidor, que es hijo de [...], difuntos; que carece de parientes con derecho a legítima forzosa, en atención a lo cual instituye heredero único en propiedad a [...] Justo [...], Cura párroco de Senra, nombrándole al mismo tiempo su cumplidor y albacea». Según Elvira, la anterior es «fórmula completa, pero tan concisa y breve, que nada tiene de particular que el testador [Nicolás] expusiese su voluntad, aun en menos palabras, sin dar lugar a que el Notario y testigos observaran en él síntomas inductivos del estado en que se encontraba». El 02.10.1915, Nicolás fallece. Todo lo anterior en el rdo 1.º

Elvira demanda a Justo y pide la declaración de que el testamento de Nicolás otorgado el 11.04.1915 «es nulo, por haber sido con dolo o fraude, conservando [...] toda su validez y eficacia el anteriormente otorgado» de 04.05.1905 en favor de Elvira y de su hermana Eulalia «y reconociendo que las pertenece en tal concepto la herencia» de Nicolás; si no hubiere lugar a lo anterior, la declaración de que el testamento

Suárez [Ramiro, el arrendatario], a quien el comprador [Unión Musical Española] ni siquiera conocía» (rdo 15.º).

de 11.04.1915 no produce efecto en virtud del artículo 752 CC y Elvira, en concurrencia con los demás parientes que se encuentren en su caso, tiene derecho a la sucesión legítima como heredera abintestato; y la condena a Justo a que devuelva los bienes de la herencia con los frutos percibidos y debidos percibir desde el fallecimiento de Nicolás. Todo lo anterior en el rdo 1.º. Justo se opone a la demanda, pues Nicolás le instituyó heredero «libre y espontáneamente, sin solicitaciones, inducciones ni sugerencias de nadie, y sin que el día del otorgamiento ocurriera nada irregular ni anormal y si bien es cierto que ese día comió [...] Nicolás [...] en casa de Alende [Justo], no lo es que aquel bebiese vino, coñac, ni licores de ninguna clase [...], y al llegar horas después llamado de orden de [...] Nicolás el Notario, y comparecieron testigos, en presencia de unos y otros manifestó su voluntad de otorgar testamento, instituyendo heredero universal a [...] Justo y nombrándole su cumplidor y albacea». Todo lo anterior en el rdo 2.º

En segunda instancia se confirma la sentencia de primera instancia, declarándose nulo y sin efecto el testamento otorgado por Nicolás el 11.04.1915, y válido y subsistente el testamento de 04.05.1905 en favor de Elvira y Eulalia, y se condena a Justo «a reconocer todas las consecuencias legales» (rdo 6.º).

Justo interpone recurso de casación, en el que, entre otros motivos, alega que el «Tribunal de instancia, al anular por dolo y fraude el testamento de [...] Nicolás [...] ha incurrido en error de hecho y de derecho, en la apreciación de la prueba, con infracción de los artículos 666, 679, 685 y 695» CC y jurisprudencia por falta de aplicación y aplicación indebida del artículo 673 CC «en cuanto la Sala, sin ninguna prueba escrita, sólo por conjeturas, presunciones o indicios, estimó que el testador, al otorgar el testamento, carecía de la necesaria capacidad mental y por haberlo verificado después de comer y beber copiosamente en compañía del demandado [Justo]; y en cambio y frente a tal aseveración, el Notario y los tres testigos que intervinieron en el testamento, afirman en el mismo como un solo hombre, expresa, categórica y solemnemente la plena capacidad del testador en el acto del otorgamiento, evidenciando, por tanto, el propio testamento, que es documento público, el error de la Sala» (motivo 1.º; rdo 7.º). El Tribunal Supremo, que entiende que cuando Nicolás otorgó su testamento de 11.04.1915, su capacidad «no estaba afectada de falta de cabal juicio que permita declarar la nulidad de dicho solemnísimo acto» (cdo 2.º) y que se ha infringido el artículo 673 CC (cdo 5.º), casa (Fallo).

– *STS 08.03.1929 (Pte. Excmo. Sr. D. Diego Medina; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 41)*

HECHOS: Juan García Lobato (adjudicatario), único postor y rematante en la subasta judicial, habiéndosele adjudicado cinco fincas rústicas que formaban parte del cortijo de Alcachofar, demanda a Juan Carrillo Díaz (ejecutante; acreedor) y a Francisco, José y Miguel Sánchez Orellana (deudores de Juan Carrillo Díaz; ejecutados), pidiendo que se declaren «nulas y sin ningún valor ni efecto, la subasta y venta de las

cinco fincas rústicas» (venta judicial) y su condena *in solidum* a la devolución de ciertas cantidades (devolución de 11.755 pesetas con 67 céntimos pagado en concepto de precio, y su interés legal, y pago de los gastos ocasionados, lo que ascendían 1.673 pesetas con 39 céntimos). Había sucedido que el adjudicatario Juan García Lobato, al mes de poseer las fincas adquiridas en la subasta judicial, se quedó sin su posesión, porque su dueño y poseedor era José Sánchez Becerra (un tercero). Esto es, en la subasta pública se habían enajenado unas fincas que no eran propiedad de uno de los deudores (en concreto, del deudor Miguel Sánchez Orellana). Todo lo anterior en el rdo 1.º

En primera instancia no se estima la demanda del adjudicatario Juan García Lobato y se absuelve a los demandados (al ejecutante y a los ejecutados). *En segunda instancia* se confirma la sentencia de primera instancia. Lo anterior en el rdo 6.º

El adjudicatario Juan García Lobato recurre en casación y alega, entre otras cosas, «infracción [...] [de] los artículos 1160, 1261 en relación con el 1300, 1303 y 1895 y los 1265, 1266, 1274 y 1275, en relación con los 1445 y 1461, todos ellos del Código civil, en cuanto [...]; que el consentimiento se viola por error cuando éste recae sobre la sustancia de la cosa o sobre las condiciones de la misma que hubiesen dado motivo a celebrarle; [...]» (motivo 1.º; rdo 7.º); e incongruencia de la sentencia de instancia, entre otras cosas, porque no se resolvió la alegación de que había habido dolo (la demanda «también [se funda] en el vicio del consentimiento ocasionado por el dolo causante empleado por el demandado D. Juan Carrillo [ejecutante; acreedor], quien como actor en el juicio ejecutivo, puso en juego insidiosas maquinaciones que dieron lugar a la celebración de la subasta y otorgamiento de la escritura de venta con las fundamentales inexactitudes que han determinado su ineficacia en cuanto a la transmisión de los bienes vendidos», invocándose «en los fundamentos de derecho las disposiciones contenidas en los artículos del Código civil, que definen el dolo y califican y determinan sus efectos jurídicos de anulación del contrato [...]»; motivo 4.º; rdo 7.º).

El Tribunal Supremo estima que hubo error, pues el adjudicatario Juan García Lobato no sabía que el vendedor no era dueño (cdo 3.º) y desestima el dolo, pues el ejecutante [Juan Carrillo Díaz] es tercero en la compraventa celebrada entre el ejecutado Miguel Sánchez Orellana (uno de los ejecutados) y el adjudicatario (Juan García Lobato) (cdo 4.º). El Tribunal Supremo casa la sentencia (Fallo).

– *STS 16.01.1930 (Pte. Excmo. Sr. D. Mariano Avellón; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 47)*

HECHOS: «Se celebró compraventa de un motor (y otros elementos) cuyo fin era la puesta en movimiento de las dos piedras de que constaba el molino en el que iba a instalarse. El comprador se obligó a pagar el precio en tres plazos, y el vendedor (constructor) garantizó la buena calidad de los materiales, así como el funcionamiento de la máquina. Sin embargo, dicho motor, que parece que coincidía con el pactado (no es un dato claro), no era apto para el fin del contrato: carecía de la suficiente fuerza para poner en funcionamiento el molino. El comprador no pagó el precio. El vendedor

le demandó y suplicó el pago del precio e intereses legales. El comprador reconvino y pidió la declaración de nulidad o de «rescisión» del contrato, e indemnización por daños y perjuicios.

El Juez de primera instancia estimó la demanda (pago del precio) y desestimó la reconvencción. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo casó: declaró resuelto el contrato de compraventa, si bien no estimó la indemnización por daños y perjuicios»⁶.

- STS 23.02.1934 (no consta el ponente de la sentencia; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núms. 278 y 278 bis)

HECHOS: M.F.A. era sucesora universal de su padre (por testamento de fecha 10.04.1912) y persona de «pobreza de ánimo y debilidad [sic] mental», y C.A., actuando por orden y cuenta de F. B., y a fin de obtener el caudal hereditario que correspondía a M.F.A., se prevaleció de esa «pobreza de ánimo y debilidad [sic] mental» y la hizo creer, «por medio de una correspondencia insistente y continúa, que los inmuebles de la herencia no estaban inscritos en el Registro de la Propiedad [...] a nombre del causante, lo que le constaba que no era cierto, y que serían necesarios largos y dispendiosos pleitos para que» M.F.A. (la heredera) «lograra la posesión de su haber hereditario». Sugestionándola «mediante tales maquinaciones», C.A. consiguió que M.F.A. (la heredera) cediera (vendiera) a F.B., en escrituras públicas de 14.01.1926 y 16.01.1926, «todos los derechos que le correspondían como heredera de su padre natural, [...] incluyendo las rentas e intereses vencidos y no entregados a la vendedora por el precio de 17.000 pesetas», cuantía «inferior en mucho más de la mitad a su real y verdadero valor». Todo lo anterior en el cdo 1.º de la segunda sentencia (RJ 278 bis).

El marido de M.F.A. (de la vendedora) demanda a F.B., alegando, entre otras cosas, que el contrato de venta de los derechos hereditarios lo celebró su esposa por el dolo sufrido, siendo el mismo nulo. *En primera y en segunda instancia* se desestima la demanda, y el Tribunal Supremo casa por incongruencia (RJ 278, primera sentencia). En su segunda sentencia (RJ 278 bis), el Tribunal Supremo estima en parte la demanda de la vendedora, y considera que el consentimiento de M.F.A. se encontraba viciado, por lo que se produce la nulidad de la venta (cdo 2.º y 3.º de la segunda sentencia, RJ 278 bis).

- STS 26.04.1940 (no consta el ponente de la sentencia; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 411)

HECHOS: A.D. pide a la sociedad *Fomento de la vivienda X* un anticipo de 50.000 pesetas a cuenta de unos terrenos que A.D. iba a vender a la sociedad *Coope-rativa de Casas Baratas Z*. En documento privado de 12.06.1929, *Fomento de la vi-*

⁶ Reproduzco el extracto que de esta STS 16.01.1930 hice en FENOY PICON (1996) pp. 393-394.

vienda X accede a la petición de A.D., estableciéndose que, en su día, *Fomento de la vivienda X* retendría esa suma de 50.0000 pesetas del precio de la venta de los terrenos que A.D. concertaba con la *Cooperativa de Casas Baratas Z*. Por otra parte, *Fomento de la Vivienda X* había estado en negociaciones con la *Cooperativa de Casas Baratas Z* para llevar a cabo la construcción en los terrenos que esta última adquiría de A.D. y cuyo destino era la construcción de hoteles. Sin embargo, resultó prohibida la construcción de hoteles por lo que *Cooperativa de Casas Baratas Z* resolvió la compraventa celebrada con A.D. Todo lo anterior en los cdo 2.º, 5.º y 6.º

Fomento de la vivienda X demanda a A.D. y le reclama el pago de 50.000 pesetas. A.D. reconviene y pide la nulidad del contrato. En segunda instancia se estima válido y eficaz el contrato celebrado, y se desestima la reconvención y se condena a A.D. Lo anterior en el resumen del *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi* y cdo 1.º A.D. recurre en casación y alega, entre otras cosas, infracción de «los artículos 1865 [sic; 1265], 1269, 1270 y 1282» CC, pues considera que el contrato «debe ser estimado nulo por haber mediado dolo imputable a dicha Sociedad actora «Fomento de la Vivienda X»» (cdo 1.º). El Tribunal Supremo, que entiende que no hubo dolo, no casa.

– *STS 25.05.1945 (Pte. Excmo. Sr. D. Mariano Miguel y Rodríguez; Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Jurisprudencia civil, núm. 99)*

HECHOS: Asunción Valdés Abogín (sobrina; Asunción) demanda a José y a Máximo (este en rebeldía) sobre nulidad de testamento. Asunción Valdés García (tía; Asunción V. G.) no tuvo hijos de su matrimonio, «debido a lo cual, sin duda profesó durante toda su vida gran cariño a su sobrina y ahijada» Asunción «que ocupó a su lado el lugar de una hija, y en cuya compañía vivió más de veinticinco años» y «[p]reocupada por el porvenir de la sobrina [Asunción], la tuvo presente en sus disposiciones testamentarias, que fueron varias: cuatro testamentos» (rdo 1.º). Son «hechos ciertos y demostrativos del dolo anulatorio, los siguientes: a) Que el testamento cuestionado [el de 05.10.1939], en el que ni siquiera se confirmó una simple manda a doña Asunción [...] [sobrina] que era el amor más caro de la causante [Asunción V. G.] y a quien ésta tenía nombrada heredera suya en testamento de fecha anterior [de 02.09.1939] próxima á de aquél [el de 05.10.1939], se otorgó en ocasión de encontrarse la demandante [Asunción] procesada, presa y presuntamente afecta a responsabilidades políticas, mientras que el instituido como único y universal heredero [José] era el Abogado que técnicamente dirigía con sus consejos a la testadora [Asunción V. G.] y a quien ésta había conocido poco antes; b) Que, prevalido don José [...] de la confianza que a doña Asunción [...] [V. G.] inspiraba como Abogado y consejero, y de la situación de ánimo de la misma al ver reducida a prisión y sometida a procedimiento penal y de responsabilidades políticas a su mencionada sobrina [Asunción], a pretexto de evitar que ésta, heredera de su tía conforme al testamento de 2 de septiembre de 1939, pudiera verse privada de los bienes de la herencia por virtud de los procedimientos que

se le seguían, indujo a la testadora [Asunción V. G.] a dejar sin efecto el aludido testamento [de 02.09.1939] y a instituirle heredero a él [José], prometiéndola engañosamente [a Asunción V. G.] que haría llegar los bienes de la herencia, o su valor, a poder de aquélla [de su sobrina Asunción] cuando las circunstancias lo permitiesen, soslayando así el peligro que los indicados procedimientos representaban y cumpliéndose el deseo, en todo momento manifestado, de que su patrimonio fuese para su sobrina [Asunción]; c) Que por ello era indudable que la testadora [Asunción V. G.] fué víctima de una insidiosa maquinación, obra del heredero instituido, que vició su consentimiento» (cdo 1.º).

En su demanda, Asunción pide, entre otras cosas, que el testamento de 05.10.1939 otorgado por Asunción V. G. en el que instituye heredero único y universal a José y legatario a Máximo es nulo (art. 673 CC); que el testamento de 02.09.1939 otorgado por Asunción V. G. en el que instituye única y universal heredera a Asunción no ha sido revocado por el testamento de 05.10.1939 y debe considerarse subsistente; que José y Máximo han de entregar a Asunción lo que hubieren recibido por el testamento de 05.10.1939; que José debe ser removido del cargo de albacea contador-partidor nombrado en el testamento de 02.09.1939 (rdo 1.º).

En primera instancia se estima la demanda de Asunción (rdo 5.º). José interpone recurso de apelación y *en segunda instancia* se confirma la sentencia de primera instancia *en lo que ha sido objeto de la apelación* (rdo 6.º).

José recurre en casación y «discute [...] la apreciación de la Sala de instancia de las pruebas que han servido a la misma de base para estimar la existencia del dolo en el otorgamiento del testamento de la causante doña Asunción [V. C.] [...], y refiriéndose [José] a la declaración de dos de los testigos, prescindiendo de los demás elementos que integran el conjunto probatorio, acusa a la sentencia recurrida de incidir en error de derecho al apreciar las pruebas con infracción del artículo 1248 del Código civil, sin tener en cuenta que *la índole admonitoria de este precepto no puede hacerse útil para la casación, según con insistencia tiene declarado esta Sala*» (motivo 1.º; cdo 3.º). El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

– *STS 06.11.1948 (Pte. Excmo. Sr. D. Celestino Valledor; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 233)*

HECHOS: El cajero (sobrino) de una sucursal de una entidad bancaria distrajo «fondos confiados a su custodia» y los directivos de la sucursal, «aprovechando la circunstancia de depresión de voluntad en que se hallaba el demandante, tío carnal del Cajero, le ilusionaron con el señuelo de que el sobrino iba a continuar en su empleo, pero para ello era preciso, como mera fórmula, una garantía de su gestión», convenciéndole para que firmara el 03.03.1941 «un carta, habilidosamente redactada, de afianzamiento personal de la cuestión anterior y posterior a dicha fecha». «[C]ontinuando el plan emprendido y la maquinación empleada, los directivos [...] trasladaron» al tío del cajero «precipitadamente y a hora intempestiva, a una Notaria» el

21.03.1941, en donde «firmó una escritura de reconocimiento de deuda o descubierto del Cajero y gastos por la suma de pesetas 65.293,33, obligándose a satisfacerla al Banco e hipotecando en garantía del pago 17 fincas». Todo lo anterior en el cdo 2.º. El tío del cajero demanda al banco y pide la nulidad de la carta de fianza y de la escritura hipotecaria y la de las inscripciones registrales (rdo 1.º).

En primera instancia se desestima la demanda (rdo 4.º). En segunda instancia se estima la apelación interpuesta por el tío carnal y se declaran nulas la carta de fianza y garantía y la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca, así como la de las oportunas inscripciones registrales (rdo 5.º). El banco recurre en casación y alega, entre otros motivos, aplicación indebida del artículo 1269 CC (rdo 6.º). El Tribunal Supremo considera que el consentimiento del tío carnal fue viciado por dolo grave (cdo 6.º), y no casa (Fallo).

– *STS 06.06.1953 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan Serrada Hernández; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 1658)*

HECHOS: El 08.02.1943 se celebra compraventa (contrato privado) de un edificio sito en Valencia, tomando el comprador (A.L.S.) su posesión y, llegado el momento en que dicho comprador debía pagar el resto del precio, este no lo hace. El vendedor (E.A.V.) demanda al comprador y pide la declaración de que la compraventa es válida y tiene plena eficacia jurídica y que el comprador está obligado a pagarle 70.000 pesetas en concepto de resto de precio, y que se le condene a ello; además, una vez hecho el pago, el vendedor viene obligado a otorgar escritura pública de compraventa. El comprador reconviene y señala que el objeto de la compraventa es un edificio que en el momento del contrato no tenía existencia legal, que se había dicho que el edificio estaba libre de cargas, teniéndolas muy importantes, y que no sirve para los fines que los compradores querían dedicar la finca, resultando que se obró con dolo y el contrato con los vicios de error y dolo por lo que el contrato era inexistente. Todo lo anterior en el resumen de hechos del *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi* y cdo 1.º.

*En primera instancia se estima la demanda del vendedor y desestima la reconvencción del comprador. En segunda instancia se desestima la demanda del vendedor y estima la reconvencción del comprador (se entiende que hubo error del art. 1266 CC en el consentimiento del comprador). Todo lo anterior en el resumen de hechos del *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*; vid. además cdo 3.º*

El vendedor recurre en casación y alega, entre otras cosas, «violación e interpretación errónea del artículo 1300 en relación con el 1261, 1265, 1266 y 1303 del Código Civil, por entender que el comprador que visitó y reconoció el edificio pudo apreciar sus condiciones y debían serle conocidas las disposiciones administrativas que dieron lugar al plan de ensanche de la población, que no se han llevado a la práctica, ni se tiene la certidumbre de cuándo se realizarán las obras del mismo y que en todo caso no le originarían perjuicio alguno porque percibiría el precio pericial que en su

día se acordase y aun cuando reconoce que perseguía la finalidad de establecer una nueva industria, este propósito podía ser modificado; sin que pueda tener influencia alguna en el contrato de 8 de febrero de 1943, el hecho posterior de haber tenido que renunciar el vendedor al valor de las obras ejecutadas sin licencia cuando proceda la expropiación y a que el gravamen se inscriba en el Registro de la Propiedad, que puedan originar otras acciones, sin invalidar el contrato» (motivo 2.º; cdo 3.º). El Tribunal Supremo no casa.

– *STS 03.07.1954 (Pte. Excmo. Sr. D. Mariano Miguel y Rodríguez; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 1884)*

HECHOS: María G. B. (finca «Estanque del señor Berta») y Narciso S. V. (finca «Estany de Elías»), al tener dudas sobre los límites de sus fincas colindantes, convienen «atenerse para llevarla a cabo [la delimitación] a cuanto respecto al particular se indicaba en la escritura de establecimiento otorgada por los Procuradores del Duque de M., Conde de A., en 13 de diciembre de 1763 a favor del Doctor Don Andrés E. R., de quien traía causa el don Narciso S.» (cdo 1.º). El 29.01.1947 se otorga escritura pública de deslinde con base al contenido de la escritura de 13.12.1763, surgiendo la discrepancia entre los otorgantes de la escritura de 1947 (entre María y Narciso) «sobre el concreto extremo de haberse hecho constar en la escritura de deslinde que «la riera –o acequia– de Pedret», con la que según aquel viejo título lindaba al Este la finca de don Narciso S., era la llamada actualmente «Rech del Mitg» de cuya falta de identidad, afirmada por la demandante doña María G., y también en la sentencia contra la que el presente recurso está interpuesto, dedujo aquella [María] su acción de nulidad del contrato de deslinde y del que como complementario del mismo hicieron constar los propios contratantes en el documento privado de igual fecha, fundándose la actora [María] en la alegación de haber prestado su consentimiento por error al que había sido inducida por maquinaciones y dolo imputables al demandado [Narciso]» (cdo 2.º). En su demanda, María pide, entre otras cosas, que se aprecie la existencia de dolo por parte de Narciso, el cual le indujo a error y a contratar, la nulidad del convenio celebrado entre María y Narciso por error en el deslinde acordado, culpabilidad de Narciso, y la condena de Narciso a restituir a María el terreno poseído por Narciso, consecuencia de lo convenido (lo anterior del resumen de hechos del *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*).

En primera instancia se estima en parte la demanda de María, declarándose la nulidad del contrato, condenándose a Narciso «a la entrega de la zona de terreno que transaccionalmente se atribuyó con los frutos producidos». *En segunda instancia* se confirma íntegramente la sentencia de primera instancia. Lo anterior, del resumen de hechos del *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*. Narciso recurre en casación. El Tribunal Supremo no casa.

- *STS 08.02.1955 (Pte. Excmo. Sr. D. Saturnino López Peces; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 47; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 342)*

HECHOS: Ramón (tío) adquiere en 1924 y por herencia de su hermano Gaspar una serie de fincas sitas en Orihuela. Luis (sobrino) demanda a su tío Ramón, señalando, entre otros hechos, que el 31.10.1949 su tío Ramón otorga poder especial a Mariano (Mariano) y «haciendo uso el mandatario, [...] Mariano [...], de las facultades comprendidas en el poder reseñado anteriormente [de 31.10.1949], concedió, en representación de su mandante [...] Ramón [...], al actor [Luis], su sobrino, y a sus herederos «el derecho de adquirir en compra para sí o para la persona que designe, y por el precio respectivamente señalado como valor de las cuatro fincas descritas en la exposición de dicha escritura, libres de cargas y al corriente en contribución y con todos sus derechos y usos anejos, comprometiéndose a venderlas a dicho señor [Luis] o a la persona que durante el plazo de siete años a contar de dicho día, todas o algunas de las indicadas fincas en sus respectivos precios»» (esta opción de compra se celebra en escritura pública el 15.11.1949). Luis demanda a Ramón y suplica, entre otros extremos, la declaración de que ejercitó «en tiempo oportuno y forma legal» la opción de compraventa, quedando perfeccionada la compraventa, y la condena a Ramón a que otorgase la correspondiente escritura pública de venta (de la participación del 98% de las fincas) a favor de Luis, así como la entrega de ese 98%. Todo lo anterior en el rdo 1.º

Ramón se opone a la demanda y entre otros hechos señala, que él no llevaba personalmente las fincas «pues prefería darlas en arrendamiento», habiéndose «prorrogando sucesivamente» los arrendamientos y que, «desde antiguo había permanecido en el disfrute de sus facultades dominicales sobre dichas fincas, hasta finales de 1948», época en que su sobrino Luis intensifica «el trato con él», injeriéndose «en las interioridades de la administración de éste [de Ramón], pudiéndose apreciar su deliberado propósito [el de Luis] de llegar a ser el dueño único y exclusivo de la fortuna de su tío», pretendido «actuar como persona que supliera las deficiencias que por razón de su edad tenía el demandado [Ramón], comenzando a precaver a [...] Ramón, primeramente de una manera suave y después con creciente intensidad, contra los arrendatarios de las fincas bajo el pretexto de que éstos satisfacían unas rentas que calificó de ridículas» e «incluso le propuso que podría desahuciar a los colonos y cultivar él directamente las fincas, a cuya pretensión se opuso el demandado [Ramón]; pero siguiendo en su actitud y propósito el actor [...] Luis [...], llegó a triunfar en su empeño, y desde entonces se podía decir que [...] Ramón fué una persona que obedecía ciegamente cuanto le sugirió su sobrino», y «lo primero que consiguió» Luis fue que el 19.01.1949 Ramón «le otorgase un poder general para administrar todos su bienes raíces y para representarlo en toda clase de juicios y procedimientos». Obtenida la administración de todas las fincas de Ramón, Luis forma «el plan para que en su día fueran las fincas de su propiedad exclusiva, y que el ideal era que el cultivo directo se hiciese por una Sociedad formada por él [Luis] y su tío [Ramón]», consiguiendo

que Ramón otorgase el 18.04.1949 «escritura de mandato en la que confería al mandatario [Luis] facultades para constituir en las condiciones que estimase más convenientes, juntamente con [...] Luis, una Sociedad mercantil en forma colectiva, limitada o anónima, para la explotación directa, en arrendamiento o bajo cualquier otra modalidad de las fincas a que se contraía la demanda», justificando «los términos literales de dicho poder [...] mejor que nada hasta qué punto había llegado la captación de voluntad de [...] Ramón por su sobrino [Luis] para hacerle otorgar ese mandato por el que se despojaba en absoluto de todas sus facultades dominicales respecto de sus fincas de Orihuela, como si fuesen para él una carga, y por ello el demandado [Ramón] había puesto en manos de [...] Luis un grupo de fincas que valían más de seis millones de pesetas», y «de este modo y con esos poderes llegó a tener el demandante [Luis] en su poder la inmensa mayoría de la fortuna de su tío [Ramón] para poder tomar posesión de la misma en el momento oportuno, y lo único que le estorbaban para ello eran los arrendatarios de Orihuela [...]». Además, Luis consiguió «de su tío [Ramón] que otorgarse escritura confiriendo mandato a una persona que él [Ramón] no conocía en absoluto, pero que sí era conocida del demandante [Luis] o de [...] Faustino García Moncó, que era el anterior mandatario, o sea de [...] Mariano [...], [...], y mediante escritura pública otorgada» el 17.10.1949, «se concedió poder al último [a Mariano]» para que, entre otras cosas, hiciera una donación pura hasta del 5% de varias fincas a Luis y concediera a Luis un derecho de opción de compra sobre el restante 95% de las fincas durante siete años. «[D]ías después», Luis hizo que su tío revocase el anterior poder de 17.10.1949 y otorgase el 31.10.1949 otro poder a Mariano [...] en el que, en relación con el anterior poder de 17.10.1949, liberaba al mandatario Mariano «de que tales ventas las verificase por el precio [...] señalado en el poder de» 17.10.1949 y dando un paso más en beneficio de [...] Luis» facultaba al mandatario Mariano «para que esas enajenaciones las realizase por los precios que le pareciese bien y que fuesen recibidos o confesados por el propio mandatario [Mariano]». Que «la presión que sobre la voluntad de [...] Ramón se venía ejerciendo» por parte de Luis continuó y el 27.12.1949 logró que Ramón otorgase otro poder a Mariano, autorizándole para «hacer donación pura, perfecta o irrevocable» a Luis de la finca Someuela, y si no hiciera donación de toda la finca, pudiera conceder a Luis un derecho de opción de compra con una duración de seis años. E incluso el 14.06.1950, Luis consigue que se le concediese un poder más especial «en orden a pleitos y desahucios o procedimientos de cualquier índole que el mandante [Ramón] tuviese, o pudiera tener, desistimientos, transacciones y para firmar los documentos precisos, sometiendo las cuestiones que surgieran a árbitros o amigables componedores». Estando así las cosas, Ramón «anuló» todo lo convenido con Luis y lo que había hecho a instancias de Luis «por estar convencido [...] de que había perdido en absoluto su personalidad y voluntad», tomando «las relaciones entre tío y sobrino [...], a partir de entonces, cauces muy distintos» y Ramón terminó «por ver claro todo lo que antes se le había ocultado y su sobrino [Luis] le había engañado haciéndole creer cuanto quiso». Ramón suplica

la desestimación total de la demanda de Luis y su absolución. Todo lo anterior en el rdo 3.º

Además, Ramón reconviene y pide, entre otras cosas, la declaración de nulidad de la escritura de mandato a Mariano de 31.10.1949 y la de la escritura de la concesión de la opción de compra a favor de Luis, la nulidad de los actos e instrumentos que en la reconvencción pide y la de las donaciones de las participaciones de las fincas que Mariano hizo a favor de Luis, así como la nulidad de cuantos demás actos de disposición o gravamen hubiese hecho Luis sobre la base de las escrituras cuya anulación solicita, y que Luis le indemnice los daños y perjuicios. Todo lo anterior en el rdo 3.º

En primera instancia se estima en esencia la demanda de Luis. Se señala, entre otras cosas, que Luis ejerció oportuna y legalmente la opción de compra celebrada el 15.11.1949 y por la participación del 98% de las fincas, condenándose a Ramón al otorgamiento de la escritura pública de venta de la participación de dicho 98% de las fincas a favor de Luis. Se desestima totalmente la reconvencción de Ramón. Todo lo anterior en el rdo 7.º

Ramón interpone recurso de apelación. *En segunda instancia* se revoca la sentencia de primera instancia y se absuelve a Ramón de la demanda de Luis, y en cuanto a la reconvencción de Ramón, entre otros extremos, se condena a Luis «a estar y pasar por la nulidad de las escrituras de 31 de octubre, 10 y 27 de diciembre de 1949, nulidad que se declaraba, así como las escrituras que en virtud de estos poderes hubiese otorgado el mandatario [...] Mariano», absolviéndose a Luis de la indemnización de perjuicios. Todo lo anterior en el rdo 8.º

Luis interpone un extenso recurso de casación (consta de ocho motivos de casación con amplias explicaciones). En lo que interesa, Luis alega aplicación indebida de los artículos 1261, 1269, 1270, 1274, 1275, 1276 y 1277 CC y doctrina legal de una serie de sentencias (motivo 3.º) y aplicación indebida de los artículos (entonces vigentes) 4.º, 1249, 1253 y (artículo que continúa vigente) 1256 CC y doctrina legal de una serie de sentencias (motivo 4.º). Todo lo anterior en el rdo 9.º El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

- *STS 18.06.1955 (Pte. Excmo. Sr. D. Saturnino López Peces; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 259)*

HECHOS: El 01.03.1945 (si bien se hace constar verbalmente que regiría desde el 01.02.1945) Teresa, propietaria de unos locales comerciales, celebra un arrendamiento con Antonio por 60.000 pesetas cada año y pago por meses anticipados (5.000 pesetas mensuales). En virtud de dicho contrato, Antonio paga a Teresa desde el 01.02.1945 hasta el 31.12.1945 un total de 55.000 pesetas. Además, en aquel acto de otorgamiento del arrendamiento, Antonio paga a Augusto (apoderado de Teresa) 15.000 pesetas que Augusto exige en concepto de gratificación y «alegando que ser ésta la costumbre en Barcelona, para los administradores que intervenían en el contrato». Ahora bien, al anterior arrendatario del local (Teodoro) le habían embargado los

derechos de traspaso y prórroga del local por su acreedor *Fortuny, S.A.*, embargo notificado judicialmente a Teresa y esta no podía celebrar el arrendamiento con Antonio, porque Teodoro no podía desvincularse del arrendamiento con Teresa sin consentimiento del acreedor *Fortuny, S.A.* Al apoderado Augusto le constaba que no podía celebrarse el arrendamiento con Antonio. Finalmente (el 20.04.1945), el local del negocio se clausura y precinta por la quiebra de Teodoro. Durante las negociaciones entre Teresa y Antonio para el contrato de arrendamiento, Antonio dudó, por el existente obstáculo legal, y se forja la renuncia a la prórroga del arrendamiento por Teodoro para inducir a Antonio a la celebración del contrato (renuncia ilegal). Antonio demanda a Augusto y Teresa y suplica, entre otros extremos, que se declare inexistente el contrato por el dolo de Augusto y Teresa, procediendo a su anulación, e indemnización de daños y perjuicios que fija en 164.283,50 pesetas, a pagar solidariamente por Augusto y Teresa. Para todo lo anterior el rdo 1.º y cdo 2.º

En primera instancia se declara «que por la imperfección del contrato de arrendamiento y la falta de consumación que supone el que el inquilino [Antonio] no pudiera usar el local arrendado, usual y normalmente, condenaba a que el señor Supervía [Augusto] devolviese al señor Alomar [Antonio], la cantidad de 15.000 pesetas percibidas indebidamente, lo que constituía un grave abuso y a que la señora Almirall [Teresa] devuelva al mismo [a Antonio] la cantidad de 55.000 pesetas, por alquileres percibidos», desestimándose el resto de la demanda (rdo 6.º). Augusto y Teresa recurren en apelación. *En segunda instancia* se condena a Augusto a que pague a Antonio 15.000 pesetas, absolviéndole del resto de la demanda, y se desestima totalmente la demanda respecto de Teresa (rdo 7.º).

Antonio recurre en casación y alega, entre otras cosas, error de derecho en la apreciación de las pruebas (motivo 2.º) y violación de los artículos 1269 y 1270 CC (motivo 3.º; en el rdo 8.º, este motivo 3.º aparece como motivo 4.º). El Tribunal Supremo, que entiende que sí hubo dolo de Teresa (cdo 2.º), casa (Fallo).

– *STS 04.12.1956 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Eyré Varela; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 748)*

HECHOS: Por contrato privado firmado el 31.06.1947, Salvador adquiere de Antonio Borrego Cabeza (Antonio B.; vendedor) un camión Ford, matrícula de Granada, número 3917. Como fiador de la obligación de Salvador y avalista de las letras de cambio, interviene Antonio Ranca Fortes (Antonio R.), «padre político del señor España [Salvador], quien comprometió en dicha compraventa bienes inmuebles de su propiedad». Por otro lado, «el camión [...] adquirido por el señor España [Salvador] del señor Borrego [Antonio B.] no llegó al primero, como parecía deducirse del mismo, a virtud de una transmisión directa, sino que le fué cedido por el otro demandado el señor Carmona [José Carmona Recio; José] en tres etapas distintas». Entregado el camión, resultó que este no tenía en regla el permiso de conducir y adolecía de ciertas deficiencias (entre otras, tenía un motor distinto). Salvador (comprador) y Antonio R.

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

(fiador y avalista) demandan a José (cedente del camión) y Antonio B. (vendedor), suplicando, entre otros extremos, la declaración de nulidad de la compraventa y la declaración de nulidad del contrato de cesión de derechos sobre el camión celebrado entre José (cedente) y Salvador (comprador) y Antonio R. (fiador y avalista). Formulan reconvencción José (cedente) y Antonio B. (vendedor), pidiendo la condena de Salvador (comprador) y a Antonio R. (fiador y avalista) al pago de ciertas cantidades. Todo lo anterior en los rdo 1.º y 2.º.

En primera instancia se declara la nulidad *de la compraventa*, se condena a las oportunas restituciones, y se condena a Antonio B. (vendedor) al pago de ciertas cantidades; también se declara nulo *el contrato celebrado entre Salvador (comprador) con José (cedente)* y se condena a José (cedente) al pago de ciertas cantidades; se desestima la reconvencción de José (cedente) y Antonio B. (vendedor). José (cedente) y Antonio B. (vendedor) recurren en apelación. *En segunda instancia* se confirma la sentencia. José (cedente) y Antonio B. (vendedor) recurren en casación y alegan, entre otros motivos, infracción por aplicación indebida de los artículos 1269 y 1270 CC (motivo 4.º). Todo lo anterior en los rdo 4.º, 5.º y 6.º El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

— *STS 25.11.1960 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Rodríguez Varcancel; Repertorio de jurisprudencia de Aranzadi, núm. 3766)*

HECHOS: El 03.05.1950, Marcelino (el padre) vende en escritura pública la Casería Amuchástegui-Zarra a Pedro y José Antonio (compradores). Con anterioridad, el 19.09.1946, el padre y el hijo habían pactado la conservación del Caserío. Mariano (el hijo) demanda a Marcelino (el padre), José Antonio, y Pedro (compradores) y pide la nulidad de la venta del Caserío y la de su inscripción en el Registro de la Propiedad, alegado, entre otros fundamentos jurídicos, «los preceptos del Capítulo VI, Título II, Libro IV, artículos 1300 y siguientes del expresado Código [civil]».

En primera instancia se desestima la demanda. *En segunda instancia*, se revoca la sentencia y estima la demanda (se declara la nulidad de la venta, además de otros extremos), «no por los motivos de nulidad alegados, sino por entender la Sala sentenciadora [de segunda instancia] que la discutida venta, por ser efectuada por un precio irrisorio y hallarse además vinculado el citado Caserío a las Capitulaciones matrimoniales otorgadas entre el vendedor y su hijo el demandante» el 19.09.1946, «que imponían la conservación de la finca, de vital importancia para ordenar la vida familiar convenida en aquéllas, fue realizada con manifiesto abuso de derecho; sin estar amparados los compradores por la buena fe registral por tener conocimiento de las condiciones en que se verificó la adquisición, aprovechándose de las desavenencias entre los señores E., padre e hijo» (cdo 2.º de la primera sentencia).

El hijo (Mariano) recurre en casación y en el motivo 1.º del recurso alega ««infracción, por inaplicación indebida, del principio jurídico que prohíbe el abuso de derecho, reconocido en la jurisprudencia», y en especial, en la sentencia de 19 de fe-

brero (sic) de 1944». El hijo (Mariano) argumenta «que la Sala de instancia [...] no tuvo en cuenta los requisitos exigidos por aquélla para la debida aplicabilidad de la teoría del abuso del derecho, pues el interés del demandante derivado del contrato de Capitulaciones matrimoniales está protegido de manera específica por todas las normas jurídicas que vinculan a los contratantes y les compelen al cumplimiento de lo pactado, y sobre todo habida cuenta de la cláusulas quinta del aludido contrato, que reduce los derechos del hijo a lo que expresa si por cualquier causa la convivencia no fuera posible en el Caserío entre el padre y el matrimonio proyectado y su futura descendencia» (cdo 3.º).

El Tribunal Supremo estima dicho motivo 1.º del recurso de casación interpuesto por el hijo (Mariano) y dicta segunda sentencia y considera que hubo dolo causal y grave, y declara la nulidad, además de pronunciarse sobre otros extremos (cdo 1.º de la segunda sentencia).

- *STS 22.02.1961 (Pte. Excmo. Sr. D. Joaquín Domínguez de Molina; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 127)*

HECHOS: *De entre los hechos que, según alega, en su amplia exposición (no del todo clara que sería de desear) Enrique (el demandante):* a) «desde 1943 hasta 1949, estuvo bajo la influencia de un estado de enajenación mental que si al principio fué soportado en su propia casa, después fué necesario su internamiento en un sanatorio de los destinados a esta clase de enfermedades», abarcando el primer periodo, el de su propia casa de Cortiñas «en donde estuvo recluso y privado de relación con la vecindad», desde octubre de 1943 hasta 1947, y el segundo periodo, «desde su salida de Cortiñas e ingreso en el sanatorio psiquiátrico [...], de Vigo, hasta su alta»; en suma, que «desde octubre de 1949 el demandado [*sic*; demandante Enrique] estuvo incapacitado para regir su persona y verificar actos con eficacia jurídica»; b) «dado de alta, el demandante [Enrique] vino en conocimiento de que durante su privación de normalidad cerebral, en el mes de julio de 1947, se simuló una escritura de enajenación de bienes»; c) que «por los hechos anteriores quedaba cumplidamente demostrado cuál era la situación mental del demandante [Enrique] desde 1943 a 1949 (fecha del alta por el médico)», algo que robustecía otros hechos; d) «una vez recuperada la salud por el demandante [Enrique] fue dándose cuenta de todo lo que por el demandado [Braulio] y sus «colaboradores» se había hecho, aprovechando la inferioridad» de Enrique «por su dolencia» y en la escritura de 22.07.1947 se decía que se vendían unas fincas por 50.000 pesetas; e) que los bienes «no estaban en poder del demandante [Enrique], sino de don Alejandro [...], quien proclamaba en la escritura [...] que los había venido poseyendo y detentando sin apoderamiento alguno»; f) el demandante [Enrique] se enteró «[q]ue su cuñado estaba procesado en el mismo Juzgado» y «que el seudo, adquirente y demandado [Braulio] [...] no estaba al margen de antecedentes familiares que abonasen una conducta perfecta ni mucho menos». Enrique demanda a Braulio y pide que se pronuncie «[q]ue era inexistente y

carecía de todo valor y eficacia la escritura pública de compraventa que se decía otorgada en Vigo el 22 de julio de 1947, [...], por la que aparecía el demandante don Enrique [...] enajenando las fincas que en la misma se contenían a don Braulio [...], por un simulado precio de 50.000 pesetas, dado que en la misma, ni había existido consentimiento, ni hubo causa de dicho contrato, ni tuvo realidad el precio, que no fué entregado al simulado vendedor [Enrique]»; *subsidiariamente*, que se declarase la nulidad del contrato «por adolecer el mismo de los vicios que se habían señalado, intimidación y dolo, sin que procediera, como en este caso, reintegro de cantidad alguna al demandado [al comprador Braulio], por el demandante [el vendedor Enrique], desde la incapacidad de este»; y en tercer lugar, que Braulio tenía que entregar a Enrique los bienes objeto del contrato «con los frutos debidos producir y que se produjeran desde que los mismos pudieran haber entrado en o bajo su dominio». Todo lo anterior en el rdo 1.º. Braulio opuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción y falta de legitimación (rdo 3.º).

En primera instancia se estima la excepción de incompetencia de jurisdicción y no se entra en el fondo de la cuestión litigiosa (rdo 4.º). *En segunda instancia* se desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción y las excepciones de falta de legitimación de las partes litigantes y se desestima *todos* los pedimentos de la demanda de Enrique (rdo 5.º).

Enrique recurre en casación «por no contener el fallo recurrido declaración alguna sobre las pretensiones oportunamente deducidas en pleito», pues «si bien [el Tribunal sentenciador] ha resuelto en sentido contrario al actor [Enrique] la pretensión de que fuera declarado nulo el contrato de compraventa por haberse otorgado en estado de enajenación mental, no ha resuelto en forma alguna la petición subsidiaria de que sea declarada esta nulidad por intimidación y dolo» (motivo único; rdo 6.º). El Tribunal Supremo, que entiende que Enrique no aporta prueba suficiente de que el contrato adoleciera de intimidación y dolo (rdo único), no casa (Fallo).

– *STS 20.01.1964 (Pte. Excmo. Sr. D. Emilio Aguado González; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 355)*

HECHOS: Hilario y Baldomero, entre quienes existe una sociedad civil irregular, se dedican a la especulación de terrenos para la reventa de solares o edificios construidos en ellos. Hilario y Baldomero compran a Carlos (vendedor) un terreno (contrato verbal con arras confirmatorias por cuantía de 100.000 pesetas) que respondía a su actividad profesional. Hilario y Baldomero preguntaron a Carlos si el terreno estaba afecto a expropiación (plan de ensanche) y cuantas veces le preguntaron, Carlos respondió que no. Sin embargo, inmediatamente después de la entrega de la señal, Hilario y Baldomero fueron informados de que había una expropiación sobre el terreno de 400 m² por el Proyecto de Ordenación de Canillas que fue firme el 12.12.1956 (el terreno comprado estaba afectado por la prolongación de una calle y el ensanche de otra). Esos

400 m² suponen el 20% de la extensión total del terreno, de los que Hilario y Baldomero no podían disponer, ni edificar, habiendo sido el libre aprovechamiento para la edificabilidad del terreno lo que principalmente les motivó a la celebración del contrato. Todo lo anterior en el cdo 2.º; *vid.* además el extracto de hechos del *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*.

Hilario y Baldomero demandan a Carlos. *En primera instancia* se desestima la demanda de Hilario y Baldomero y estima la reconvencción de Carlos, por lo que Hilario y Baldomero debían dar por perdida la señal de 100.000 pesetas entregada a Carlos (extracto de hechos del *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*). *En segunda instancia* se revoca la sentencia de primera instancia y se declara nula la compraventa celebrada por error del artículo 1266 CC, con la recíproca devolución de lo recibido y en concreto, con la devolución de las 100.000 pesetas como señal (extracto de hechos del *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*). Carlos recurre en casación. El Tribunal Supremo no casa (cdo 7.º).

- *STS 12.02.1965 (Pte. Excmo. S. D. Manuel Lojo Tato; Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, núm. 588)*

HECHOS: En escritura de 24.05.1958, Roberto vende un piso a la compradora Teresa. Roberto demanda a Teresa y pide su condena al cumplimiento de la compraventa celebrada. *En primera instancia* se desestima la demanda de Roberto y estima «la excepción de nulidad del contrato alegada» por la compradora Teresa. *En segunda instancia* se revoca la sentencia de primera instancia y se estima la demanda del vendedor Roberto. Todo lo anterior del resumen de hechos del *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi* y del cdo. 2.º

La compradora Teresa interpone recurso de casación y alega error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas (motivo 1.º), pues según la sentencia recurrida «de la prueba practicada recta y armónicamente valorada, no es posible apreciar el empleo de maquinaciones engañosas que inclinaran la voluntad de la demandada [la compradora Teresa] en favor de la compra del piso», y «debe advertirse: a) que la sentencia no se limita a hacer una apreciación conjunta de la prueba, sino que también analiza los fundamentales elementos probatorios que llevan a esa conclusión, y b) que la demandada [la compradora Teresa], ahora recurrente, en su escrito de contestación, continente de una reconvencción implícita, formula alegaciones más bien encaminadas a argüir la existencia de un dolo causante por parte del actor [el vendedor Roberto], citando, aparte diversas disposiciones y preceptos legales, el art. 1269 del C. Civ., pero la tesis del error no se plantea separada y adecuadamente y, en realidad la base de su defensa es, en sustancia, una maquinación engañosa por parte del vendedor [Roberto] que constituye un vicio del consentimiento por ella [la compradora Teresa] prestado» (cdo 2.º). El Tribunal Supremo, que entiende que el vendedor Roberto no actuó con dolo, no casa (cdo 6.º).

- STS 20.04.1965 (Pte. Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca; *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, núm. 3744)

HECHOS: «[L]os demás hechos que estima probados la sentencia, relativos a que el vendedor [Rufino] tenía como profesión la de constructor de obras, y que había levantado en aquélla zona varios grupos de viviendas que habían consumado la extensión edificable de la total parcela, de la que se segregó y vendió a la actora [la comprador Ignacia], el trozo sobrante al cual ya no correspondía ninguna superficie edificable; como tampoco enervan las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida, referentes a que, con anterioridad a esa compraventa, ya los organismos competentes le habían rechazado al vendedor [Rufino], planos en los que pretendía alzar edificaciones en aquellas parcelas sobrantes; es decir, que tales documentos, no demostraban que no eran ciertos todos esos hechos que tuvo en cuenta la Sala sentenciadora para adquirir el convencimiento de que, cuando el Sr. B. [Rufino] vendió el solar, ya sabía que no se permitiría en él ninguna construcción, y de que, a pesar de ello, le hizo ver lo contrario a la verdadera [*sic*; a la compradora Ignacia], afirmando incluso en el correspondiente documento privado, que el solar era edificable» (cdo 3.º).

La compradora Ignacia J. A. demanda al vendedor Rufino B. F. «sobre resolución de contrato de compraventa y otros extremos». *En primera instancia* se estima la demanda de la compradora Ignacia y se declara «resuelto el contrato por nulidad de compraventa del terreno pabellón a que se contrae el juicio». *En segunda instancia* se confirma la sentencia de primera instancia. Todo lo anterior en el extracto de los hechos del *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*. El vendedor Rufino recurre en casación. El Tribunal Supremo no casa.

- STS 20.12.1967 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Cantos Guerrero; *Colección legislativa de España*, núm. 798)

HECHOS: El 23.08.1961, Juan Marqués Comas (Juan) fallece, siendo M.^a de los Dolores Roig Pannon (M.^a Dolores), su viuda y universal heredera, quien acepta la herencia. En su testamento Juan dispuso un legado del Bar Bini en beneficio de Francisca Guadalupe Sáenz Ballester (Francisca). Antes de su fallecimiento, el 05.04.1961, José Pons Sala (José; prestamista) había prestado la cantidad de 150.000 pesetas a Juan (prestatario, luego causante), obligándose Juan a no vender, gravar, ni enajenar el Bar Bini⁷. Tras fallecer Juan (prestatario), José procede al oportuno procedimiento

⁷ En concreto, «en el documento privado de préstamo de 5 de abril de 1961, otorgado entre el señor Pons como prestamista y el señor Marqués Comas como prestatario, documento que obra en los autos de juicio ejecutivo ya citado, constaba otorgado lo siguiente: «En garantía del cumplimiento de las obligaciones que en éste asume el señor Marqués Comas [Juan], como titular propietario que es y declara expresamente que es del bar titulado Bar Bini, de la calle de Santañy de esta ciudad, libre que se halla de cargas y gravámenes, se obliga también a no venderlo, gravarlo ni enajenarlo en forma alguna, sujetando al mismo al cumplimiento de la referida obligación, pudiendo en consecuencia, el señor Pons, cumplido el expresado término, a tomar posesión de dicho negocio o acudiendo si preciso fuera a los Tribunales»; «Se hace

ejecutivo (reclamación de 140.000 pesetas más intereses legales) y Francisca (legataria) ejercita tercería de dominio en relación con el Bar Bini, bar que aparecía como integrante del patrimonio de M.^a Dolores (heredera) y pide el alzamiento del embargo. Todo lo anterior en el rdo 1.º *En primera instancia* se estima la tercería de dominio, declarándose que el Bar Bini, con sus dependencias, dotación y existencias eran de propiedad de Francisca, ordenándose el alzamiento del embargo (rdo 5.º).

José (prestamista) y M.^a Dolores (heredera) interponen recurso de apelación contra la anterior sentencia y además, demandan a Francisca (legataria), acordándose la acumulación de los pleitos (rdo 6.º). *En esta otra demanda* se apunta, «que como compensación de las referidas obligaciones asumidas por la señora Roig [M.^a Dolores, heredera], la demandada [Francisca, legataria] se había obligado [...] al pago al señor Pons [José, prestamista], del préstamo de 150.000 pesetas y al pago de los derechos reales de transmisión por legado del Bar Bini» y, «para la existencia de la debida constancia de lo acordado entre las señoras Roig y Pannon [*sic*], se había otorgado un contrato, suscrito por ambas» el 15.12.1962; también se dice *en dicha demanda* que, en cumplimiento del anterior contrato, Francisca (legataria) había pagado a José (prestamista) «los intereses del préstamo de 150.000 pesetas –entonces de 145.000 pesetas– y además, la cantidad de 5.000 pesetas a cuenta del capital»; y *en la demanda* se suplica, entre otras cosas, que se declare que en virtud del contrato de 15.12.1962 que Francisca (legataria) se obligó a hacerse cargo del préstamo del que era titular José (causante) y se la condenase al pago del préstamo y de sus intereses. Todo lo anterior en el rdo 7.º. Francisca, que pide la absolución de la demanda contra ella interpuesta, reconviene y entre otras cosas alega, «[q]ue el documento» de 15.12.1962, «había sido obtenido por la demandada [...], mediante maquinaciones insidiosas por lo que el mismo no podía tener efecto jurídico alguno» (rdo 9.º).

En primera instancia se estima en parte la demanda y entre otros extremos, se declara que en virtud del contrato celebrado entre M.^a Dolores (heredera) y Francisca (legataria), «esta última se había obligado al pago del referido préstamo del señor Pons [José, prestamista], y de sus intereses; se desestima la reconvencción (rdo 12.º). Tanto el acreedor del préstamo (José) y la heredera (M.^a Dolores) como la legataria (Francisca) apelan. *En segunda instancia*, y en lo que interesa, se estima la reconvencción y se declara que determinados pagos que Francisca (legataria) había hecho a José (prestamista) se hicieron por cuenta de M.^a Dolores (en concepto de heredera de Juan) y se condena a M.^a Dolores (heredera) al pago a Francisca de determinada cantidad (rdo 13.º)⁸.

constar que si llegare a término del contrato [de préstamo] no se devolviera la cantidad expresada como préstamo o éste no se renovara, podrá el señor Pons [prestamista], usar libremente de su derecho sobre el Bar Bini, incluso disponiendo del mismo y de su arrendamiento» (cursiva mía; la cláusula la transcribe el prestamista en su contestación y oposición a la tercería de dominio; resultando 2.º).

⁸ En la sentencia del Tribunal Supremo se aclara: «[...] no se da en la sentencia de instancia la incongruencia que se denuncia en los dos primeros motivos del recurso [de casación del prestamista y de la heredera] [...], ya que en su fallo ni se otorga más de lo pedido, ni se resuelve fuera de las pretensiones de las partes; lo que ocurre es que, la parte recurrente hace argumento, en contradicción con su postura en la

José (prestamista) y M.^a Dolores (heredera) interponen recurso de casación y alegan, entre otras cosas, infracción de los artículos 1249 y 1253 CC «que establecen los requisitos para la viabilidad de la prueba de presunciones, y que la sentencia recurrida ha violado, al inferir de los hechos enjuiciados que doña Francisca [la legataria] [...] suscribió el contrato el 15 de diciembre de 1962, a causa de error, primero espontáneo y después provocado; deducción carente de la necesaria base racional y lógica» (motivo 3.º; rdo 14.º); infracción del artículo 1269 CC y aplicación indebida de los artículos 1266 y 1300 CC, por considerar que el dolo procedía de tercero y no de la heredera (motivo 4.º; resultando 14.º); e infracción de la doctrina legal de las *SSTS* 21.10.1932, 14.07.1943, 23.10.1946, 16.12.1953 y 21.05.1963 y aplicación indebida de los artículos 1266 y 1300 CC (motivo 5.º), dado que el error sufrido por la legataria (Francisca) fue inexcusable, ya «que lo racional y lógico, por el contrario, hubiera sido el recabar asesoramiento de otro Letrado de su confianza [esto es, no de los letrados de la heredera], y al no haberlo hecho, se había conducido con evidente negligencia» (motivo 4.º; rdo 14.º).

El Tribunal Supremo no casa (Fallo; hubo dolo de la heredera M.^a Dolores y por ello, error provocado o inducido a la legataria Francisca).

- *STS* 28.02.1969 (Pte. Excmo. Sr. D. Manuel Lojo Tato; *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, núm. 1034)

HECHOS: *Pamor, S.A.* vende a José un piso. «[L]legado el momento del otorgamiento de la escritura pública», el comprador José «se niega a ello, alegando que en el contrato ha mediado dolo mediante el cual fue inducido a la compra del piso, pues se le hizo la indicación de que los pisos que se estaban construyendo gozaban de bonificaciones tributarias, cosa incierta en la realidad». El vendedor *Pamor, S.A.* demanda a José y pide el otorgamiento de la escritura pública, entre otras cosas. Todo lo anterior en el resumen de los hechos del *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*.

En primera instancia se estima en parte la demanda del vendedor *Pamor, S.A.* y se declara que el comprador José está obligado al otorgamiento de la escritura pública de compraventa; en cuanto a la reconvencción del comprador José, se estima en parte, declarándose «que en la escritura pública que se otorgue del contrato de compraventa

apelación, de cierta falta de claridad de que adolece la sentencia dictada el 21 de septiembre de 1965, por el Juzgado número tres de Palma de Mallorca, que es una de las dos apeladas, que se resuelven por acumulación en la sentencia de la Audiencia que hoy se impugna; en efecto, en esta sentencia se dice en su parte dispositiva, bajo el número tres «que en virtud del contrato de 15 de diciembre de 1962, celebrado entre doña María de los Dolores Roig Ramón [la heredera] y doña Francisca Guadalupe Sáenz Ballester [la legataria], esta última, se obligó al pago del referido préstamo del señor Pons Salas [prestamista] y de sus intereses», y en el número cuatro que «se condena a la señora Sáenz Ballester [la legataria] a estar y pasar por las precedentes «declaraciones»; y se absuelve de las demás pretensiones contra ella formuladas»; pero el sentido que ha de darse al apartado tercero es el de un reconocimiento, meramente declarativo, de haberse firmado por la demandada [la legataria] el pacto de 15 de diciembre de 1962, por las siguientes razones: [...]» (cursiva mía; cdo 1.º).

del piso, deberá consignarse la situación del inmueble en el orden fiscal, y que [el vendedor] «Pamor, S.A.», está obligada a entregar a aquél [a José] el referido piso con la exención del 90 por 100 de contribución, arbitrios e impuestos durante el plazo de veinte años, y para el supuesto de que no puede cumplir tal obligación, deberá satisfacer al señor V. [el comprador José] la diferencia entre lo que se ha de pagar en régimen ordinario de tributación y lo que habría de satisfacerse en caso de tener el inmueble referido el beneficio de exención tributaria previsto en las Leyes de 19 noviembre 1948 y 21 noviembre 1953, reservando al señor V. [el comprador José] aquellas acciones que estime que le asistan para instar en el procedimiento adecuado la modificación de los estatutos de la Comunidad de Propietarios de la casa, en cuanto a la distribución y aprovechamiento del local destinado a garaje». *En segunda instancia se revoca la sentencia en lo que se refiere a reconvencción y se confirma el resto de los pronunciamientos. Todo lo anterior en el resumen de los hechos del Repertorio de jurisprudencia Aranzadi.*

El comprador José interpone recurso de casación y alega, entre otros motivos, interpretación errónea del artículo 1270.II CC referido al dolo incidental y viene a señalar que sufrió dolo, amparándose en el dolo incidental y en el causal (causante), si bien en su reconvencción no suplica la nulidad del contrato, sino que parte de su subsistencia y señala que el dolo *malus* sería grave (motivo 1.º; cdo 4.º). El Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo (Fallo; cdo 9.º).

– *STS, 1.ª, 28.03.1973 (Pte. Excmo. Sr. D. Julio Calvillo Martínez; Cendoj, Roj STS 144/1973)*

HECHOS: El 28.07.1970, José Carlos y Claudio venden dos pisos a Lorenzo, y ese mismo día, Lorenzo vende a José Carlos y Claudio sesenta hembras chinchillas, diez machos chinchilla y setenta jaulas con accesorios. En relación con el contrato de las chinchillas, *el contrato que interesa*, Lorenzo (vendedor) demanda a José Carlos y Claudio (compradores) y pide que «se les condene [...] a recoger o hacerse cargo de las sesenta chinchillas «Lanígera», clase 15-A, y los diez machos chinchilla «Lanígera», y [de las] setenta jaulas con sus accesorios», así como que le abonen 1.102.500 pesetas en concepto del resto del precio e intereses legales. José Carlos y Claudio piden la desestimación de la demanda de Lorenzo y reconviene y piden que Lorenzo les pague 700.000 pesetas más intereses legales.

En primera instancia se estima en parte la demanda de Lorenzo y se condena a José Carlos y Claudio a que, en cumplimiento del contrato, se hagan cargo de las chinchillas y de las jaulas y accesorios, y a que abonen a Lorenzo el resto del precio (1.102.500 pesetas) más intereses legales; se desestima la reconvencción de José Carlos y Claudio. José Carlos y Claudio interponen recurso de apelación. *En segunda instancia* se revoca «en parte la sentenci[a] apelada y en su consecuencia desestimando la demanda [la Audiencia Territorial] absuelve a los demandados [José Carlos y Claudio], desestimando igualmente la reconvencción ejercitada por los demandados, ab-

suelve de la misma a[1] reconvenido [Lorenzo]»; se entiende que hubo dolo por parte de Lorenzo, pues este no podía acreditar el pedigrée de las chinchillas al no tener la oportuna documentación oficial (Libro Registro o genealógico) y si lo hubieran sabido José Carlos y Claudio no hubieran celebrado la compraventa. Lorenzo recurre en casación y alega, entre otros motivos, aplicación indebida del artículo 1265 CC en relación con los artículos 1115 y 1270 CC y doctrina legal aplicable (motivo 3.º). El Tribunal Supremo no casa.

– *STS, 1.ª, 21.06.1978 (Pte. Excmo. Sr. Jaime de Castro García; Cendoj, Roj STS 4230/1978)*

HECHOS: En 27.09.1963, la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Valencia declaró una finca (un inmueble con bajo y pisos) en situación de ruina, ganando firmeza el acuerdo administrativo y ordenándose el derribo por acto de 09.07.1967. Encarna, M.^a del Pilar y Remedios adquieren el inmueble por herencia materna. El 18.04.1973 y en documento privado, Encarna, M.^a del Pilar y Remedios venden a Héctor el inmueble por el precio de 1.650.000 pesetas, pactándose la entrega de una parte del precio en dicho momento (100.000 pesetas, arras) y el pago del resto más adelante (en el plazo que media al 03.05.1973), formalizándose entonces la oportuna escritura pública. En la fecha prevista (03.05.1973) se otorga la escritura pública de compraventa y en ella se describe el inmueble como «edificio viejo [...]». *Antes* de la celebrar la compraventa, el comprador Héctor vio y examinó el inmueble. *Con posterioridad al contrato*, Héctor, sin contar con la oportuna licencia municipal previa, comienza la ejecución de obras de reforma y acondicionamiento del inmueble para utilizarlo comercialmente (decía que quería instalar en el local un establecimiento de venta de papel pintado y decoración; las vendedoras Encarna, M.^a del Pilar y Remedios niegan que Héctor les manifestara tal intención). *Después*, el 01.06.1974 se le deniega la licencia de obra, dado que ya se había ordenado a la propiedad la demolición de la finca, por lo que Héctor paraliza las obras de reforma y acondicionamiento. Héctor inició las obras de reforma y acondicionamiento cuando había transcurrido más de un año desde que se otorgó el contrato. Héctor demanda a las vendedoras Encarna, M.^a del Pilar y Remedios y suplica la declaración de nulidad del contrato (del privado de 18.04.1973 y de la escritura de 03.05.1973) por dolo y por error, restitución de cierta cantidad, y su condena a la indemnización de daños y perjuicios (en la cuantía de 395.881,25 pesetas); subsidiariamente, la resolución del contrato por incumplimiento imputable a las vendedoras e indemnización de daños y perjuicios. Todo lo anterior en el rdo 1.º y cdo 1.º y 2.º.

En primera instancia se desestima la demanda de Héctor (rdo 3.º, cdo 2.º). Héctor interpone recurso de apelación. *En segunda instancia* se estima la demanda de Héctor y se declara la nulidad del contrato privado de 18.04.1973, luego elevado a escritura pública el 03.05.1973, que también se anula, la restitución de las prestacio-

nes y la condena al pago de la cantidad de 395.881,25 pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios (rdo 4.º; cdo 2.º).

Las vendedoras Encarna, M.^a del Pilar y Remedios interponen recurso de casación y alegan, entre otros motivos, aplicación indebida de los artículos 1265 y 1266 CC, ya que el error de Héctor ni fue sustancial ni excusable (motivo 1.º); y aplicación indebida de los artículos 1269 y 1270 CC, pues no realizaron ninguna palabra o maquinación insidiosa (motivo 2.º). Todo lo anterior en el rdo 5.º.

El Tribunal Supremo estima los motivos 1.º y 2.º del recurso de casación de Encarna, M.^a del Pilar y Remedios, y casa la sentencia de instancia (Fallo).

– *STS, 1.ª, 03.02.1981 (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García; Cendoj, Roj STS 51/1981)*

HECHOS: El 18.10.1978 y en escritura pública, el *Banco de Crédito industrial* (prestamista o mutuante) concede un préstamo de 8.712.000 pesetas a la *Compañía Mercantil Maquinaria Textil del Norte de España (Matesa; prestataria o mutuata)*, que le entrega, «con objeto de «financiar la fabricación y posterior exportación» de elementos para la confección de «lanería de señora, cobertores y mantas», instalación, que se dijo, adquirida por la entidad mejicana «La Estrella Textil, S.A.»». El negocio de préstamo se completa, formalizándose el 23 de octubre una póliza de «seguro de afianzamiento de crédito» suscrita entre la *Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S.A.* como aseguradora y el *Banco de Crédito industrial* como asegurado, interviniendo la prestataria por imponerle razones formales. Posteriormente, *Matesa* incumple su obligación de reembolso del préstamo y el *Banco de Crédito industrial* se dirige a *Crédito y Caución* advirtiéndola de que se había producido el siniestro. El *Banco de Crédito industrial* demanda a la *Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S.A.* y a *Matesa*, pidiendo que se declare que *Matesa* incumplió su deber de reembolsar el préstamo e intereses; que el *Banco de Crédito industrial* tiene derecho a ejecutar la garantía prestada por la *Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S.A.* al haberse producido el siniestro; y que la *Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S.A.* pague a la *Comisión Liquidadora de Créditos Oficiales*, como subrogada del *Banco de Crédito industrial*, la cantidad de 6.350.983,20 pesetas más intereses legales. En su contestación a la demanda, la *Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S.A.* pide, entre otros extremos, la desestimación total de la demanda. Todo lo anterior en los rdo 1.º, 2.º y cdo 1.º.

En primera instancia se admite la demanda solo frente a la *Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S.A.*, a la que se absuelve de la demanda (rdo 7.º). La *Comisión Liquidadora de Créditos Oficiales* recurre en apelación. En segunda instancia se estima el recurso y revoca la sentencia; se declara el incumplimiento de *Matesa* de su obligación de reembolsar el préstamo y sus intereses legales, que procede ejecutar la garantía prestada por la *Compañía Española de Seguros de Crédito y*

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

Caución, S.A., y se condena a esta última a que pague a la *Comisión Liquidadora de Créditos Oficiales* la cantidad de 6.350.983,20 pesetas más intereses legales (rdo 8.º).

La *Compañía Española de Seguros de Crédito y Caucción, S.A.* recurre en casación, siendo su recurso muy extenso (hasta 14 motivos, de contenido dispar; rdo 9.º) y viene a indicar que el préstamo es nulo (*Matesa* actuó con ánimo de defraudar) y también lo es la garantía del préstamo (por su relación con el préstamo). El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

– *STS, 1.ª, 26.10.1981 (Pte. Excmo. Sr. Carlos de la Vega Benayas; Cendoj, Roj STS 4972/1981)*

HECHOS: El 23.12.1973, *Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.*, como compradoras, y *Unión Alimentaria Sanders, S.A.*, como vendedora y dueña de la empresa *Sociedad Anónima Matadero Frigorífico Asturiano (Mafrasa)* celebran compraventa verbal, transmitiendo la última a las primeras la totalidad de las acciones de *Mafrasa*. Entre los elementos patrimoniales de *Mafrasa* figuraba una porción de monte de cuatro hectáreas, pero, adelanto, realmente, no formaba parte del patrimonio social de *Mafrasa* por estar integrado en un monte público según Orden Ministerial de 23.04.1971. Para las compradoras *Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.* era relevante esa porción de terreno, pues conocían «las dos posibilidades que en el aspecto industrial y comercial podía tener el futuro matadero de Tineo, una vez se le dotara de maquinaria moderna e instalaciones adecuadas, ya que su extensión de 40.000 metros cuadrados y dentro de una zona productora de ganado, le dotaba de un alto valor a los fines perseguidos». Las compradoras *Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.* llevan a cabo «obras de modernización y puesta a punto del matadero y» contrataron «el personal necesario», pero, se vieron obligadas «a suspender tales obras al enterarse que no podían edificar sobre un solar adquirido de la sociedad vendedora, de la que éste no era propietario» e «interrumpieron totalmente su programa de modernización y puesta a punto del matadero sobre un solar que siempre creyeron de propiedad de «Mafrasa»». Las compradoras *Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.* demandan a la vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.* y suplican la declaración de la nulidad de la compraventa «por dolo eficiente o causante», así como su condena al pago de gastos e indemnización daños y perjuicios («siendo las sumas de 7.012.385 pesetas la correspondiente a gastos y mejoras consignadas, y de 15.166.386 pesetas la correspondiente a daños y perjuicios»). Todo lo anterior en el rdo 1.º y cdo 1.º.

En primera instancia se estima en parte la demanda de las compradoras, declarándose nula e ineficaz la compraventa, la restitución de ciertas cantidades, y la obligación de la vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.* de abonar a las compradoras *Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.* «la cantidad de 4.688.540,78 pesetas, por el concepto de gastos y mejoras a que antes se ha aludido y la de 14.797.954,33 pesetas por el también declarado de daños y perjuicios» (rdo 6.º; cdo 1.º).

La vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.* interpone recurso de apelación. En segunda instancia se estima en parte la apelación y se revoca la sentencia de primera instancia «en el particular pronunciamiento en el que se condena a la citada sociedad demandada, hoy apelante [*Unión Alimentaria Sanders, S.A.*], a pagar a las demandadas y apeladas [*Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.*] la cantidad de 14.797.954 pesetas en concepto indemnizatorio de daños y perjuicios, [y] en su lugar, condenamos a la repetida sociedad a que pague a las actoras, por el expresado concepto [indemnización de daños y perjuicios], la cantidad de 3.463.212 pesetas» (cur-siva mía; rdo 7.º; cdo 1.º).

La vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.* interpone recurso de casación y alega, entre otros motivos, aplicación indebida del artículo 1270.I CC, en relación con los artículos 1265, 1269 y 1300 CC, ya que considera, en esencia, que al existir en el Registro de la Propiedad una anotación preventiva sobre la porción de terreno, que avisaba del problema existente (art. 11.2 LM), las compradoras *Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.* debían haberlo conocido; esto es, habían actuado negligentemente (no habían sido diligentes) y no merecían protección (motivo 1.º; rdo 9.º; cdo 3.º).

Las compradoras *Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.* interponen recurso de casación en relación con la minoración habida en segunda instancia en el *quantum* indemnizatorio concedido, frente al concedido en primera instancia y alegan, entre otros motivos, violación del artículo 1107.II CC en relación con los artículos 1101 y 1102 CC (motivo 1.º; la indemnización ha de ser total) e interpretación errónea de los artículos 1101, 1102 y 1107.II CC «con los artículos 7, 8, 10 y 11 y concordantes del Decreto 3.090 de 2 de noviembre de 1962, y artículos 1, 3, 4 y 5 de la Orden de 18 de diciembre de 1972, por la que se regula el procedimiento de los expedientes de extinción, suspensión o modificación de la relación jurídico-laboral» (motivo 2.º; la indemnización ha de ser total) (rdo. 8.º).

El Tribunal Supremo entiende que hubo dolo de la vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.* (cdo 5.º) y no hubo nexo causal entre determinadas partidas indemnizatorias que las compradoras *Industrias Abella, S.A.* y *Nutrimax, S.A.* pedían, pues el cierre de la industria (del matadero) se solicita en junio de 1975 y el 04.12.1974 por carta la vendedora *Unión Alimentaria Sanders, S.A.* comunica que no era propietaria (cdo 11.º). El Tribunal Supremo no estima ninguno de los interpuestos recursos de casación (Fallo).

- *STS, 1.ª, 21.05.1982 (Pte. Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena López; Cendoj, Roj STS 34/1982)*

HECHOS: La *Compañía Mercantil Petersime La Trinidad, S.A.* tiene «como actividad la compra e incubación de huevos y la cría y compraventa de pollitos y gallinas, con instalaciones en Valladolid» y, «consecuencia de dicha actividad entró en relación comerciales [sic]» con *De las Cuevas Hermanos, S.L.*, «la que le solicitó la compra de una partida de 20.000 pollitos para la puesta, conviniéndose a instancia de»

De las Cuevas Hermanos, S.L. «que pasara» por las instalaciones de aquella «al objeto de seleccionar los lotes que más le agradaran», lo cual se hizo, «suponiendo un total las entregadas de 20.435, previa deducción de 238 bajas y su importe el de 3.745.854 pesetas», cuyo pago «se convino mediante el giro de letras de cambio». La *Compañía Mercantil Petersime La Trinidad, S.A.* demanda a *De las Cuevas Hermanos, S.L.* y pide su condena al pago de 673.125 pesetas (reclamación de tres letras de cambio) e intereses legales. *De las Cuevas Hermanos, S.L.* reconviene y pide, entre otras cosas, la declaración de que el contrato celebrado «se hallaba afectado por dolo, imputable» a *La Compañía Mercantil Petersime La Trinidad, S.A.*, declarándose el contrato rescindido [*sic*] y que se condene a esta última a que devuelva las sumas recibidas e indemnización de daños y perjuicios; alternatively, pide entre otras cosas, que se declare que el ganado tenía defectos ocultos y que se declare rescindido el contrato (acción redhibitoria) o alternatively la reducción precio (acción estimatoria; el precio «nunca superior a 2.000.000 de pesetas»). Todo lo anterior en los rds 1.º y 2.º, cdo 1.º.

En primera instancia se estima la demanda de *La Compañía Mercantil Petersime La Trinidad, S.A.* y desestima la reconvencción de *De las Cuevas Hermanos, S.L.* (rdo 7.º; cdo 1.º). *De las Cuevas Hermanos, S.L.* apela y en segunda instancia se confirma la sentencia de primera instancia (rdo 8.º; cdo 1.º).

De las Cuevas Hermanos, S.L. recurre en casación y alega, entre otros motivos, error de hecho en la apreciación de las pruebas (motivo 1.º), inaplicación del artículo 1269 CC, pues «nos encontramos, como dice la sentencia de esa Sala de fecha 25 de octubre de 1928 ante la figura del dolo que está caracterizado por ser producto de astucia, maquinación o artificio empleados para engañar» y se comete por aquél «a quien pueda beneficiar el fin propuesto», y «[l]o cierto es que mi mandante [*De las Cuevas Hermanos, S.L.*] convino en la compra de las 20.000 pollitas provenientes de la Granja «Petersime La Trinidad, C. [*sic*] A.» de Tudela de Duero y se le suministraron de otro origen completamente distinto y que había sido rechazado de antemano» (motivo 2.º), e inaplicación del artículo 1270.I CC, pues «[e]stablecida en el motivo anterior la existencia de una conducta dolosa por parte de «Petersime La Trinidad, Sociedad Anónima, no cabe duda alguna de que nos encontramos ante una figura que encaja a la perfección en el párrafo 1.º del artículo 1270 de nuestro cuerpo legal y ya hemos visto en el motivo anterior la existencia de una maquinación que fue causa determinante del contrato que sin ella no se hubiera hecho «*dolus causam dans*», es decir la existencia de un dolo subjetivo, pero también objetivamente, es decir, ponderando las circunstancias, nos encontramos ante una figura de dolo que está calificada de grave pues las actuaciones que nos ocupan están completamente apartadas de todos los artificios tolerados o naturales del tráfico» (rdo 9.º). El Tribunal Supremo, que señala que no se ha probado que hubiera dolo del vendedor (*Compañía Mercantil Petersime La Trinidad, S.A.*) (cdo 2.º y 3.º), no casa (Fallo)⁹.

⁹ Para otro extracto de hechos, en FENOY PICÓN (1996) pp. 483-484.

- STS 12.06.1982 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez; Cendoj, Roj STS 36/1982)

HECHOS: Luis Pablo –Presidente del Comité Organizador del IV Congreso Internacional de Radiología en ORL, celebrado en 1973– contrata con Agustín –propietario de la editorial Marbán– la edición y publicación de una obra basada en las ponencias y trabajos de dicho Congreso. Luis Pablo, junto con su compañero Alberto, financian la obra, entregando el 18.10.1973 a Agustín (la editorial) la cantidad de 375.000 pesetas. Después, surgieron discrepancias sobre el lanzamiento de la obra y la editorial exigió mayor cantidad de dinero para la publicación y edición de la obra, acordándose que Luis Pablo entregase, además, la cantidad de 625.000 pesetas, lo que este hizo el 23.07.1975, por lo que la suma total entregada fue de un 1.000.000 pesetas. Ese 23.07.1975, Luis Pablo y Agustín suscribieron un documento en el que «se recoge como hecho cierto [...] la entrega al demandado [Agustín] de la suma total de 1.000.000 de pesetas para «la financiación de la obra «Procesos en Radiología, O.R.L.»; en dicho documento el demandado [Agustín] se compromete a reintegrar en el plazo de un año, prorrogable a dieciocho meses, la referida suma», esto es, el plazo para el reintegro terminaría el 23.01.1977. Agustín no reembolsa el 1.000.000 de pesetas a Luis Pablo y Luis Pablo demanda a Agustín y suplica que se declare que Agustín «adeuda al actor [Luis Pablo] la suma de 1.000.000 de pesetas» y su condena al pago de dicha cantidad con los intereses legales. Todo lo anterior en el rdo 1.º.

Agustín contesta a la demanda y entre otras cosas señala que Luis Pablo y Agustín «firmaron el documento que sirve de única base a sus pretensiones [las de Luis Pablo]; el que consta de dos partes: una en la que se reconoce la cantidad aportada por el Comité Organizador del IV Congreso Internacional de Radiología O.R.L. que es de 1.000.000 de pesetas, para la edición del libro, aceptando el demandado [Agustín] la devolución de esa cantidad en el plazo de dieciocho meses, y otra segunda, firmada en párrafo a continuación en la que se reconoce la recepción por el demandante [Luis Pablo] de 125 ejemplares para la propaganda y otros diez más, en separatas y al final, se consigna: «este documento resume el contrato suscrito anteriormente», y tras hacer una análisis exhaustivo de este documento, se añade que ha habido otras motivaciones para la firma del documento, *que por parte del demandante [Luis Pablo], poseído de un exagerado optimismo, se convenció al Sr. Agustín de que se venderían los 1.000 ejemplares de la edición en las próximas reuniones o congresos y en especial en el de Copenhague, y así, ante [...] Mariano con estas promesas de venta fácil de la obra, se indujo al demandado [Agustín] a firmar el documento; que la posterior conducta del doctor Luis Pablo descubre un engaño del que fue objeto [...] Agustín, para arrancarle la firma de este documento, lo que se dice es constitutivo de dolo»* (cursiva mía). Agustín suplica que se le absuelva de la demanda o «alternativamente, si así no se reconociera, declarar la compensación de la cantidad reclamada, con la cantidad de 607.500 pesetas que el demandante [Luis Pablo] adeuda al demandado [Agustín]». Todo lo anterior en el rdo 2.º.

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

En primera instancia se estima la demanda de Luis Pablo (rdo 3.º). Agustín interpone recurso de apelación. *En segunda instancia* se desestima el recurso y se confirma el fallo de primera instancia (rdo 4.º). Agustín recurre en casación y alega infracción de ley por inaplicación de los arts. 1265, 1269 y 1270 (motivo 1.º; rdo 5.º). El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

- STS 01.10.1986 (Pte. Excmo. Sr. D. Matías Malpica González Elipe; Cendoj, Roj STS 5131/1986)

HECHOS: El 27.03.1979, Blas (comprador) e Ismael (vendedor), ambos de nacionalidad alemana, celebran compraventa privada de una finca terreno con casa (el terreno tiene la extensión de 509,62 m² y la edificación, la de 141,25 m²); se pacta, que el precio se pagará en una serie de plazos. El terreno vendido estaba incluido en un Plan Parcial de Urbanización con destino de Centro de Enseñanza General Básica, adoptándose con posterioridad el Proyecto de Reparcelación mediante el sistema de cooperación, y «se adjudicó a la finca cuestionada un saldo de» 2.787.528 «pesetas en la liquidación Provisional y por otra parte en la superficie originaria, estimada por la Administración a dicho inmueble de 485,44 m², existe una merma resultante de 129,406 m², mediante la aplicación del coeficiente correspondiente al Proyecto de Reparcelación, restando una superficie a adjudicar al titular de la finca que se cuestiona de 240,338 m de edificabilidad; datos referidos al Plan Parcial aprobado» el 03.06.1977 «con el destino de la finca ya indicada que desconocía el comprador, y que el vendedor consciente de esas circunstancias no las advirtió, ni por escrito, ni verbalmente al comprador». El comprador Blas demanda al vendedor Ismael, solicitando la declaración de nulidad de la compraventa, devolución de la parte del precio pagado, e indemnización de daños. El vendedor reconviene y pide la resolución del contrato por incumplimiento del pago del precio en la forma pactada y la no devolución de la parte del precio recibido en virtud de la cláusula pactada en la compraventa, entre otros extremos. Todo lo anterior en el FD 1.º y 3.º, y AH 1.º y 2.º.

En primera instancia se desestima la demanda del comprador Blas y se estima la reconvencción del vendedor Ismael. El comprador Blas recurre en apelación. *En segunda instancia* se estima su apelación y se declara la nulidad de la compraventa, condenándose, entre otros extremos, a las oportunas restituciones, y se desestima la reconvencción del vendedor Ismael. El vendedor Ismael recurre en casación y alega, entre otros motivos, infracción del artículo 62 TRLS (motivo 1.º) e infracción de doctrina legal «por error de derecho en la apreciación de la prueba», «pues el dolo que vicia el consentimiento de los contratos no se presume nunca, sino que ha de probarse» (STS 16.06.1915, STS 15.03.1934; motivo 4.º) y el comprador Blas «no ha propuesto siquiera prueba para acreditar la existencia o actuación insidiosa en el actuar previo a la celebración del contrato». Todo lo anterior en los AH 6.º, 7.º y 8.º, FD 2.º y 3.º. El Tribunal Supremo, que entiende que hubo dolo del vendedor Ismael, no casa (Fallo).

- STS, 1.ª, 09.07.1987 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Carretero Pérez; Cendoj, Roj STS 4894/1987)

HECHOS: El 19.05.1977, en documento privado y por un precio de 6.134.000 pesetas, Carlos Jesús (que ejerce como contratista de obra y necesita albero a principios de 1977) compra a Joaquín (vendedor) «una finca dedicada a la explotación de cantera de albero o zahorra (tierra rica en greda), pero esta finca, según el Plan General de Ordenación Urbana del Municipio en el que radica aprobado en agosto» de 1974, «estaba calificada como zona de edificación marginal cerrada» y de conformidad con la entonces vigente Ley de Suelo, «no podía ser objeto de la explotación pretendida» por Carlos Jesús. Cuando en octubre de 1978, Carlos Jesús pretende obtener la licencia para utilizar la cantera, esta le es denegada «y solamente se le autorizó a trabajarla, en tanto en cuanto significase la corrección de la accidentada topografía de la finca y hacerla apta para los fines de la futura urbanización». Carlos Jesús demanda a Joaquín y pide, entre otras cosas, «la nulidad del contrato, por falta de consentimiento y de causa» (art. 1261, 1.º y 2.º, CC); subsidiariamente, pide la resolución del contrato (art. 1124 CC). Joaquín reconviene y pide la condena de Carlos Jesús al pago del precio debido. Lo anterior en el AH 1.º y en el FD 1.º.

En primera instancia se desestima la demanda de Carlos Jesús y estima la reconvencción de Joaquín, condenándose a Carlos Jesús a que pague a Joaquín 600.000 pesetas más intereses legales (AH 6.º). Carlos Jesús recurre en apelación. *En segunda instancia* se confirma la sentencia de primera instancia, salvo que, en relación con la reconvencción, se condena a Carlos Jesús a que pague a Joaquín 500.000 pesetas más intereses legales (AH 7.º); en la sentencia, se «niega la existencia de dolo o error, [y] mantiene el conocimiento» del comprador Carlos Jesús «de las características de la finca» (FD 1.º).

Carlos Jesús recurre en casación y alega, entre otros extremos, incongruencia en la «sentencia recurrida [que] no entra en el análisis de la inexistencia de objeto y causa de la compraventa [...] y prácticamente tampoco sobre la concurrencia de dolo en el vendedor [Joaquín]» (motivo 1.º; AH 8.º, FD 2.º). Como motivo 2.º del recurso de casación, calificado por el Tribunal Supremo de «complejo» (FD 3.º), lo que ciertamente es así, Carlos Jesús alega y argumenta violación de los artículos 1261, 1262, 1265, 1266, 1271, 1281, 1289, 1300, 1303 CC, pues la compraventa celebrada «no deja lugar a duda alguna sobre el hecho cierto de que el comprador [Carlos Jesús], necesitando albero comprobando la cantidad y calidad existente en la finca del vendedor [Joaquín], la adquirió principalísimamente como cantera. Así lo reconoce el tercer considerando de la sentencia. El vendedor [Joaquín], en ese contrato [...], demostró documentalmente la «legitimidad» de la cantera, autorizándole expresamente a la explotación y venta de las canteras (quiere decir de las tierras de albero de la cantera), [...]; y vendió la cantera libre de cargas y gravámenes [...]. El recurrente [Carlos Jesús], principalmente, lo que compró fue una cantera y ante la evidencia y seguridad dada por el vendedor [Joaquín] de su legitimación para la explotación. [sic] Nada le advirtió de la existencia de un Plan General de Ordenación, vigente desde» 1974,

«que prohibía el destino o uso de cantera. El limitado movimiento de tierra autorizado por el Ayuntamiento de» 27.10.1978, «no es en ningún caso equivalente a la explotación de una cantera que fue lo que se compró». El artículo 1261 «nos dice que no hay contrato si no hay consentimiento, objeto y causa; *el consentimiento es nulo cuando se presta «por error o por dolo»*, según el artículo 1265 CC, «no pudiendo ser objeto de contrato las cosas imposibles» según los artículos 1271 y 1272, «no produciendo efecto alguno los contratos sin causa según» el artículo 1275 CC, «y en todos estos casos procede la nulidad del contrato con las restituciones establecidas» en los artículos 1300 y 1303 CC, «preceptos todos ellos que estimamos [Carlos Jesús] infringidos por la Sentencia recurrida y la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo que los desarrolla». Lo anterior en el AH 8.º.

El Tribunal Supremo, que considera que Carlos Jesús conocía perfectamente el objeto que adquiriría dada su profesionalidad y habitual diligencia para conocer los bienes sobre los que contrata (FD 2.º, FD 3.º), no casa (Fallo).

– *STS, 1.ª, 15.07.1987 (Pte. Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas; Cendoj, Roj STS 8558/1987)*

HECHOS: Amanda es de nacionalidad portuguesa, de avanzada edad, viuda desde hace 26 años y vive sola, carente de ambiente y afecto familiar en Almería, consagrando su vida e inquietudes a los animales, en particular a los perros. Además, es promotora y patrocinadora de la Sociedad Protectora de Animales que constituye en 1974 en Almería, y propietaria de la Villa Juana que pone a disposición de la Sociedad Protectora de Animales, dando alojamiento y comida hasta a 140 perros y docenas de animales. En 1976, Clemente y Marisol (esposos) contactan con Amanda y coincidiendo con esta en su amor a los animales, se ganan su confianza, siendo personas imprescindibles y cotidianas en su vida y compartiendo el cuidado y atención de los animales. Al poco tiempo, se produce un importante desplazamiento patrimonial de Amanda a Marisol y, de tener Amanda un patrimonio saneado, pasa a tener una situación patrimonial precaria. En concreto, el 06.10.1976 y en escritura pública, Amanda transmite a Marisol un piso en Madrid, y el 11.01.1977, le transmite Villa Juana, ello con la excusa de que el matrimonio podría llevar mejor la administración y cuidado de los intereses de Amanda (el cuidado de los animales), evitando posibles embargos (había uno de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Almería por cuantía de 30.000 pesetas). En relación con el piso de Madrid, se desembolsa ciento y pico mil pesetas como pago del supuesto precio, y en relación con Villa Juana hay subrogación en la hipoteca que la gravaba por importe de un millón de pesetas por su venta, finca que tenía un valor espectacularmente superior (actualmente, finca de reserva urbana). Todo lo anterior en los AH 1.º y FD 1.º.

Con anterioridad al proceso civil, Amanda interpone querrela criminal contra Clemente y Marisol por delito de estafa. El Juzgado de Instrucción no procesa a los querrellados y se archiva provisionalmente el procedimiento criminal. Amanda ejercita

luego acción civil y suplica la declaración de nulidad y sin valor jurídico de las escrituras públicas de las compraventas otorgadas de 06.10.1976 y 11.01.1977, la condena a la restitución de las fincas, la cancelación de las oportunas anotaciones e inscripciones en el Registro de la Propiedad, entre otros pedimentos. Todo lo anterior en el AH 1.º y en el FD 1.º.

En primera instancia se estima la excepción procesal de falta de caución o arraigo en juicio y no se entra en el fondo del procedimiento, absolviéndose a Clemente y Marisol (AH 6.º). Amanda apela y *en segunda instancia* se desestima la excepción dilatoria de falta de arraigo en juicio y la de prescripción alegadas por Clemente y Marisol, y se desestima la demanda de Amanda, absolviéndose a Clemente y Marisol (AH 7.º).

Amanda recurre en casación y alega, entre otros extremos, infracción por inaplicación de los artículos 1265, 1269 y 1300 CC y de la doctrina legal de la STS 25.11.1960 y STS 25.10.1981 (motivo 3.º; AH 8.º); e infracción por interpretación errónea de los artículos 1261, 1274, 1265 y 1276 CC y de la doctrina de la Sala en STS 24.03.1950, STS 05.05.1958 y STS 27.02.1954 (motivo 4.º; AH 8.º). El Tribunal Supremo entiende que hubo dolo de Clemente y Marisol, y casa (Fallo).

– *STS 27.01.1988 (Pte. Excmo Sr. D. Antonio Carretero Pérez; Cendoj, Roj STS 353/1988)*

HECHOS: En escritura pública de 10.01.1980 se constituye *Barradam, S.A.* y su objeto social «se concretó, de hecho, en la explotación de una discoteca denominada «Míster Chus»». El 13.03.1981, Marcos compra a Jose Enrique y Nuria (matrimonio) 250 acciones de *Barradam, S.A.* (249 acciones son de Jose Enrique y una acción de Nuria) y se convierte en titular de la mitad de las acciones de *Barradam, S.A.* Según Marcos, «aquel rendimiento asegurado por los vendedores [Jose Enrique y Nuria] no sólo no era ni medianamente cierto, sino que aparecieron múltiples deudas entre ellas, fiscales y tributarias, habiendo tenido noticias de que por la Junta Provincial de Protección de Menores de Valencia que subastada la Discoteca «Míster Chus» por deudas contraídas, y que fue rematada y adjudicada por menos de un millón de pesetas». Marcos demanda a Jose Enrique y Nuria y pide la declaración de nulidad (anulabilidad) de la compraventa celebrada por error y dolo y que se le desligue de cualquier obligación que pudiera existir por la compraventa, la condena a Jose Enrique y Nuria a la devolución mancomunada de la cantidad de 8.000.000 millones de pesetas como parte del precio entregado e intereses legales y su condena mancomunada a la indemnización de daños y perjuicios por los dos procedimientos ejecutivos (intereses, gastos, costas, devengo de los profesionales que en ellos intervinieron y honorarios de profesionales que se devenguen en cierto Juzgado). Jose Enrique y Nuria reconviene y alegan que, por causa del contrato de 13.03.1981, Marcos les debe todavía 5.000.000 de pesetas y piden la condena de Marcos al pago de dicha cantidad e intereses legales. Todo lo anterior en los AH 1.º y 2.º y en el FD 1.º.

En primera instancia se desestima totalmente la demanda de Marcos y se estima íntegramente la demanda reconventional de Jose Enrique y Nuria (AH 6.º). Marcos recurre en apelación y *en segunda instancia* se confirma la sentencia de primera instancia (AH 7.º).

Marcos recurre en casación y alega, además del motivo 1.º (error en la apreciación de la prueba), inaplicación de los artículos 1265, 1266.I, 1269 y 1270.I CC, pues «el contrato de compraventa [celebrado] se halla viciado de nulidad «ab origine» por concurrir error en la sustancia y dolo», ya que «[c]onsta en autos la idea de mi mandante [Marcos], en cuanto a la rentabilidad del negocio, basada en afirmaciones y datos económicos suministrados por la vendedora [Jose Enrique y Nuria], y ser tan distinta la realidad o lo predicado en el momento de la venta, es evidente la existencia de error» y «[s]e indujo de este modo a error al comprador [Marcos], y de ahí la concurrencia de los vicios de dolo» [submotivo a) del motivo 2.º; AH 8.º] e infracción de la jurisprudencia sobre la interpretación de los artículos 1266.I, 1269 y 1270.I CC, alegando, entre otras cosas, que según las *SSTS 22.12.1908* y *06.05.1932*, «los errores de cálculo o combinaciones de un contratante, son determinantes de error, si éste fue inducido por engaño o dolo, [y] eso es justa y precisamente lo que en el caso de autos sucedió» [submotivo b) del motivo 2.º; AH 8.º].

El Tribunal Supremo, que entiende que no hubo error de Marcos, ni dolo de Jose Enrique y Nuria, (FD 3.º), no casa (Fallo).

– *STS, 1.ª, 18.07.1988 (Pte. Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López; Cendoj, Roj STS 9435/1988)*

HECHOS: Jesús Ángel y Virginia (esposos) compraron un chalé a Carlos Miguel y Frida (esposos y vendedores). Cuando Jesús Ángel y Virginia (luego, compradores) fueron a visitar el chalé que se vendía, «no pudieron percibirse de los graves daños que aquel presentaba porque los futuros vendedores, con el propósito de que ello pudiera pasar desapercibido a los posibles compradores, habían ordenado la ejecución de obras de albañilería y pintura que encubrían las grietas y fisuras que la edificación presentaba, que tenían su origen en la especial naturaleza del suelo en el que la edificación se había construido, que daba lugar a grandes dispendios para mantener el chalé en condiciones de normalidad» (FD 1.º). Los compradores Jesús Ángel y Virginia demandan a los vendedores Carlos Miguel y Frida sobre resolución de la compraventa. Todo lo anterior en el FD 1.º y AH 1.º.

En primera instancia se estima en parte la demanda y se «declaró resuelto por nulidad radical y concurrencia de vicios ocultos, el contrato de compraventa», además de otras decisiones sobre restitución de cantidades, indemnización de daños, etc. (AH 5.º). Los vendedores y los compradores apelan. *En segunda instancia*, entre otras cosas, se declara «la nulidad del contrato» (AH 6.º) y se considera que hubo dolo de los vendedores, y los compradores «no hubieran celebrado al [*sic*] contrato de conocer las condiciones en que se encontraba y los grandes dispendios que conllevaba su normal

conservación» (FD 1.º); además, se revoca «el pronunciamiento de la Sentencia apelada por el que se estima el Pedimento de la demanda relativo a resolución del contrato cuya nulidad se ha declarado anteriormente; así como los restantes pronunciamientos de la resolución apelada en cuanto sean consecuencia de la estimación de la acción de resolución; y acordar no haber lugar a pronunciarse sobre las acciones de resolución las restantes subordinadas a la misma» (AH 6.º).

Los vendedores Carlos Miguel y Frida recurren en casación y en «los motivos 6.º, 7.º, 8.º, 9.º y 11, pretenden todos ellos de consuno combatir, tanto la declaración fáctica de la existencia de un dolo civil por parte de los demandados [Carlos Miguel y Frida], consiste en, [sic] ocultar las grietas y fisuras del chalé, como la impecable conclusión que del mismo obtiene la Sala [de la Audiencia], la de que si tales vicios hubieran sido conocidos por los actores no hubieran consentido un contrato que por vicio esencial en el comportamiento debe ser declarado nulo» (FD 7.º). En concreto, en el antes citado motivo 6.º se alega «evidente infracción de la aplicación de las normas de derecho positivo [arts. 1269 y 1300 CC], que se denuncian, en la Sentencia objeto de este motivo de impugnación. Para que haya dolo ha de haber perjuicios y determinación cuantitativa del mismo, lo que no se ha acreditado, ya que el precio señalado por los peritos es el justo» (AH 7.º). El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

– *STS, 1.ª, 27.02.1989 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Carretero Pérez; Cendoj, Roj STS 1391/1989)*

HECHOS: El 12.01.1980, Lina formaliza en escritura pública un contrato de renta vitalicia («cesión de bienes a cambio de contraprestación en especie o pensión»), contrato por el que cede a su prima hermana (Rocío) bienes que representan la mitad indivisa de su patrimonio (tres fincas rústicas y otra urbana), a cambio de recibir una pensión mensual de 70.000 €. Lina era persona de carácter tímido y generoso, que había tenido crisis depresivas y estado internada en una clínica desde el verano de 1978 hasta el verano de 1980, internamiento en el que estuvo aislada de su familia, fuera de su residencia habitual y siempre acompañada de Rocío y es, dentro de dicho tiempo (el 12.01.1980), esto es, cuando su percepción era limitada y su estado mental no era el más adecuado para cuidar de sus negocios, cuando Lina celebra el contrato de renta vitalicia con Rocío. Por otro lado, Lina tenía patrimonio sobrado para hacer frente a sus gastos y había desproporción entre lo que transmitía a Rocío y la renta de 70.000 € mensuales que recibiría a cambio, renta a pagar durante un periodo previsiblemente breve, lo que así ocurrió (Lina fallece el 08.03.1983). José Antonio (hermano de Lina) demanda a Rocío y pide la declaración de nulidad de la escritura de «cesión de bienes a cambio de contraprestación en especie o pensión», con sus demás consecuentes efectos, y la declaración de nulidad de los oportunos asientos registrales. Rocío formula reconvención y pide la nulidad del testamento otorgado por Lina el 30.06.1982 en favor de su hermano, testamento que revocaba el anterior de Lina de 04.07.1979 en el que instituía herederos a José Antonio y a Rocío, y pide que la suce-

sión de Lina se regule por este anterior testamento. Todo lo anterior en el AH 1.º y en los FD 1.º y FD 2.º

En primera instancia se estima la demanda de José Antonio y declara nula la escritura de cesión de bienes a cambio de contraprestación en especie o pensión de 12.01.1980 y nulas las inscripciones registrales, y se desestima la reconvención (AH 1.º). Rocío interpone recurso de apelación, que se desestima en *segunda instancia*, confirmándose íntegramente la sentencia de primera instancia; se «aprecia dolo por parte de la cesionaria [Rocío] para determinar a la cedente [Lina] al negocio» (AH 2.º; FD 1.º). Rocío recurre en casación y alega, entre otras cosas, inaplicación del artículo 1253 CC (motivo 2.º) y aplicación indebida del artículos 1269 CC y jurisprudencia que lo interpreta (SSTS 25.05.1945, 25.10.1928) (AH 3.º). El Tribunal Supremo, que entiende que hubo dolo por parte de Rocío (FD 3.º, FD 4.º), no casa (Fallo).

– *STS, 1.ª, 27.03.1989 (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Cendoj, Roj STS 9025/1989)*

HECHOS: El 04.11.1980 y en escritura pública se hace constar la compra por Federico y Regina (esposos; compradores) a Luis Miguel y María (esposos; vendedores) de una parcela de 1804 m² por el precio de 4.150.000 pesetas que incluía lo en ella edificado, esto es, «(caseta y pérgola en estado semirruinoso, vallado, bodega, aljibe y pozo)». Según dictámenes periciales, la parcela vale como predio rústico 180.000 pesetas y con las indicadas edificaciones vale 1.130.000 pesetas, por lo que el precio pactado (4.150.000 pesetas) fue excesivo. Fueron las edificaciones existentes en la parcela «lo que llevó a la convicción al comprador [...] de que el terreno que compraba era reglamentariamente apto para la edificación de una vivienda». Sin embargo, antes de la venta, la parcela se declaró zona verde, lo que «el vendedor [...] silenció al celebrar el contrato, y no puso en conocimiento del comprador el destino urbanístico que afectaba al terreno en cuestión; ese silencio de los vendedores [...] fue lo que determinó el consentimiento del comprador a la adquisición, pudiendo racionalmente presumirse que de no existir ese comportamiento del vendedor, el comprador no hubiera efectuado la operación, o no hubiera pagado un precio excesivo sabiendo los vendedores que el precio que se pagaba lo era en la creencia de que se podía edificar». Los compradores Federico y Regina demandan a los vendedores Luis Miguel y María y solicitan que «se declare nulo de pleno derecho, por vicio de consentimiento del mismo como comprador, el contrato de adquisición» del inmueble «con obligación de las partes de devolverse las prestaciones realizadas» (petición principal); hicieron también otra petición subsidiaria. Todo lo anterior en el FD 1.º y en el AH 1.º.

En primera instancia se estima la demanda y se declara la nulidad de la compraventa celebrada el 04.11.1980 por vicio de consentimiento con la obligación de las oportunas restituciones (del inmueble y precio). Los vendedores Luis Miguel y María apelan. *En segunda instancia* se confirma la sentencia de primera instancia. Los vendedores Luis Miguel y María recurren en casación y alegan, entre otros motivos,

«aplicación indebida [de] los artículos 1265, 1269 y 1270 [...] [CC]» y «violación, [de] la doctrina legal establecida en la sentencias de esta Sala de» 22.02.1961, 28.02.1969, 21.06.1978 y 04.12.1986, «en el sentido de que «el dolo principal o causante no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alegue»» (motivo 2.º), y «aplicación indebida de los artículos 1265 y 1266 [...] [CC] y violación [de la] doctrina legal establecida en sentencias [...] que establecen como requisito para que el error pueda operar como vicio del consentimiento el que dicho error sea excusable» (motivo 3.º) (AH 3.º). Todo lo anterior en los AH 1.º, 2.º y 3.º.

El Tribunal Supremo, que entiende que sí hubo dolo omisivo de Luis Miguel y María, no casa (Fallo).

- STS, 1.ª, 28.02.1990 (Pte. Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes; Cendoj, Roj STS 12929/1990)¹⁰

HECHOS: El 25.01.1983 y en documento privado, Clemente vende una parcela plantada de algarrobos y situada en Vendrell a Juan Antonio, promotor inmobiliario y propietario de una finca colindante. Ante el incumplimiento de Juan Antonio, Clemente le demanda y suplica, entre otras cosas, que se declare que la compraventa celebrada es válida y eficaz y se condene a Juan Antonio al pago de 3.896.312 pesetas como resto del precio pendiente. Juan Antonio se opone a la demanda y alega que (según él) «había adquirido [la parcela] libre de cargas y gravámenes, desconociendo las condiciones esenciales de la parcela, siendo así que estaba sujeta al Plan General de Vendrell y su Ayuntamiento había introducido en» 09.07.1982 «la limitación de no poderse edificar a menos de 40 metros de la línea del ferrocarril, teniendo la parte más ancha de la finca 46 metros a más de que la comisión Provincial de Urbanismo de Tarragona, al aprobar el Plan General, en acuerdo de» 20.12.1982, «introdujo igualmente la carga de un vial que cruza la finca de NE. a SO. diagonalmente, tras el paso del ferrocarril, con un puente a distinto nivel, lo que suponía la inedificabilidad del terreno». Por lo anterior, Juan Antonio pide su absolucón de la demanda de Clemente. Además, Juan Antonio (comprador) reconviene, cita los artículos 1265, 1266, 1483, 1281.5 y 1300 CC y 62, 1 y 4, TRLS (de 1975) y suplica, alternativamente, la resolucón de la compraventa, o la nulidad del contrato por error suyo. Todo lo anterior del AH 1.º y del FD 1.º.

En primera instancia se desestima la demanda de Clemente (vendedor) y estima la reconvenicón de Juan Antonio (comprador), declarando rescindido y resuelto el contrato de compraventa celebrado (AH 1.º).

Clemente (vendedor) interpone recurso de apelación. En segunda instancia se revoca la sentencia de primera instancia y entre otras cosas, se declara la validez y eficacia de la compraventa celebrada, condenándose a Juan Antonio (comprador) al pago de 3.896.312 pesetas como resto del precio pendiente. Se desestima la reconvenicón de Juan Antonio. Todo lo anterior en el AH 2.º Para Juan Antonio el fin de la

¹⁰ Otro extracto de hechos de esta STS, 1.ª, 28.02.1999 por LYCZKOWSKA, ADC (2009) p. 441.

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

compraventa fue el trasvase de tierras y piedras a la finca colindante suya, lo que hizo tras tomar posesión de la finca comprada, simulando luego un error, que no sufrió, a fin de no pagar y pretendiendo devolver una finca con sus características esenciales modificadas (FD 2.º).

El comprador Juan Antonio recurre en casación y alega inaplicación del artículo 62 TRLS (motivo 1.º) y vulneración del artículo 1483 CC (motivo 3.º) (AH 3.º). El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

- *STS, 1.ª, 04.12.1990 (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Cendoj, Roj STS 10951/1990)*¹¹

HECHOS: El 21.10.1984, Carlos Ramón vende a Simón y Carla (matrimonio; compradores) un local para instalación de un bar por el precio de 7.800.000 pesetas, pagando los compradores, en ese momento, 3.919.500 pesetas y obligándose a abonar el resto del precio (3.880.500 pesetas) el siguiente 21.12.1984. Llegado el 21.12.1984, Simón y Carla no pagan el resto del precio. El 01.02.1985, Carlos Ramón celebra un contrato de arrendamiento de local con Simón por una renta anual de 840.000 pesetas (el contrato se documenta el 08.02.1985). Además, en ese documento de 08.02.1985 se pacta una opción de compra del inmueble por la cantidad de 3.880.500 pesetas (la cantidad que restaba del precio de la compraventa resuelta) y se acuerda la resolución/desistimiento de la compraventa, entre otras cosas. En septiembre de 1985, Simón y Carla dejan de pagar la renta mensual estipulada y el 15.11.1985 requieren notarialmente a Carlos Ramón «para que ante el «desistimiento bilateral» de la compraventa» celebrada el 21.10.1984 «ambas partes se restituyan las recíprocas prestaciones» y por consiguiente, Carlos Ramón devuelva la cantidad de 3.919.500 pesetas (FD 1.º). Carlos Ramón demanda a Simón y Carla y pide, entre otras cosas, la declaración de la plena e íntegra validez y eficacia del contrato de 08.02.1985 por el que se resolvía la compraventa y se concedía la opción de compra; la declaración de la validez y eficacia de la estipulación por la que Carlos Ramón se quedaba con las cantidad ya abonada por Simón; la declaración de la validez y subsistencia del contrato de arrendamiento; y la condena al pago de 840.000 pesetas en concepto de rentas; con carácter subsidiario, hizo otras peticiones. En su contestación a la demanda, Simón y Carla suplican, entre otras cosas, la declaración de la plena e íntegra validez y eficacia del contrato del 21.10.1984 (el de la compraventa); la declaración de la nulidad de pleno derecho del contrato del 01.02.1985 (documentado el 08.02.1985) así como del contrato de arrendamiento; y la condena al pago de 700.000 pesetas, importe de las rentas indebidamente abonadas. Simón y Carla también reconviene. Todo lo anterior en los AH 1.º, AH 2.º y AH 3.º, y en el FD 1.º.

¹¹ En la base de *Cendoj* se publica, de nuevo, pero con cambio en los nombres de los sujetos implicados, esta *STS, 1.ª, 04.12.1990* del mismo *Pte. Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz*; su referencia es *Roj STS 8884/1990*.

En primera instancia se estima en parte la demanda de Carlos Ramón y se declara la validez del contrato de 08.02.1985 por el que se resuelve la compraventa celebrada y se concede la opción de compra, así como la validez y subsistencia del contrato de arrendamiento, condenando a Simón y a Carla al pago de 840.000 pesetas en concepto de rentas adeudadas y las que se devenguen durante el procedimiento. Se condena a Carlos Ramón a que restituya a Simón y Carla la cantidad de 3.919.500 pesetas a causa de la resolución del contrato de compraventa. Se desestima la demanda reconvenicional de Simón y Carla. Todo lo anterior en el AH 7.º.

Carlos Ramón apela. *En segunda instancia* se declara la validez del contrato de 08.02.1985 (resolución de la compraventa y pacto de opción de compra), la validez del arrendamiento, condenándose a Simón y Carla al pago de 840.000 pesetas; se condena a Carlos Ramón al pago de 3.779.500 pesetas. Se desestima la demanda reconvenicional (AH 8.º).

Simón y Carla recurren en casación y alegan, entre otros extremos, inaplicación de los artículos 1265, 1266, 1269 y 1270 CC, ya que el consentimiento que dieron al contrato de arrendamiento «es nulo al haber existido error y dolo atribuible» a Carlos Ramón, pues, entre otras cosas, «no se enteraron de lo que firmaron por desconocer totalmente el idioma español y por supuesto la legislación española» (motivo 1.º; FD 2.º). El Tribunal Supremo, que entiende no probado, ni el error, ni el dolo, no estima el recurso de casación (Fallo).

– *STS, 1.ª, 11.05.1993 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; Cendoj, Roj STS 20120/1993)*

HECHOS: El objeto de la sociedad *Miraparque, S.A.* es la promoción inmobiliaria y la gestión, constitución y administración de comunidades de propietarios para la construcción de edificios. Por otro lado, *Miraparque, S.A.* tiene una opción de compra sobre un solar sito en Zaragoza, así como «proyecto y licencia municipal de obras para la construcción de un edificio de viviendas convencionales». En el segundo semestre de 1985, *Miraparque, S.A.* hace una campaña publicitaria para captar personas que constituyeran una comunidad de bienes, la cual actuase como promotora y constructora del bloque de viviendas en el antes indicado solar, si bien introduciendo modificaciones al proyecto inicial pues el edificio de viviendas habría de ser tipo dúplex. El 25.01.1986 se constituye la «Comunidad Civil de Propietarios del Conjunto Residencial [...]» (la comunidad de propietarios), compuesta por los que inicialmente aceptaron la oferta de *Miraparque, S.A.*, «siendo su objeto, constituir entre sí una comunidad civil, para la adquisición de un terreno (sobre el que la actora [*Miraparque, S.A.*] tenía la [...] opción de compra), y la construcción en el mismo de un edificio compuesto de 32 viviendas de tipo «dúplex» [...]». Ese mismo día 25.01.1986, las personas que inicialmente constituyeron la comunidad de propietarios «juntos y cada uno por sí, confirieron poder a «*Miraparque, S.A.*», a fin de que por medio de sus representantes legales, puedan ejercitar, exclusivamente en relación con el repetido te-

rreno, y para sus poderdantes» una serie de facultades, así, la compra del solar, la gestión de la construcción del edificio con todo lo a ello inherente, la formalización de la obra nueva, la constitución del conjunto en régimen de propiedad horizontal, fijando las reglas estatutarias de la comunidad, la disolución de la primitiva comunidad con la adjudicación de lo edificado, la representación de la comunidad en juicio y en todo lo que pudiera constituir su giro y tráfico, la captación de nuevos comuneros. Como pago de los servicios de *Miraparque, S.A.* «se señala un importe neto de un 10 por 100 sobre cuantas cantidades integren el costo total de la obra» y del precio del terreno a adquirir. El 21.03.1986 y en representación de los comuneros, *Miraparque, S.A.* adquiere el solar que dispone de licencia municipal para construir un edificio, el 14.10.1987 obtiene licencia municipal de obras y el 09.12.1987, en nombre de la comunidad de propietarios, contrata la ejecución de obras con *Construcciones G.M., S.A.*, la cual inicia la construcción. Entre el 11.12.1987 y el 22.12.1987, todos los comuneros (los iniciales y los incorporados después) revocan los poderes a *Miraparque, S.A.* *Miraparque, S.A.* demanda a la comunidad de propietarios y pide, entre otras cosas, que se declare irrevocable el apoderamiento que en su día le otorgó la comunidad de propietarios y de ahí que el apoderamiento sea válido y subsistente, siendo nulas las revocaciones de las distintas actas notariales, que se condene a la comunidad de propietarios a que «no pongan impedimento alguno para el ejercicio de las gestiones, contrataciones y demás funciones» encomendadas a *Miraparque, S.A.* y que se condene a la comunidad de propietarios al pago, en proporción a sus cuotas de participación, de 2.233.204 pesetas correspondientes al periodo de julio de 1986 a octubre de 1987 (factura) e intereses legales; con carácter alternativo, si se declarase válida la revocación de poderes, la resolución por incumplimiento de la comunidad de propietarios del contrato de mandato con indemnización de daños y perjuicios a *Miraparque, S.A.* La comunidad de propietarios reconviene y pide que se declaren nulos y sin valor ni efecto los pactos celebrados con *Miraparque, S.A.* y que esta última les restituya la parte proporcional que a cada uno corresponda de la cantidad de 3.012.858 pesetas (que es la cantidad recibida por *Miraparque, S.A.* de los componentes de la comunidad de propietarios) e intereses legales; con carácter subsidiario y si no se estiman los anteriores pedimentos, que se declare la resolución de los pactos hechos con *Miraparque, S.A.*, condenándosela a indemnizar daños y perjuicios. Todo lo anterior en el FD 1.º, y en el AH 1.º, 1 y 2.

En primera instancia se estima en parte la demanda de *Miraparque, S.A.* y se declaran sin efecto las revocaciones que de los poderes se hicieron, condenándose, en función de la respectiva cuota de participación en la comunidad, a que se pague a *Miraparque, S.A.* 1.338.242,7 pesetas. También se estima parcialmente la revocación de la comunidad de propietarios y se declaran resueltos los contratos y pactos celebrados entre la comunidad y *Miraparque, S.A.*. Todo lo anterior en el AH 1.º.

Miraparque, S.A. interpone recurso de apelación, que se estima en parte en segunda instancia, y se declara irrevocable y por ello válido y eficaz el apoderamiento otorgado en favor de *Miraparque, S.A.*, condenándose a la comunidad de propietarios

a que no pongan impedimento alguno «para el ejercicio de las gestiones, contrataciones y demás funciones que han sido encomendadas a «Miraparque, S.A.», respecto de la Comunidad de propietarios, y su condena al pago de 2.230.403 pesetas, en función de sus respectivas cuotas de participación, y correspondiente al periodo de julio de 1986 a octubre de 1987. Se desestima la reconvencción de la comunidad de propietarios. Todo lo anterior en el FD 1.º, y en el AH 2.º.

La comunidad de propietarios interpone un amplio recurso de casación y entre otros motivos, alega «[i]nfracción, en el sentido negativo de la inaplicación, del art. 1265, en relación con el 1269 del Código Civil, que establece la nulidad del consentimiento obtenido por dolo» (motivo 3.º; AH 3.º). El Tribunal Supremo, que entiende que no hubo dolo por parte de *Miraparque, S.A.* en su publicidad (FD 3.º), no estima el recurso de casación (Fallo).

– *STS, 1.ª, 29.03.1994 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; Cendoj, Roj 15282/1994)*

HECHOS: El 05.09.1986 (FD 1.º), Enrique (comprador) compra a Emilio (vendedor; entidad mercantil *Gozalbo Hermanos, S.A.*; FD 1.º) «un furgón frigorífico usado, Semirremolque PrimBall 3 ejes, Equipo Petter, matrícula MU-01156-R» sin que en el contrato se haga referencia alguna a que el vehículo estuviese provisto de autorización administrativa o tarjeta de transporte individualizada que deba transmitirse conjuntamente con él para poder ser utilizado por el comprador» (FD 2.º). Emilio (vendedor) demanda a Enrique (comprador) y su esposa y suplica su condena al pago de 3.896.435 pesetas e intereses legales (AH 1.º1; «reclamación del precio de la compraventa», FD 1.º). En su contestación a la demanda, Enrique, «tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estimó oportunos terminó suplicando al Juzgado que dicte en su día Sentencia absolutoria [...], desestimando la demanda por nulidad del contrato en que se funda por vicio del consentimiento» (AH 1.º2).

En primera instancia se estima la demanda del vendedor Emilio (AH 1.º3). El comprador Enrique interpone recurso de apelación. *En segunda instancia* se desestima su recurso y confirma íntegramente la sentencia de instancia (AH 2.º). Según la Audiencia, «no puede pensarse que la tarjeta de transporte se incluyera en el objeto del contrato y que no está probado que los semirremolques como lo es el furgón litigioso, necesiten por sí mismos administrativamente dicha tarjeta para circular, por no bastarle la de cabeza tractora, ni que la parte recurrente [Enrique, el comprador] lo hubiese tenido parado por falta de la tarjeta» (FD 1.º).

El comprador Enrique interpone recurso de casación, alegando infracción por aplicación indebida del artículo 1261.1.º CC (motivo 3.º; AH 3.º), si bien en la sentencia del Tribunal Supremo se aclara sobre dicho motivo 3.º que «alega infracción, por aplicación indebida, del art. 1261-1.º del Código Civil; sin citar ninguno de los preceptos de este cuerpo legal que regulan tal vicio del consentimiento, se aduce la existencia del dolo por parte del vendedor y, en caso de que no se admita su existencia, se

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

aprecie la existencia de error recayente sobre el objeto del contrato que invalida el consentimiento, citando los artículos 1265 y 1266 de dicho Código»; el comprador (Enrique) hacía «consistir la actuación dolosa del vendedor, determinante, en su caso, del error también denunciado, en la manifestación que le hizo éste de que el furgón frigorífico objeto del contrato disponía de toda documentación y requisitos necesarios para su inmediata utilización, entre los que resulta ser imprescindible, según el recurso, la tarjeta de transporte propia de dicho artículo» (FD 1.º). El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

– *STS, 1.ª, 23.06.1994 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; Cendoj, Roj STS 4868/1994)*

HECHOS: Varios familiares (madre, hijos y cónyuges; Juana, Matías, Edurne, Pedro Miguel, Asunción, M.^a Luisa, Soledad, Rafael, Melisa, Alexander; prestatarios) celebran siete escrituras de préstamo hipotecario, cinco de ellas se otorgan el 03.11.1982 y las otras dos el 06.11.1982 y el 08.11.1982. En las escrituras se hace «constar que los distintos prestatarios reconocen tener recibido el importe total de sus préstamos y, aunque efectivamente no hubo entrega material de dinerario, sí la hubo dispositiva, toda vez que [se] estipuló que su abono se llevaba a cabo en una cuenta oficial, que resultó única para la familia [...], a la que se dio un destino convenido y bien concretado, y que no era otro que el de atender al pago del saldo deudor a la Caja por consecuencia de la letra de cambio, [...] librada en fecha 31 de diciembre de 1981 [...] a la orden de la Caja de Ahorros de Plasencia, con vencimiento el 1 de abril de 1982, por un importe de 53.000 Pts, figurando como aceptante [...] Alexander, y que resultó impagada, por lo que hubo de ser protestada»¹². En cuanto a la hipoteca de la escritura de 12.04.1982, siendo la cuantía del préstamo 65.000 Pts., la misma se ingresa «en una cuenta especial, con autorización expresa de su destino específico, que se otorgó a la Caja para la cancelación de tres cambiales, [...] libradas en fecha 30 de septiembre de 1982 (dos de ellas) y vencimientos el 13 y 29 de diciembre de 1982, por los importes respectivos de 20.000.000 y 30.000.000 de Pts y la tercera expedida el 8 de noviembre de 1982 y vencimiento el 29 de diciembre de 1982, por 5.000.000 Pts (Total 55.000.000 Pts), [...] todas ellas a la orden de la Caja [...], que tampoco se

¹² Continúa la idea de que hubo disponibilidad de dinero por parte de los prestatarios, habiéndose pactado su destino: «La congelación del dinerario contaba con la autorización de sus titulares, toda vez que el apoderado de los mismos, el referido [...] Alexander, suscribió dos documentos con la entidad recurrida, en fecha 8 de noviembre de 1982, debidamente adverbados y eficaces, a nombre de los interesados de referencia, en virtud de poderes públicos que le habían otorgado a medio de escrituras de fechas de 30 de enero y 8 de agosto de 1968, a fin de que el capital recibido se invirtiese en la cancelación de la referida cambial vencida, lo que efectivamente se llevó a cabo el 17 de noviembre de 1982, sin que venga a representar esta operación, en forma alguna, la extinción de los siete créditos hipotecarios, los que quedaron subsistentes y con plena vigencia obligacional, pues en realidad lo realizado por los deudores fué aplicar el capital recibido no a fines propios, sino a los que se deja expresado, en razón a los negocios familiares comunes; con lo que no se les privó de sus facultades de disponibilidad, sino que voluntariamente las ejercitaron como tuvieron más convenientes a sus intereses» (FD 1.º).

abonaron, por lo que fueron protestadas». Los prestatarios demandan a la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura* (antes *Caja de Ahorros de Plasencia*) y piden que se la condenen a liquidar y rendir las cuentas correspondientes a los préstamos hipotecarios y la nulidad de las hipotecas e indemnización de perjuicios (FD 1.º; *vid.* AH 1.º).

En primera instancia se desestima la demanda de los prestatarios (AH 3.º). *En segunda instancia* se confirma la sentencia de primera instancia (AH 4.º).

Los prestatarios interponen recurso de casación y alegan, entre otros motivos, error en la apreciación de la prueba (motivo 1.º) sosteniendo «al menos así parece deducirse, con algún atisbo de corresponder a pretensión impugnatoria, dada la maraña de aportaciones fácticas y jurídicas y la falta de concreción y claridad en la argumentación, que la rendición de cuentas lo es en razón a no haberse producido efectiva entrega del dinerario a los deudores hipotecarios que recurren» (FD 1.º); e inaplicación del artículo 1265 CC en relación 1269 CC, por «nulidad en los consentimientos prestados en las correspondientes escrituras que autorizan los controvertidos préstamos, pues la Caja materialmente hizo firmar a [...] Alexander las autorizaciones de disponibilidad fechadas el 8 de noviembre de 1982» (FD 4.º, AH 5.º). El Tribunal Supremo no casa.

– *STS, 1.ª, 15.06.1995 (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Cendoj, Roj STS 3485/1995)*

HECHOS: El 05.06.1986, Estefanía celebra un contrato con Eugenia (vendedora). Estefanía demanda a Eugenia y a Juan Luis (esposo), y pide la declaración de que el contrato «es nulo por cuanto el consentimiento prestado para contratar [...] fue prestado por las maquinaciones insidiosas de la contraparte [Eugenia]», por lo que proceden las recíprocas restituciones; subsidiaria y alternativamente, pide que el contrato se declare resuelto por el incumplimiento total y definitivo de Eugenia e indemnización de daños. Eugenia y Juan Luis reconviene y solicitan la declaración de resolución del contrato y la condena a Estefanía al pago de 923.444 pesetas e intereses. Todo lo anterior en el AH 1.º.

En primera instancia se desestima la demanda de Estefanía, y, estimando la reconvencción de Eugenia y de Juan Luis se declara resuelto el contrato celebrado y se condena a la pérdida de la suma de 923.444 pesetas entregadas a cuenta del precio total en concepto de daños, más el interés (AH 1.º). Estefanía recurre en apelación (AH 2.º). *En segunda instancia* se estima el recurso de Estefanía y se condena a Eugenia y Juan Luis a que pasen por la declaración de nulidad del contrato celebrado y devuelvan a Estefanía la cantidad de 923.444 pesetas más intereses (AH 2.º). Eugenia y Juan Luis recurren en casación y alegan (motivo único) «infracción de las normas del ordenamiento jurídico que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate» (AH 3.º). El Tribunal Supremo entiende que la cuantía reclamada no llega al mínimo que se exige para poder acceder al recurso de casación (FD 2.º).

- STS, 1.^ª, 19.02.1996 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; Cendoj, Roj STS 7831/1996)

HECHOS: El 24.10.1988 y en escritura pública, Hugo compra a Felipe, Edurne, Cosme y Sofía la finca registral núm. 5.025. Posteriormente, el 28.11.1989 y en escritura pública, Hugo compra a Mariano la finca registral núm. 8.144. La razón de esta segunda compra reside en que Mariano le acusaba de haber invadido la mayor parte de su finca registral núm. 8.144, amenazándole con paralizar la construcción de la obra que estaba haciendo en la finca registral núm. 5.025, lo que no era cierto, pues solo había invadido 2 m² de aquella finca registral núm. 8.144. Más concretamente, «el tema central del debate procesal, que no es otro, atendiendo! [a] [sic] los hechos probados, [...] [que] las actividades que llevó a cabo [el vendedor Mariano], encuadrables en ámbito jurídico de la mala fe, toda vez que provocó la compra de su parcela (núm. 8.144)» por parte de Hugo, que «ante la amenaza de paralización de las obras constructivas en la urbanización que llevaba a cabo en la finca número 5.025, no tuvo otra salida para zanjar la cuestión que celebrar la compraventa pública de 28 de noviembre de 1989, prestando para ello un consentimiento no libre y voluntario, sino forzado y competido [sic, compelido] por las circunstancias imperiosas, ya que se le acusaba de haber invadido la mayor parte de la finca» del vendedor Mariano, «generándose de esta manera fundada creencia errónea en tal sentido y que [la] Sentencia [de segunda instancia] califica de insalvable, cuando la realidad, puesta de manifiesto por las pruebas practicadas en a [sic, el] pleito, es que sólo se había ocupado una extensión de 2 metros cuadrados» (FD 3.^º). En su demanda, el comprador Hugo suplica, alternativamente, «que se declare la nulidad de la compraventa perfeccionada el 24 de noviembre de 1989» [sic, 28.11.1989] entre Hugo y Mariano, «o en su caso, la nulidad de la compraventa perfeccionada» el 24.10.1988 entre Hugo, y Felipe, Edurne, Cosme y Sofía, «con devolución del precio indebidamente abonado, más intereses» (AH 1.^º).

En primera instancia se declara la nulidad de la compraventa celebrada entre Hugo y Mariano el 28.11.1989, debiendo recíprocamente restituirse las cosas que fueron objeto del contrato con los intereses del precio; a Felipe, Edurne, Cosme y Sofía se les absuelve «de lo pedido en su contrato» (AH 4.^º). Mariano recurre en apelación. *En segunda instancia* se revoca parcialmente la sentencia «en el sentido de declarar la nulidad parcial de la compraventa efectuada, manteniendo la validez tan sólo de los 2 metros cuadrados ocupados, debiendo restituir el actor [el comprador Hugo] el resto de la extensión, mientras que el demandado [el vendedor Mariano] deberá abonar al demandante [el comprador Hugo] la cantidad de 14.947.461 ptas.. [sic] con los intereses del precio» (AH 5.^º).

En su recurso de casación, el vendedor Mariano alega, entre otros extremos, interpretación errónea del artículo 1284 CC (motivo 2.^º), inaplicación del artículo 1281 CC (motivo 3.^º) e infracción de la jurisprudencia, en cuanto a la doctrina sobre construcción extralimitada (motivo 4.^º) (AH 6.^º). El Tribunal Supremo considera que «[n]o se ataca [...] la concurrencia de error como vicio que invalida el consentimiento prestado a la compraventa [por parte del comprador Hugo] [...], por lo que la Sala a

quo aplicó correctamente el art. 1300 del Código Civil, que hay que relacionar necesariamente con el 1261, 1266, 1267 y concordantes del Código Civil» (FD 3.º), y no casa (Fallo).

- *STS, 1.ª, 23.05.1996 (Pte. Excmo Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa; Cendoj, Roj STS 3137/1996)*

HECHOS: El 13.03.1986, Constanza y Paula (matrimonio) celebran con Serafín, Pedro Enrique y Evaristo (súbditos italianos) un contrato en el que, entre otras cosas, se dice que Paula es dueña y titular del negocio de restaurante sito en la casa de la que es copropietario con Constanza (su marido); que «vende o traspassa» el negocio junto con todos sus utensilios, excepto los locales, a Pedro Enrique, Evaristo y Serafín por 7.000.000 de pesetas, recibiendo ahora 3.000.000 de pesetas y los restantes 4.000.000 de pesetas los recibiría el próximo 30.08.1986; que Paula y Constanza dan en arrendamiento los locales en los que se encuentra el negocio de restaurante por 45.000 pesetas mensuales; que el resto de la casa en la que no está instalado el restaurante, Paula y Constanza la ceden en alquiler por 35.000 pesetas mensuales (arrendamiento de vivienda). Serafín demanda a Constanza y Paula en dos juicios que se acumulan. En el primer juicio Serafín pide la resolución del contrato de 13.03.1986 y la devolución, con carácter solidario, de los 3.000.000 de pesetas pagados e indemnización de daños y perjuicios; subsidiariamente, pide que Constanza y Paula den cumplimiento a las obligaciones de hacer que como arrendadores les corresponde (entrega en normal funcionamiento del restaurante, lo que incluye su funcionamiento legal, reparaciones necesarias para su uso, mantenimiento en el goce pacífico de la industria y en la vivienda accesoria). En su segundo juicio, Serafín pide, entre otras cosas, la nulidad del contrato celebrado por ilicitud e indemnización de daños. Todo lo anterior en el FD 1.º.

En primera instancia se desestiman las demandas de Serafín (AH 1.º, FD 1.º). Serafín recurre en apelación (AH 2.º). *En segunda instancia* se revoca la sentencia de instancia en el sentido de estimar la demanda, declarándose resueltos los contratos de arrendamiento de local de negocios y de vivienda, y de venta de industria, debiendo Serafín devolver los objetos arrendados si todavía no lo hubiere hecho, y los utensilios industriales e inventariados en el documento de 16.03.1986, y Constanza y Paula deben devolver los 3.000.000 de pesetas recibidos por la compra de la industria (AH 2.º, FD 1.º), y se desestima la nulidad del contrato por ilicitud y petición de indemnización (AH 2.º, FD 1.º). Serafín interpone recurso de casación y «[e]n el segundo motivo, último formulado, se recogen diversas infracciones en relación con los siguientes artículos: 1553, 1295, 1124, en su segundo párrafo, 1269, 1265, 1282, 1462 y 7.1, todos ellos del Código Civil, 116 de la Ley de Arrendamientos Urbanos [de 1964], y 1.1 y 24.1 de la Constitución» (AH 3.º). El Tribunal Supremo, que entre otras cosas entiende que no hubo dolo (FD 8.º), no casa (Fallo).

- *STS, 1.ª, 08.11.1997 (Pte. Excmo Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa; Cendoj, Roj STS 6673/1997)*

HECHOS: El 25.06.1991 y en escritura pública, Pedro Jesús e Inés (compradores; matrimonio) adquieren una vivienda a Magdalena, siendo su precio de 16.300.000 pesetas, precio que pagaron íntegramente. Según los compradores Pedro Jesús e Inés, iniciaron «obras de acondicionamiento en el inmueble y [al] levantarse los ladrillos del suelo, se apreció que todas las vigas del mismo se encontraban podridas y amenazaban grave riesgo para las personas y peligro de desmoronamiento», siendo preciso «[e]n una primera valoración de las obras necesarias para reparar los referidos vicios» la cantidad de 4.500.000 pesetas, además de que «tuvieron que hipotecar la vivienda por 14.000.000» pesetas, y otra serie de gastos. La no posibilidad de poder utilizar la vivienda les supone un perjuicio. La vendedora Magdalena sabía del vicio oculto y pese a ello, «anunció su venta en una revista «como totalmente reformada»». Los compradores Pedro Jesús e Inés demandan a la vendedora Magdalena y piden que se declare la resolución o nulidad de la compraventa y que se condene a Magdalena a que les reintegre el precio satisfecho por la compra de la vivienda e indemnización de daños y perjuicios. Todo lo anterior en el FD 1.º y en el AH 1.º.

En primera instancia se desestima la demanda de los compradores Pedro Jesús e Inés (AH 1.º, FD 1.º). Los compradores Pedro Jesús e Inés interponen recurso de apelación. *En segunda instancia* se estima en parte la demanda de los compradores Pedro Jesús e Inés y se condena a la vendedora Magdalena a que les pague, en concepto de daños y perjuicios, la cuantía de 4.500.000 pesetas más intereses legales (AH 2.º, FD 1.º).

La vendedora Magdalena recurre en casación y alega infracción del artículo 1270.II CC, en relación con la doctrina jurisprudencial, y de los artículos 1101 y 1106 CC (motivo 2.º; AH 3.º). Según el Tribunal Supremo, en la sentencia recurrida se apreció dolo incidental de la vendedora Magdalena y este dolo incidental se «materializó en el abono de los daños y perjuicios necesarios para que la vivienda estuviese en situación de ser ocupada tras la subsanación de los defectos observados», habiéndose apoyado «[l]os pedimentos del suplico de la demanda» de los compradores Pedro Jesús e Inés en los artículos 1484 a 1486, 1101 y 1102, 1124 y 1269 y 1270 CC (FD 5.º; *vid.* además FD 8.º), y no casa (Fallo).

- *STS, 1.ª, 23.07.1998 (Pte. Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes; Cendoj, Roj STS 4980/1998)*

HECHOS: El 05.11.1990, M.ª Dolores (madre) celebra con Luis Carlos y M.ª del Pilar (hijos) tres contratos de arrendamiento con opción de compra de inmuebles. En concreto, uno de los contratos es de once apartamentos, otro de una casa-vivienda con 4.000 m² aproximadamente de terreno y el tercero de un piso-vivienda, consistiendo la contraprestación por la opción de compra en 22.000.000 millones de pesetas de la que se descontaría la cantidad que Luis Carlos y M.ª del Pilar hubieran abonado

en concepto de rentas. Luis Carlos y M.^a del Pilar (arrendatarios/optantes) demandan a M.^a Dolores (arrendadora/optataria) y suplican la declaración de que los contratos celebrados «son unos contados validos [*sic*; contratos válidos], subsistentes y aptos para producir efectos jurídicos desde las fechas de sus otorgamientos, que tienen por objeto un arrendamiento con opción de compra a favor de los actores [Luis Carlos y M.^a del Pilar] sobre los bienes inmuebles que constituyen el objeto de los mismos, con la contraprestación a cargo de éstos [Luis Carlos y M.^a del Pilar] y a favor de la demandada [M.^a Dolores] de» 22.000.000 pesetas, «de cuya cantidad total, por el ejercicio de la opción por los actores [Luis Carlos y M.^a del Pilar], se han de descontar aquellas [cantidades] que estos [Luis Carlos y M.^a del Pilar] hubieran abonado a la demandada [M.^a Dolores] en concepto de rentas, y que M.^a Dolores otorgue escritura pública de los contratos, y si no cumpliere esto, que el órgano judicial otorgue la escritura pública. Lo anterior en el AH 1.^o1. La opción de compra la ejercitan Luis Carlos y M.^a Dolores en la propia demanda (FD 1.^o).

M.^a Dolores (arrendadora/optataria) reconviene y pide la declaración de nulidad «absoluta» del contrato de arrendamiento con opción de compra de 05.11.1990 de once apartamentos, la del contrato de arrendamiento con opción de compra de 05.11.1990 de la casa-vivienda con 4.000 m² aproximadamente de terreno y la del contrato de arrendamiento con opción de compra de 05.11.1990 del piso vivienda (AH 1.^o2), por el dolo causante de su hijo Luis Carlos (FD 1.^o).

En primera instancia se estima la demanda de Luis Carlos y M.^a Pilar (arrendatarios/optantes) y se desestima la reconvenición de M.^a Dolores (arrendadora/optataria) (AH 1.^o4). *En segunda instancia* se desestima el recurso de apelación que M.^a Dolores interpone (AH 2.^o). M.^a Dolores recurre en casación y alega, entre otros motivos, infracción por falta de aplicación de los artículos 1265, 1269 y 1270 CC y jurisprudencia concordante (motivo 3.^o) e infracción por falta de aplicación de los artículos 1265 y 1266 CC y jurisprudencia concordante (motivo 4.^o) (AH 3.^o). El Tribunal Supremo, que entiende que no hubo dolo de Luis Carlos, ni error de M.^a Dolores (FD 4.^o), no casa (Fallo).

— STS, 1.^a, 27.11.1998 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; Cendoj, Roj STS 7087/1998)

HECHOS: El 02.01.1989 se celebra contrato de transporte en exclusiva y de un año de duración entre *Automóviles Rodrigo, S.A.* (transportista) y *Gefco España, S.A.* Más tarde, *Automóviles Rodrigo, S.A.* demanda a *Gefco España, S.A.* y pide, entre otras cosas, que se tenga por resuelto el contrato de transporte, que la resolución es por causa de que *Gefco, S.A.* no cumplió lo pactado e impidió a *Automóviles Rodrigo, S.A.* cumplir, e indemnización de daños y perjuicios (AH 1.^o). *Gefco España, S.A.* contesta a la demanda y suplica su absolución (AH 1.^o).

En primera instancia se desestima la demanda de *Automóviles Rodrigo, S.A.* (AH 1.^o). *Automóviles Rodrigo, S.A.* interpone recurso de apelación, y *en segunda*

instancia se acoge, en parte, la demanda de *Automóviles Rodrigo, S.A.*, declarándose resuelto el contrato de transporte por incumplimiento de *Gefco España, S.A.*, condenándose a esta última a que indemnice a *Automóviles Rodrigo, S.A.* el «beneficio dejado de obtener [...] durante el periodo comprendido entre febrero y diciembre de 1989», «con el límite en todo caso de 62.500.000 pesetas» (AH 2.º). *Gefco España, S.A.* interpone recurso de casación, «por infracción, por inaplicación, de los artículos 1300, 1301 y 1302 en relación con los arts. 1261, 1265 y 1269 todos ellos del código Civil [*sic*; Código]» (AH 3.º; motivo único). El Tribunal Supremo estima dicho motivo único (FD 1.º) y casa, desestimando la demanda de *Automóviles Rodrigo, S.A.* y absolviendo a *Gefco, S.A.* (Fallo).

– *STS, 1.ª, 16.10.1999 (Pte. Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote; Cendoj, Roj STS 6413/1999)*¹³

HECHOS: El 05.08.1991 y en documento privado, Lázaro y Eugenia (vendedores) venden una nave de dos plantas (planta baja y planta primera) situada en Córdoba a Pedro Francisco y Laura (compradores). Los compradores querían dedicar la planta baja de la nave a la venta al público de productos de alimentación, actividad a la que se dedicaban. Pero la nave vendida de dos plantas no se ajustaba al plan urbanístico de la localidad, según el cual se prohibía construir edificios de más de una planta, denegando el Ayuntamiento a los compradores Pedro Francisco y Laura la licencia para la apertura del negocio de alimentación. Los compradores no pagan a los vendedores dos plazos del precio aplazado y Pedro Francisco y Laura (vendedores) les demandan y ejercitan acción de cumplimiento, reclamándoles el pago del resto del precio (4.477.778 pesetas para el 05.08.1993 y 5.400.000 pesetas para el 05.08.1994). Pedro Francisco y Laura (compradores) reconviene y piden, entre otras cosas, la anulación de la compraventa y la condena a los vendedores a que restituyan las cantidades pagadas por Pedro Francisco y Laura más intereses legales. Lo anterior en el AH 1.º y en el FD 1.º.

En primera instancia se estima la demanda de los vendedores Lázaro y Eugenia, condenándose a los compradores Pedro Francisco y Laura al pago de 4.477.778 pesetas para el 05.08.1993 y al de 5.400.000 pesetas para el 05.08.1994. Del estudio conjunto de la prueba, se entiende que los vendedores Lázaro y Eugenia cumplieron con su deber de informar a los compradores Pedro Francisco y Laura de la ilegalidad urbanística que les impone el artículo 62 TRLS, ello aunque no constase en el documento privado de compraventa, además de que el objeto de la venta fue la planta baja de la nave y el precio de venta pactado se calculó sobre esa planta baja de la nave de una extensión de 207 m² (esto es, el precio no se calculó sobre los 400 m² que tenía todo el edificio) y en todo caso, el incumplimiento del deber de informar del artículo 62 TRLS no es la nulidad del contrato, sino la facultad de resolver el contrato en un año

¹³ Otro extracto de hechos de esta *STS, 1.ª, 16.10.1999* por LYCZKOWSKA, ADC (2009) pp. 437-438.

y la indemnización de daños y perjuicios. La reconvencción de los compradores Pedro Francisco y Laura se desestima. Todo lo anterior en los AH 1.º y FD 1.º.

Los compradores Pedro Francisco y Laura interponen recurso de apelación que se desestima *en segunda instancia*, confirmándose la sentencia de primera instancia (AH 2.º).

Los compradores Pedro Francisco y Laura recurren en casación y alegan inaplicación del artículo 62, 1 a 4, TRLS en relación con el artículo 6.3 CC (motivo 1.º), inaplicación de la doctrina jurisprudencial interpretativa del artículo 62, 1 a 4, TRLS en relación con la interpretación del artículo 6.3 CC (motivo 2.º), error de derecho por inaplicación de los artículos 1265, 1269 y 1270 CC y doctrina jurisprudencial que los interpreta (motivo 3.º) y violación de los artículos 1261, 1445, 1265, 1266 y 1225 CC en relación con el artículo 62 TRLS (motivo 4.º). Lo anterior en el AH 3.º y FD 1.º.

El Tribunal Supremo, que entiende que los compradores Pedro Francisco y Laura fueron informados por los vendedores Lázaro y Eugenia de la irregularidad urbanística de la nave, considera no infringido el artículo 62 TRLS y que no hubo dolo de los vendedores Lázaro y Eugenia, ni error de los compradores Pedro Francisco y Laura (FD 2.º, 3.º, 4.º), y no casa (Fallo).

– *STS, 1.ª, 29.12.1999 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; Cendoj, Roj STS 8541/1999)*

HECHOS: El 02.08.1988, en documento privado, Imanol compra 200 acciones nominales de *Malamonedilla, S.A.* por dos millones de pesetas y los derechos de suscripción de ampliación del capital social por cuarenta y ocho millones de pesetas, en el precio de trescientos millones de pesetas. En el contrato se señala que la finca *Malamonedilla* tenía 1807 hectáreas de extensión superficial, siendo un coto mayor de caza. Imanol paga los trescientos millones y se pacta que *Anegada, S.A.* se subroga en las obligaciones y derechos de Imanol como comprador de las acciones nominales de *Malamonedilla, S.A.* por los dos millones de pesetas, que *Anegada, S.A.* paga. En cuanto a la finca, esta no tenía 1807 hectáreas, sino 1352,1839 hectáreas de superficie. Imanol y *Anegada, S.A.* (compradores) demandan a Casimiro y Soledad (vendedores) por considerar que estos últimos actuaron con dolo, entendiéndolo que sabían de la menor superficie de la finca y, como no pueden entregarles las casi 455 hectáreas que faltan para agregar a la finca comprada, piden, entre otras cosas, que Casimiro y Soledad (vendedores) les paguen 76.043.165 pesetas cobradas indebidamente por la superficie que falta y les indemnicen los daños y perjuicios. Casimiro y Soledad contestan a la demanda y suplican la aceptación de las excepciones alegadas y que no se entre a conocer del fondo del asunto, desestimándose la demanda; subsidiariamente, que la demanda sea desestimada. Todo lo anterior en el AH 1.º.

En primera instancia se estima la excepción de sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje, desestimándose la demanda, sin entrar en el fondo de la litis (AH 1.º). Imanol y *Anegada, S.A.* interponen recurso de apelación (AH 2.º). *En segunda*

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

instancia se declara que no ha lugar a la acción ejercitada y se absuelve a los compradores (AH 2.º). Imanol y *Anegada, S.A.* interponen recurso de casación, alegando, entre otras cosas, inaplicación de los artículos 1269 y 1270.II CC, en relación con el artículo 1469.I CC (motivo 1.º) (AH 3.º, FD 2.º). El Tribunal Supremo entiende que los vendedores no actuaron con dolo (FD 2.º) y no casa (Fallo).

– *STS, 1.ª, 30.06.2000 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; Cendoj, Roj STS 5346/2000)*

HECHOS: A causa de la expropiación de *Rumasa* «(R.D.L. de 23 de Febrero de 1983 y posterior de 29 de Junio de 1983)», el Estado resulta propietario de *Industrias Tauro, S.A.* El 05.02.1985, el Estado vende la totalidad de las acciones de *Industrias Tauro, S.A.* a *Samsonite Corporation* y en la cláusula 4.ª, apartado 25, del contrato se dice «que la sociedad transmitida «cuenta con todas las facultades, licencias, permisos y autorizaciones (de índole gubernativa y de otro tipo), necesarios para poseer y explotar su patrimonio y para desarrollar sus negocios y actividades, tal y como lo viene haciendo hasta ahora»». Sin embargo, *Industrias Tauro, S.A.* no contaba con «licencia de apertura, que el contrato establece como existente, pues la que en su día se solicitó no se obtuvo y el expediente municipal fue archivado»; en concreto, si bien el Estado no había solicitado la licencia, la misma «fue denegada en fecha 8 de Febrero de 1984, resolución que se notificó a la parte solicitante, y en dicha fecha el Estado ya era propietario por vía expropiatoria de industrias Tauro S.A.» (FD 2.º). *Samsonite Corporation* demanda al Estado (representado en el contrato por la Dirección General del Patrimonio del Estado) y exige que este le repare los daños y perjuicios por incumplimiento y sus efectos económicos en la finca; en concreto, exige que el Estado resarza «al comprador, *Samsonite Corporation*, en los términos previstos en la estipulación cuarta del Contrato suscrito en su día el día 5 de Febrero de 1985, de cuantos gastos, daños o pérdidas ha sufrido como consecuencia de la inexactitud e incumplimiento de los términos, manifestaciones y garantías del citado contrato, que ascienden por principal a ochenta y nueve millones novecientos ochenta y siete mil cuatrocientas cuarenta y seis pesetas (89.987.446 Ptas.) de los cuales, cuarenta millones quinientas siete mil setecientos cincuenta pesetas (40.507.755 Ptas.) han correspondido a gastos directos por honorarios y costos por obras de acondicionamiento y adaptación de las instalaciones a la ordenación urbanística, directa y exclusivamente satisfechos por la actora, y cuarenta y nueve millones cuatrocientos setenta y nueve mil seiscientos noventa pesetas (49.479.691 Ptas.) correspondientes a la pérdida de valor del suelo destinada a fines no productivos, así como a la cantidad que por intereses, costas y gastos resulte conforme a Derecho» (AH 1.º). Salvo la indicación del AH 1.º y del FD 2.º, el resto de todo lo anterior en el FD 1.º.

En primera instancia se estima en parte la demanda de *Samsonite Corporation* y se condena al Estado «al pago a la actora [la compradora, *Samsonite Corporation*] de la suma que importe los derechos municipales de otorgamiento de la licencia de

apertura de la Industria de Marroquinería Industrias Tauro S.A. [...], así como todos los gastos de acondicionamiento de dicho edificio, sobre las bases [...]» (AH 3.º).

Samsonite Corporation y el Estado (Abogado del Estado) recurren en apelación. *En segunda instancia* se desestima el recurso del Estado y se estima en parte el de *Samsonite Corporation*, condenándose al Estado «a abonar a la actora la suma que importe el valor de las obras necesarias para obtener la licencia de apertura de las Industrias Tauro, S.A., incluidos los honorarios de los profesionales, y el valor de las tasas municipales y administrativas correspondientes para obtener dicha licencia de apertura [...]» (AH 4.º); esto es, se «decretó haberse producido incumplimiento contractual por parte de la Dirección General del Patrimonio del Estado, acogiendo la acción «ex contractu» ejercitada, ya que al no contarse con la licencia discutida, las sanciones administrativas podían llegar a privar a la compradora [*Samsonite Corporation*] de la posibilidad de ejercer y desarrollar la industria que adquirió en el inmueble afectado» (FD 1.º).

El Estado (el Abogado del Estado) recurre en casación y alega «infracción de los artículos 7, 1258 y 1269» CC, combatiendo «la declaración que hace la Sala sentenciadora de que se dio ausencia [de] buena fe por parte del Estado en la contratación de referencia y que en el incumplimiento ha existido dolo» (motivo 2.º; AH 5.º, FD 2.º) e infracción de los artículos 1101, 1106 y 1107 CC (motivo 3.º; AH 5.º). El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

– *STS, 1.ª, 13.12.2000 (Pte. Excmo. Sr. D. José Ramón Vázquez Sandes; Cendoj, Roj STS 9179/2000)*

HECHOS: El 31.05.1989 y en escritura pública, M.ª Dolores de 83 años y concedente de la opción celebra una opción de compra de un inmueble con Valentín (opante) por un precio de 2.000.000 pesetas (opción de compra onerosa). El 12.06.1990 y en escritura pública, M.ª Dolores como vendedora y Valentín como comprador celebran la compraventa del inmueble por un precio de 4.000.000 pesetas. El dinero fijado como precio fue recibido por el sobrino de M.ª Dolores. El valor real del inmueble es de 10.000.000 pesetas. M.ª Dolores demanda a Valentín y pide, entre otras cosas, la declaración de que son nulas e ineficaces por vicio del consentimiento la escritura pública de opción de compra de 13.05.1989 y la escritura pública de compraventa de 12.06.1990; en su defecto, la nulidad de la compraventa celebrada por inexistencia de causa; y subsidiariamente, la rescisión de la compraventa celebrada por lesión en más de la mitad de su justo precio. Lo anterior en el AH 1.º, y en los FD 1.º, 2.º, y 5.º.

En primera instancia se declara la nulidad por vicio del consentimiento de la opción de compra de 31.05.1989 y de la compraventa de 12.06.1990, con cancelación de las oportunas inscripciones registrales y devolución a M.ª Dolores del inmueble (AH 1.º). *En segunda instancia* se desestima el recurso de apelación de Valentín, confirmándose íntegramente la sentencia de primera instancia (AH 2.º).

Valentín interpone recurso de casación y alega, entre otros motivos, aplicación indebida de los artículos 1269 y 1270 CC en relación con la jurisprudencia interpretativa de los mismos (motivo 1.º); infracción del artículo 1253 CC en relación con el artículo 1269 CC (motivo 2.º); e infracción del artículo 1218 CC (motivo 3.º) (AH 3.º, FD 1.º).

El Tribunal Supremo entiende que no hubo dolo de Valentín. Estima esos tres motivos del recurso de casación de Valentín, «ante la debilidad argumental de las sentencias de instancia sobre el particular y a falta de toda prueba de superchería amparada por la fe pública que evidencie el consentimiento viciado que se invoca en la demandada [M.^a Dolores]» (FD 3.º), y revoca la sentencia «de primera instancia para constituirse este Tribunal [Supremo], [...], en juzgador de instancia dentro de los términos en que fue planteada la demanda con una pretensión, subsidiaria para el caso de que no prosperase la principal –que aquí, por lo que queda expuesto, no prospera y es desestimada [la principal]–, que no fue estudiada ni decidida en las instancias por impedirlo la resolución dictada en las mismas» (FD 4.º). El Tribunal Supremo, dada la diferencia entre el precio de venta (4.000.000 de pesetas) y el valor real del inmueble (10.000.000 de pesetas), admite la rescisión por lesión *ultradimidium* con sus consiguientes efectos (arts. 323 y 325 CDCC, entonces vigentes) (FD 5.º) y estima la demanda de M.^a Dolores solo en cuanto a la rescisión por lesión en más de la mitad del justo precio, sin perjuicio de que Valentín pueda evitar la rescisión pagando en dinero el complemento del precio en 6.000.000 pesetas (Fallo).

– STS, 1.ª, 22.12.2001 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; Cendoj, Roj STS 10261/2001)

HECHOS: *Lepanto, S.A., Compañía de Seguros y Reaseguros (Lepanto)*, y *Hervisan, S.C.* (tomador del seguro) celebraron un contrato de seguro de responsabilidad civil general para empresas de servicios, a través del agente de la primera. Con anterioridad, en la solicitud-cuestionario de fecha 20.06.1989, se declara que «[l]a fecha del efecto deberá ser la de 15 de mayo de 1989. No ha habido siniestro hasta la fecha» y, con base en dicha solicitud, se concierta la correspondiente póliza el 28.06.1989, «que contiene la retroactividad de la cobertura conforme fue solicitada por la entidad *Hervisan, S.C.*, [...], sucediendo que sí había ocurrido siniestro, pues el accidente que se pretende amparar en dicho contrato, aconteció el» 30.05.1989. *Lepanto* demanda al tomador del seguro (*Hervisan, S.C.*) y a Isidro, Rodolfo, Carlos Ramón y Pedro Jesús, pidiendo, entre otros extremos, la declaración de nulidad de la póliza de seguro de 26.06.1989 y su condena solidaria al pago de la cantidad de 22.080.105 pesetas, en concepto de indemnización. Todo lo anterior en el AH 1.º y en el FD 1.º.

En primera instancia se desestima la demanda (AH 3.º). *Lepanto* recurre en apelación y *en segunda instancia* se estima en parte el recurso y declara la nulidad parcial del contrato de seguro celebrado entre *Lepanto* y *Hervisan* «en relación con el

accidente sufrido por D. Víctor en fecha 30 de mayo de 1989», condenando a la última entidad (*Hervisan*) al pago de 22.080.105 pesetas más intereses; también se condena a Isidro, Rodolfo, Carlos Ramón y Pedro Jesús de forma subsidiaria en relación con la sociedad y mancomunada entre sí al pago de las anteriores cantidades (AH 4.º). *Hervisan* e Isidro, Rodolfo, Carlos Ramón y Pedro Jesús interponen recurso de casación y en el motivo 3.º alegan infracción de los artículos 1269 y 1270 CC y doctrina jurisprudencial (AH 5.º). El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

- *STS, 1.ª, 20.11.2002 (Pte. Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez; Cendoj, Roj STS 7730/2002)*

HECHOS: El 26.02.1993, *Promagca, S.A.*, propietaria de una nave industrial a la que se le asigna un valor de 17.000.000 pesetas, celebra una permuta con José Ángel y Bárbara, propietarios de una finca rústica a la que se le asigna un valor de 15.300.000 pesetas. José Ángel y Bárbara actuaron con dolo en lo que se refiere a la consideración de la cualidad de urbanizable de la finca. Además, un hijo de José Ángel y Bárbara trabajaba como director de *Progmagca, S.A.*; a él se debió la permuta y preparación de su escritura pública, la cual no pasó por la oficina de Madrid y determinó que el representante de *Promagca, S.A.* se trasladase a Zaragoza para su firma con «la firme creencia de que el terreno era urbanizable y podía enajenarse en la cantidad de 35.000.000» pesetas; al representante de la empresa no le constaba «quienes eran los dueños del terreno permutado y el demandado, que trabajaba en la empresa otorgó poder para que en su representación firmara su esposa la escritura» (FD 1.º). *Promagca, S.A.* demanda a José Ángel y Bárbara y pide la declaración de la nulidad de la permuta y correspondiente cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Todo lo anterior en el AH 1.º y en el FD 1.º.

En primera instancia se estima la demanda. José Ángel y Bárbara apelan. *En segunda instancia*, se desestima el recurso, confirmándose la sentencia de instancia (se considera nulo al contrato, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1265, 1266 y 1269 CC). José Ángel y Bárbara recurren en casación. El Tribunal Supremo no casa. José Ángel y Bárbara presentan demanda de amparo constitucional y el Tribunal Constitucional reconoce su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), anula la sentencia del Tribunal Supremo, que inadmitió el recurso de casación «en razón de la cuantía litigiosa», y retrotrae «las actuaciones procesales al momento inmediatamente anterior al de dicho pronunciamiento [del Tribunal Supremo], a fin de que se dicte nueva sentencia con pleno respeto del derecho fundamental reconocido». Todo lo anterior en los AH 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º. En su segunda sentencia, el Tribunal Supremo no casa (Fallo).

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

- STS, 1.ª, 11.06.2003 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; Cendoj, Roj STS 4039/2003)

HECHOS: Se celebran dos contratos de renta vitalicia en escritura pública, uno de fecha 18.01.1989 y el otro de fecha 21.02.1989 entre Constanza (madre; entrega como capital unas fincas) y Paulino (su hijo; deudor de la renta). Constanza demanda a Paulino y suplica la declaración de «nulidad [anulabilidad] de los contratos, en escritura pública de cesión a renta vitalicia, de fechas» 18.01.1989 y 21.02.1989 «por tratarse de negocios jurídicos con el consentimiento prestado por intimidación y dolo» por parte de Constanza y la cancelación de las inscripciones y anotaciones producidas por los contratos en el Registro de la Propiedad. Según Constanza, su hijo Paulino le había incitado «a una falsa representación de las cosas, propiciando un falso estado de necesidad para comunicarla [*sic*, conminarla] a contratar como única salida a la situación por él [Paulino] provocada». Todo lo anterior en el AH 1.º y en el FD 2.º.

En primera instancia se desestima la demanda de Constanza (AH 1.º, FD 1.º). Constanza recurre en apelación y en segunda instancia se desestima su recurso, confirmándose la sentencia de primera instancia (AH 2.º, FD 1.º).

José Francisco, heredero de Constanza, recurre en casación y alega, entre otras cosas, infracción del artículo 1301 CC por aplicación errónea e infracción del artículo 1969 CC por inaplicación, pues «ejercitada la acción de anulabilidad de los contratos por dolo, el plazo de prescripción de la acción comienza a contarse desde la consumación del contrato, y no desde la fecha de su celebración como entiende la sentencia recurrida» (motivo 2.º; FD 2.º); infracción por inaplicación de los artículos 1261.1.º, 1265 y 1269 CC (motivo 3.º); e infracción por inaplicación de los artículos 1232, 1218 y 1253 CC, y del artículo 1265 CC, y violación del artículo 1267.2.º CC (motivo 4.º; AH 3.º).

El Tribunal Supremo estima el motivo 2.º del recurso de casación de José Francisco, heredero de Constanza, ya que la acción de anulación que Constanza ejercita en vida estaba viva, al no haberse consumado los contratos celebrados (FD 2.º), y entiende que no hubo dolo de Paulino, ya que no existe prueba que acredite que Constanza hubiera celebrado «los contratos bajo la creencia de un supuesto estado de necesidad» y los hechos contradicen «la existencia de esa pretendida conducta insidiosa por parte del demandado [Paulino] dirigida a conducir la voluntad de su madre al otorgamiento de los contratos» (FD 2.º). En cuanto a la alegada por Constanza intimidación de Paulino, el Tribunal Supremo señala, entre otros extremos, que la casación no es una tercera instancia. Y por lo anterior, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación de José Francisco, heredero de Constanza (Fallo).

- STS, 1.ª, 12.06.2003 (Pte. Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán; Cendoj, Roj STS 4052/2003)

HECHOS: El 14.09.1995, Diana (vendedora) celebra con Ángel Jesús (comprador) un contrato, siendo su objeto la venta del local de negocio y del negocio *Prensa*

y revistas *Piezzito*, ubicado en un centro comercial de Sevilla, por 8.000.000 millones de pesetas, fraccionándose su pago en plazos. Se acuerda también que Ángel Jesús (comprador) visitaría diariamente el negocio desde el 14.09.1995 hasta el 18.10.1995 para «constatar la actividad y productividad del mismo, y en virtud de ello el comprador [Ángel Jesús] acudió diariamente al local objeto del contrato, a las horas que la vendedora [Diana] le indicó, coincidentes con las de recepción de los proveedores y devolución de los periódicos no vendidos». El 16.10.1995, Diana (vendedora) y Ángel Jesús (comprador) suscriben un documento complementario del anterior en el que se indica que Diana «recibe 3.000.000 pesetas y un cheque por importe del resto fechado a 25 de Noviembre siguiente para ser canjeado por otro nominativo en la fecha de la escritura y también se hace constar que el comprador [Ángel Jesús] recibe las llaves del local objeto del contrato». Con posterioridad, Ángel Jesús demanda a Diana por entender que esta le engañó, haciéndole «creer que los ingresos mensuales netos del negocio ascendían a 250.000 pesetas y estos han sido muy inferiores» y pide la declaración de resolución de la compraventa, con las oportunas restituciones. Diana (vendedora) reconviene y pide que Ángel Jesús cumpla el contrato, «con condena al otorgamiento de la correspondiente escritura pública y el abono al mismo de la cantidad de 4.800.000 pesetas, parte del precio que resta para su completo pago, con los intereses legales». Todo lo anterior en el FD 1.º.

En primera instancia se estima la demanda de Ángel Jesús y desestima la reconvencción de Diana. Diana recurre en apelación. *En segunda instancia* se desestima la demanda de Ángel Jesús y se estima la reconvencción de Diana. José Antonio recurre en casación. Todo lo anterior en el FD 1.º.

En su recurso de casación, Ángel Jesús alega infracción del artículo 1445 CC e indebida aplicación «de la doctrina reiterada sobre la venta de negocios en el que como elemento fundamental de la misma se incluye la clientela y el significado que se da a ésta como personas que habitualmente reciben los servicios de ese negocio y por tanto constituyen su fuente de ingresos»; para Ángel Jesús, «no se han aplicado los artículos del Código Civil en cuanto que, reguladores de las obligaciones del vendedor en el contrato de compraventa, no se han entendido vulnerados, cuanto estima que la vendedora [Diana] ha retenido por lo menos el 90% de la clientela» (motivo 1.º; FD 2.º), e infracción por inaplicación del artículo 1303 CC en relación con los artículos 1269 y 1270 CC, pues «la vendedora [Diana] a la hora de negociar el contrato, a sabiendas, hizo creer al recurrente [Ángel Jesús] que todas las ventas se hacían con entrega en el local ocultando que la clientela fundamental del negocio y por tanto la más fácil de perder y no retener era la que recibía los periódicos a domicilio» (motivo 4.º; FD 4.º). Ambos motivos son desestimados por el Tribunal Supremo. Según el Tribunal Supremo, el «objeto del contrato fue única y exclusivamente el negocio que se ejercía en el local vendido y no el negocio de reparto de prensa a domicilio»; «la clientela a domicilio de la demandada vendedora [Diana] no formaba parte del contrato» y el contrato «se refería única y exclusivamente al negocio instalado en el local vendido y a la clientela que asistía al mismo»; y el cumplimiento o incumplimiento del contrato

es cuestión de hecho, y los hechos no han sido impugnados adecuadamente por el comprador (FD 2.º). En cuanto al alegado dolo de Diana, Ángel Jesús no lo ha probado (FD 4.º). El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

- *STS, 1.ª, 15.07.2003 (Pte. Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 5839)*

HECHOS: Guillermo (vendedor) y Pedro Antonio (comprador) celebran contrato de compraventa de un olivar. El vendedor Guillermo demanda al comprador Pedro Antonio y pide su condena al pago de 9.371.224 pesetas e intereses legales. Pedro Antonio contesta a la demanda y suplica que se dicte sentencia desestimatoria por estimarse las excepciones planteadas y, «[p]ara el improbable caso de que sean desestimadas las excepciones, suplicamos se dicte sentencia por la que se declare: a) La anulación del contrato de compraventa, por la actividad dolosa del actor [Pedro Antonio] que presenta como olivar lo que no podrá serlo, induciendo a error a mi mandante, que de no ser olivar, no habría adquirido la finca.- b) Subsidiariamente, para el caso de no admitirse esa nulidad parcial (por el juego del principio del «favor negocio») se declare la anulación del contrato con devolución de frutos y precio con sus intereses, y con indemnización de las mejoras, daños y perjuicios, que se determinarán en ejecución de sentencia»¹⁴. Lo anterior en los AH 1.º y FD 1.º.

En primera instancia se estima la demanda de Guillermo y se desestima la reconvencción de Pedro Antonio (AH 1.º; FD 1.º). En segunda instancia se confirma íntegramente la sentencia de primera instancia (AH 2.º; FD 1.º). Pedro Antonio recurre en casación y alega, entre otros motivos, infracción de los artículos 1265, 1366 (sic), 1269 y 1270 CC (motivo 3.º; AH 3.º). El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

- *STS, 1.ª, 03.10.2003 (Pte. Excmo. Sr. D. Xabier O’Callaghan Muñoz; Cendoj, Roj STS 5949/2003)*

HECHOS: A Juan Ignacio se le diagnosticó, en abril de 1989, diabetes *mellitus* y tenía antecedentes de hipercolesterolemia y psoriasis (según el informe clínico del Hospital Universitario San Carlos de 17.01.1990, mejorando «clínicamente y fue dado de alta el siguiente día 31» (FD 1.º). El 09.05.1989 firmó «un boletín de adhesión a un contrato de seguro de vida en el que aparece la pregunta de si «ha padecido o padece alguna enfermedad GRAVE [mayúsculas, en el original] o tiene alguna limitación física» y contesta que no; con la misma fecha se perfecciona el contrato de seguro por fallecimiento o invalidez permanente absoluta; con fecha» 31.08.1993, «tras haber sufrido un infarto de miocardio [a finales de 1992, el 11 de diciembre, FD 2.º],

¹⁴ El texto continúa: «En la comparecencia el demandante [Guillermo] manifiesta que entiende que existe una reconvencción implícita en la contestación de la demandada [Pedro Antonio] formulada de contrario y solicita se le otorgue el término que establece la ley para la contestación a la reconvencción, a lo que SS.ª accede» (AH 1.º de la *STS, 1.ª, 15.07.2003*).

la Dirección Provincial del Instituto nacional de la Seguridad Social declara al mismo, en situación de invalidez permanente en el grado de incapacidad permanente absoluta y certifica, como cuadro residual: cardiopatía isquémica, enfermedad coronaria de tres vasos, cuádruple injerto coronario (a descendente anterior izquierda con arteria mamaria interna y a primera diagonal) segunda marginal derecha con vena safena, diabetes mellitus insulino dependiente» (FD 1.º). En las sentencias de instancia no se probó que la enfermedad diagnosticada a Juan Ignacio *antes* del contrato de seguro fuera grave y «causa o concausa del infarto que provocó la situación de invalidez permanente absoluta» (FD 1.º). *Vid.* además FD 2.º Juan Ignacio demanda a *Seguros Sud América, S.A, Seguros El Corte Inglés, vida, pensiones y reaseguros, S.A. y Seguros El Corte Inglés, ramos generales, S.A.* y pide su condena al pago de 10.400.000 pesetas, más el incremento del 20% anual de la indemnización, e intereses legales (AH 1.º1).

En primera instancia se desestima la demanda de Juan Ignacio (AH 1.º3). Juan Ignacio apela y *en segunda instancia* se desestima su recurso, confirmándose la sentencia de primera instancia (AH 2.º). Juan Ignacio recurre en casación y alega, entre otros motivos, infracción por aplicación indebida del artículo 1269 en relación con los artículos 1261.1.º, 1265, 1266 y 1270.I CC (motivo 1.º) e infracción del artículo 10, I y III, LCS en relación con el artículo 57 CCO por aplicación indebida (AH 3.º).

El Tribunal Supremo, que entiende que no se ha probado que la enfermedad anterior al contrato de seguro fuera grave, ni que hubiera sido causa o concausa del infarto de Juan Ignacio, considera, pues, que no hubo dolo (engaño) por parte de Juan Ignacio (FD 2.º y 3.º) y, casando la sentencia, estima íntegramente la demanda de Juan Ignacio, condenando a *Seguros Sud América, S.A, Seguros El Corte Inglés, vida, pensiones y reaseguros, S.A. y Seguros El Corte Inglés, ramos generales, S.A.* al pago de 62.505,26 €, cantidad incrementada con el interés anual del 20% desde el 31.08.1993 (Fallo).

- *STS, 1.ª, 17.01.2005 (Pte. Excmo. Sr. D. Xabier O'Callaghan Muñoz; Cendoj, Roj STS 59/2005)*¹⁵

HECHOS: El 28.02.1989, Ricardo (cliente) celebra con el *Banco Español de Crédito* una póliza de crédito personal de 5.000.000 millones de pesetas con vencimiento el día 28.02.1993 y con un interés anual del 7%. Ese mismo 28.02.1993, el cliente suscribe una carta «en impreso de la entidad [bancaria], en la que, con relación al crédito de referencia se decía que se destinaba el mismo a la compra de acciones de Banesto y asumía el compromiso firme de no vender las acciones hasta el día» 01.09.1992, «a partir del cual se consideraba autorizado para vender, en cada uno de los seis meses siguientes y por sextas partes iguales, sólo la cantidad de títulos necesarios para la amortización del crédito con sus intereses, vencido y cancelado el cual, el sobrante de los títulos quedaría a su libre disposición, y al propio tiempo se com-

¹⁵ Cfr. *infra* con la STS, 1.ª, 17.02.2006, que extracto después de esta STS, 1.ª, 17.01.2005.

prometía a acudir a todas las ampliaciones de capital que pudieran efectuarse durante el período de vigencia del crédito, suscribiendo la totalidad de las acciones que le correspondieran, bien con medios propios o, en caso preciso, con la concesión de otro crédito por parte del Banco por el importe necesario para cubrir los desembolsos a efectuar, renunciando de forma irrevocable desde este momento a la venta de los derechos dimanantes de las acciones adquiridas con dicha operación; a la par, el importe de los dividendos sería abonado en la cuenta correspondiente al crédito y serían indisponibles, siendo su destino el pago de intereses del mismo en la parte que pudieran cubrir; por fin se expresaba que el incumplimiento de los compromisos contraídos según los párrafos anteriores facultaría al Banco para dar por vencido el crédito y reclamar lo adeudado por principal, intereses y gastos» (FD 1.º)¹⁶.

El banco demanda al cliente Ricardo y pide su condena al pago de 6.099.720 pesetas, «importe del descubierto en su cuenta corriente, más los intereses legales desde el día» 28.02.1994, «fecha de la última liquidación» (AH 1.º1). Ricardo contesta a la demanda y suplica su íntegra desestimación, y *reconviene* y suplica que «[s]e estime la acción reconvenicional interpuesta por [...] Ricardo contra Banco Español de Crédito, S.A. y en su virtud se declare la nulidad del contrato mixto de concesión de crédito para la adquisición de las acciones números [...] a [...] y [...] a [...] de Banesto, celebrado entre las partes en fecha de 28 de febrero de 1989; que [...] Ricardo viene tan solo obligado a devolver a Banesto dichos títulos transfiriendo la titularidad y propiedad de los mismos, quedando con ello exonerado de toda obligación de devolución del crédito que para su adquisición se le concedió» y, «[e]n el improbable supuesto de que no se estimen las peticiones de los apartados 1.º y 2.º precedentes, declarar, alternativamente, que por aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» [...] Ricardo solo vendrá obligado a devolver a Banesto para la cancelación del crédito que la misma le concedió en fecha 28 de febrero 1989, el valor de las acciones con dicho crédito adquiridas tuvieran en la fecha de presentación de la demanda en que tal crédito se le ha reclamado o, en el caso en que el Juzgado lo considerara más justo y acertado, en la fecha en que se dicte la Sentencia en que tal pronunciamiento se haga, y con tal pago se entenderá como totalmente liquidado el referido crédito» (AH 1.º2). *Vid.* además FD 1.º.

En *primera instancia* se desestima la demanda del banco y se estima la demanda reconvenicional del cliente Ricardo, declarándose la nulidad de la póliza de crédito y el contrato de adquisición de acciones, estando Ricardo solo obligado a devolver los

¹⁶ En dicho FD 1.º se sigue diciendo: «Efectivamente, se adquirieron las acciones.

La calificación jurídica, ante la reclamación de la entidad bancaria de la cantidad prestada y no pagada, no es de simple reclamación de cantidad como consecuencia del normal vencimiento de un crédito, sino que, junto a la póliza, aparece una carta preordenada e impresa por la entidad crediticia a través de la cual se venía a relacionar la concesión del crédito con la adquisición de las acciones y a limitar extraordinariamente la disposición y operatividad del demandado [Ricardo], en cuanto a la capacidad de disposición de un bien que se suponía adquirido libremente, con la peculiaridad de que en el mencionado documento nadie figura identificado como representante de la entidad y firmante del mismo (redactado en papel con el membrete del Banco Español de Crédito); a la vez concurren una serie de particulares que desdibujan la figura del contrato de concesión de crédito personal».

títulos adquiridos a favor del banco (AH 1.º). En *segunda instancia* se desestima la apelación del banco, confirmando la sentencia de primera instancia (AH 2.º). Para la Audiencia hubo error (arts. 1265 y 1266 CC) y el banco actuó con dolo (dolo omisivo), induciendo al cliente a la celebración del contrato (FD 1.º).

El banco recurre en casación (AH 3.º). En relación con los tres motivos de casación de que se compone el recurso del banco, el Tribunal Supremo desestima los dos primeros porque, en ambos, el banco no expresa la norma del ordenamiento jurídico infringida, y la desestimación del tercer motivo en el que se alega infracción del artículo 1301 CC (caducidad de la acción), porque es cuestión nueva (FD 2.º). Por lo anterior, el Tribunal Supremo no estima el recurso de casación (Fallo 1.º).

– *STS, 1.ª, 17.02.2006 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán; Cendoj, Roj STS 729/2006)*¹⁷

HECHOS: El *Banco Español de Crédito, S.A.* concede una póliza de crédito a Joaquín (particular) para comprar acciones del propio banco, comprometiéndose Joaquín a no venderlas hasta el 01.09.1992 y a vender desde entonces «en cada uno de los seis meses siguientes y por sextas partes iguales, sólo la cantidad de títulos necesarios para la amortización del crédito con sus intereses; a acudir a todas las ampliaciones de capital que pudieran efectuarse durante la vigencia del crédito, renunciando a la venta de los derechos dimanantes de las acciones adquiridas; a no disponer de los dividendos abonados en la cuenta correspondiente, por estar destinados a cubrir el pago de intereses; y en fin, a facultar al Banco para dar por vencido el crédito y reclamar lo adeudado por principal, intereses y gastos» (FD 1.º)¹⁸.

El 04.12.1996, el banco demanda a Joaquín y Marí Juana y pide su condena al pago de 11.201.209 pesetas en concepto de principal más intereses pactados en la

¹⁷ Cfr. *supra* con la STS, 1.ª, 17.01.2005, que acabo de extraer en el cuerpo del texto.

¹⁸ Antes de lo que reproduzco en el cuerpo del texto, el Tribunal Supremo dice: «El presente recurso de casación versa sobre la misma cuestión de fondo que los recursos n.º 556/96, 2121/96, 32/97, 1703/99 y 1408/99 resueltos por esta Sala en sentencias de 28 de mayo y 2 noviembre de 2001, 6 de junio de 2002 y 17 de enero y 16 de diciembre de 2005 respectivamente, es decir, la reclamación, siempre por una misma entidad bancaria, del saldo de una póliza de crédito concedido a particulares para comprar acciones del propio Banco, comprometiéndose los acreditados a no vender las acciones hasta el 1 de septiembre de 1992, a vender a partir de entonces, [...]» (FD 1.º).

Y después de lo que reproduzco en el cuerpo del texto, según el Tribunal Supremo: «También guarda este recurso una estrecha relación con los recursos n.º 647/97 y 1457/97 resueltos por las sentencias de 30 de septiembre y 20 de diciembre de 2002 respectivamente, que versaron sobre una operación similar con el mismo Banco pero en la que el crédito se destinaba a la adquisición de bonos canjeables por acciones y transcurrió un tiempo hasta el canje en espera de que las acciones alcanzaran el valor previsto.

Finalmente, alguna relación tiene también este recurso con el n.º 4171/98 resuelto por sentencia de 20 de diciembre de 2002, si bien en esta otra ocasión la demanda inicial no había sido interpuesta por el Banco sino por los acreditados que pretendían su «indemnidad» frente a aquél en un juicio ejecutivo precedente, y además la sentencia no llegó a entrar en el fondo del asunto porque en la instancia se había apreciado la excepción de litispendencia y en casación fueron desestimados los dos motivos del recurso destinados a rebatir tal excepción» (FD 1.º).

póliza de crédito desde su fecha de vencimiento hasta la del pago total (AH 1.º). Posteriormente (en 1998), el banco solicita que se le tenga por desistido de la acción entablada contra Marí Juana (esposa de Joaquín), lo que se admite (AH 4.º y 5.º). Joaquín contesta «a la demanda solicitando su desestimación «al estar declarada la nulidad de pleno derecho de la póliza que se ejecuta, así como su falsedad, además de por ser contratos nulos al concurrir un vicio del consentimiento por error sustancial y dolo y carecer el préstamo documentado en póliza de crédito de causa o al menos de una causa lícita, además de por los demás motivos alegados, con expresa imposición de costas para la Entidad actora por ser preceptivas conforme al artículo 523 de la L.E.C. y además por la temeridad y mala fe empleadas, al tratar de ejecutar una póliza declarada judicialmente falsa y nula de pleno derecho»» (AH 6.º).

En primera instancia se estima íntegramente la demanda del banco y se condena a Joaquín al pago de lo solicitado por el banco (AH 9.º). *En segunda instancia* se estima el recurso de apelación de Joaquín y se desestima la demanda del banco (AH 10.º).

El banco interpone recurso de casación, y entre otras cosas, señala que «[e]l motivo segundo se funda en infracción del párrafo primero del art. 1266 CC por haber prescindido la sentencia recurrida en la calificación jurídica del error invalidante, de su carácter necesariamente esencial y excusable; el tercero, en infracción del artículo 1300 en relación con los arts. 1266 y 1310, todos del CC, por calificar la sentencia recurrida de consentimiento inexistente el consentimiento simplemente viciado por error, eludiendo así la necesidad de reconvencción y la caducidad de la acción de anulabilidad; el motivo cuarto, en infracción de la jurisprudencia sobre el error como vicio del consentimiento necesariamente referido al momento de la perfección del contrato; y el quinto, en infracción del artículo 1266 CC por subsumir la sentencia recurrida en este precepto lo que no sería más que un simple error en los móviles o motivos de una de las partes» (FD 4.º; cfr. AH 11.º); en el motivo 6.º se alega «infracción del art. 1275 CC y jurisprudencia correspondiente» (AH 11.º). El Tribunal Supremo considera, entre otros extremos, que Joaquín tendría que haber interpuesto demanda reconvenccional, lo que no hizo, y casa (Fallo 2.º), confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia (Fallo 3.º).

– *STS, 1.ª, 19.07.2006 (Pte. Excmo. Sr. D. Román García Varela; Cendoj, Roj STS 4361/2006)*

HECHOS: El 07.08.1997, Ángel, Lidia, Fátima y Marisol (vendedores) venden a Javier (comprador) una finca libre de cargas y gravámenes, lo que no era cierto por estar gravada con una hipoteca. Los vendedores adquirieron en 1977 y por donación de sus padres la finca, quienes la habían hipotecado el 31.10.1955 «para responder de un préstamo, y tras una demanda presentada en 26 de octubre de 1976 contra los deudores hipotecarios [los padres], el 24 de noviembre del mismo año consignaron 125.000 pesetas de principal, 25.000 pesetas para gastos y costas y 15.000 pesetas para el pago de intereses, de importe entonces desconocido, sin que constara grava-

men alguno en el posterior acto de donación a los litigantes pasivos [los vendedores Ángel, Lidia, Fátima y Marisol], cuando restaba por abonar una cantidad de 50.000 pesetas por el resto de intereses y costas» (FD 1.º; FD 4.º). Cuando venden la finca, Ángel, Lidia, Fátima y Marisol desconocen que la finca seguía gravada con la hipoteca (no constaba «gravamen alguno en el acto de la donación») y cuando después lo supieron, se preocuparon de cancelar la hipoteca, haciéndoselo saber al comprador Javier (FD 3.º). Javier demanda a los vendedores Ángel, Lidia, Fátima y Marisol y pide, entre otros extremos, la declaración de nulidad de la compraventa «por existencia de dolo de los demandados en el consentimiento prestado» (FD 1.º) y la condena a Ángel, Lidia, Fátima y Marisol al pago solidario de 2.800.000 pesetas que Javier les había entregado. Ángel, Lidia, Fátima y Marisol reconvienen y piden la condena de Javier al cumplimiento del contrato («al abono de la cantidad de 7.000.000 de pesetas que restaba por pagar») (FD 1.º). *Vid.* además AH 1.º (1.º y 2.º).

En primera instancia se desestima la demanda de Javier y estima la reconvención de Ángel, Lidia, Fátima y Marisol (AH 1.º4.º, FD 1.º). Javier recurre en apelación y *en segunda instancia* se confirma la sentencia de primera, ya que los vendedores Ángel, Lidia, Fátima y Marisol no actuaron con dolo y el comprador Javier no cumplió la diligencia exigible a cualquier persona medianamente diligente, dado que la información de la existencia de la hipoteca le era de fácil acceso por constar inscrita en el Registro de la Propiedad (AH 1.º5.º, FD 1.º, FD 3.º).

Javier recurre en casación y entre otras cosas, alega inaplicación del (entonces vigente) artículo 359 LEC 1881 por incongruencia de la sentencia (motivo 2.º; AH 2.º y FD 3.º) e «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, contenida, entre otras, en SSTs de 20 de enero de 1964, 26 de octubre de 1981 y 15 de julio de 1987», ya que «no elimina la apreciación de dolo la ingenuidad o la buena fe del otro contratante, debido a que, según censura [Javier, comprador], la sentencia de apelación ha premiado a quién actuó astutamente y no a quién lo hizo amparado en la buena fe» (motivo 4.º; AH 2.º y FD 4.º). El Tribunal Supremo, que entiende que no hubo dolo de Ángel, Lidia, Fátima y Marisol (FD 4.º), no casa (Fallo).

– *STS, 1.ª, 11.12.2006 (Pte. Excmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández; Cendoj, Roj STS 7809/2006)*

HECHOS: Alejandro demanda a Gaspar y Filomena (cónyuges) y pide el pago de 8.000.000 pesetas, lo que hace en concepto de resto del pago del préstamo dinerario de 32.000.000 pesetas que él había prestado a Gaspar y Filomena, deuda reconocida en el documento privado de 22.07.1993. Sin embargo, Gaspar y Filomena alegan que su reconocimiento de deuda corresponde al precio de la compraventa, hecha en documento privado y también en 22.07.1993 de un sótano de 210 m², por lo que existe una simulación relativa. Gaspar y Filomena reconvienen y entre otras cosas, piden que se declare que los contratos de compraventa y reconocimiento de deuda son nulos

de pleno derecho e inexistentes por no reunir los requisitos del artículo 1261 CC y, subsidiariamente, la declaración de que los mismos quedan anulados por vicios de consentimiento, así como la obligación a la recíproca restitución, y la condena a que Alejandro les restituyera 24.000.000 pesetas e intereses legales. En relación con su demanda reconvenional, Gaspar y Filomena consideran, que «al tiempo de otorgarse el documento de compraventa del sótano ya había recaído, sobre el sótano objeto de la misma, sentencia desfavorable para [...] Alejandro en un litigio que mantenía con una Inmobiliaria, hecho que ocultó a los compradores y que, a su juicio, vicia, por dolo y error sustancial, el consentimiento prestado». Todo lo anterior en el FD 1.º.

En primera instancia se desestima la demanda de Alejandro y estima la demanda reconvenional de Gaspar y Filomena, declarándose nulos los documentos suscritos en 22.07.1993 *por vicios de consentimiento*, restituyéndose las partes las cosas objeto del contrato y condenándose a Alejandro al pago de 24.000.000 pesetas más intereses legales, siendo la «ratio decidendi» [...] la ocultación por el vendedor (reconvenido) a los compradores (reconvinientes) de hechos tan importantes que viciaron la prestación del consentimiento» (FD 1.º). *En segunda instancia* «se confirma la resolución del Juzgado en cuanto a la estimación [*sic*] de la demanda y se revoca parcialmente la reconvenición, en relación con la cual se aclaró después, que «[r]evocándola [la sentencia apelada] en cuanto estimó totalmente la reconvenición articulada por tales demandados frente al actor, reconvenición que estimamos tan solo en parte y en el sentido de declarar nulo por simulado el contrato denominado de préstamos plasmado por actor [Alejandro] y demandados [Gaspar y Filomena] en documento fechado el 22 de junio [*sic*] de 1993 [...] condenando al actor [Alejandro] a estar y pasar por tal declaración desestimando el resto de los pedimentos de dicha reconvenición de la que absolvemos al demandado [Alejandro] dejando por ello sin efecto [...]» (FD 1.º).

Tanto Alejandro como Gaspar y Filomena interponen recurso de casación. El Tribunal Supremo considera que hubo dolo de Alejandro (FD 3.º) y decide que no ha lugar al recurso interpuesto por Alejandro (Fallo 1.º), y sí lo hay al interpuesto por Gaspar y Filomena, casando y confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia (Fallo 2.º).

- *STS, 1.ª, 18.01.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Xabier O'Callaghan Muñoz; Cendoj, Roj STS 176/2007)*

HECHOS (según los extracta Díez-Picazo y Ponce de León): «El demandante era una sociedad llamada Infoleasing, Sociedad de Arrendamiento Financiero, S.A., que había sido declarada en suspensión de pagos el 17 de enero de 1992. En el expediente se incluyó como acreedor preferente con derecho de abstención a tal sociedad por un crédito del que era titular frente a otra sociedad llamada Juguetes Feber. La sociedad de leasing cedió este crédito por su importe nominal a Comercial Roiffer, que tenía contraída una deuda con Juguetes Feber, aportó el crédito mencionado y lo

compensó con su deuda en marzo de 1993. Por otra parte, Comercial Roiffer por las mismas fechas vendió a Creatividad y Diseño, S.A. una nave industrial que tenía arrendada a Juguetes Feber. Como consecuencia de ello se produjo una descapitalización de las sociedades demandadas todas ellas enlazadas entre sí y gobernadas por los mismos administradores./ La sociedad de *leasing* presentó demanda contra las tres sociedades mencionadas y contra los administradores, pidiendo que se declarara que la cesión del crédito había sido realizada en fraude de sus derechos y con dolo. De ello eran responsables las personas jurídicas y físicas demandadas y se pedía la condena de todos los demandados a abonarle, solidariamente, la mencionada cantidad. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid consideró que, en efecto, existía un entramado urdido por los demandados para perjudicar el crédito del demandante, pero que no se había declarado nulidad alguna, por lo que revocó la sentencia del juzgado y desestimó la demanda. El recurso de casación lo propuso la sociedad de *leasing* y el Tribunal Supremo declaró lugar al mismo»¹⁹.

- STS, 1.ª, 02.03.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz De La Cuesta Cascajares; Cendoj, Roj STS 1197/2007)

HECHOS: El 16.10.1996 y en escritura pública de compraventa, Valentín y Lucía venden a Luis Miguel una vivienda ubicada en un edificio. El edificio tenía aluminosis (al haberse empleado cemento aluminoso en elementos estructurales) y si no se subsanaba, conduciría a la ruina total del edificio. Los vendedores Valentín y Lucía lo conocían desde el 25.09.1996 a través de la habitante de la vivienda contigua, quien lo comunicó a los demás vecinos y se conoció por las grietas y entradas de humedades y filtraciones. El vicio se expandió al resto del edificio y la Comunidad decidió (diciembre de 1996 a enero de 1997) evitar el arruinamiento mediante la realización de obras

¹⁹ Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *ADC* (2009) pp. 1043-1044.

Por su parte, LYCZKOWSKA extracta así los HECHOS: «Se trata de una entidad que se dedica al *leasing* y que había celebrado una serie de contratos con otra sociedad (Juguetes Feber) que dos años más tarde fue declarada en suspensión de pagos. Por tanto, dado el impago, el crédito del que gozaba la arrendadora de *leasing* se lo cedió a otra sociedad (Commercial Roiffer), pero la cesionaria nunca lo pagó. En cambio, Commercial Roiffer compensó con el crédito adquirido una deuda que tenía con Juguetes Feber por su parte. Posteriormente, Commercial Roiffer vende una de sus naves comerciales a Creatividad y Diseño, pero no cobra el precio sino que cede el crédito a Juguetes Feber. En consecuencia, Commercial Roiffer queda descapitalizada. Resulta que las tres sociedades están vinculadas entre sí, por tener el mismo Consejo de Administración. La sociedad arrendadora de *leasing* demanda a las tres sociedades y solicita se declare que la cesión de crédito por parte de Commercial Roiffer, así como la venta de la nave, han sido celebradas en fraude de acreedores y con dolo, por lo que las tres sociedades deben responder solidariamente del pago de los contratos de *leasing* impagados. No obstante, no pide la nulidad de ningún negocio, ni ejercita acción rescisoria ni reclama el pago de la cesión de crédito. El TS se plantea si cabe solicitar la nulidad de un negocio junto con la petición de indemnización y llega a la respuesta afirmativa. No obstante, como no se había solicitado la nulidad, el TS se limita a conceder la indemnización por daños y perjuicios, admitiendo que se trata de un deudor doloso (1107 CC)» [*ADC* (2009) pp. 420-421].

de consolidación, aceptadas por los vecinos, ya que afectaba a todos. Para lo anterior, los FD 1.º y 3.º.

El comprador Luis Miguel demanda a los vendedores Valentín y Lucía y pide, entre otras cosas, la nulidad de la compraventa por dolo de los vendedores y su condena solidaria a la restitución del precio pagado (6.000.000 pesetas) e intereses legales, pudiendo Luis Miguel retener la posesión de la vivienda hasta que tenga lugar dicha restitución; también pide la condena de los vendedores Valentín y Lucía a que le indemnicen solidariamente los gastos y mejoras hechos en la vivienda y los daños y perjuicios por formalización y otorgamiento de la compraventa («minuta de notario, gastos registrales, impuesto sobre transmisiones patrimoniales, gastos de formalización de la hipoteca y cancelación de la misma, etc...») o, alternativamente, si no prosperase lo anterior, entre otras cosas, la declaración de resolución de la compraventa por incumplimiento del contrato (por no entrega de «vivienda habitable, higiénica y segura») y la condena solidaria a los vendedores Valentín y Lucía a la restitución del precio (6.000.000 pesetas) e intereses legales, pudiendo Luis Miguel retener la posesión de la vivienda hasta que tenga lugar la restitución, y la condena solidaria de los vendedores Valentín y Lucía a que le indemnicen los gastos y mejoras hechos en la vivienda así como los daños y perjuicios por formalización y otorgamiento de la compraventa («minuta de notario, gastos registrales, impuesto sobre transmisiones patrimoniales, gastos de formalización de la hipoteca y cancelación de la misma, etc.»). Todo lo anterior en el AH 1.º; *vid.* FD 1.º A) a).

En primera instancia se desestima tanto la solicitud principal de la demanda del comprador Luis Miguel como su petición alternativa [AH 1.º; FD 1.º A) a)]. *En segunda instancia* se desestima el recurso de apelación del comprador Luis Miguel y se confirma íntegramente la sentencia de primera instancia [AH 2.º; FD 1.º A) b)].

El comprador Luis Miguel recurre en casación y entre otros motivos, alega inaplicación de los artículos 1265, 1269 y 1270 CC, «dado que la Sentencia recurrida eliminaba el dolo de los vendedores [Valentín y Lucía], por entender no conocer este [*sic*; estos], al momento de la venta, la existencia de los defectos apuntados, lo que, como antes se había dicho, no podía alegarse en relación al momento de la firma del documento público [de compraventa], en el que hubo obligación de los vendedores [Valentín y Lucía] de comunicar los defectos, ya conocidos por ellos a través de la vecina, lo que no hicieron» [motivo 2.º; FD 1.º C); AH 3.º]. El Tribunal Supremo entiende que hubo dolo y casa la sentencia [Fallo A)]; declara la nulidad de la compraventa, condenando solidariamente a los vendedores Valentín y Luis Miguel a restituir el precio (6.000.000 pesetas) e intereses legales, conservando el comprador Luis Miguel la vivienda hasta que no se le pague, y condenando a los vendedores Valentín y Lucía a que le indemnicen los daños y perjuicios derivados de la formalización y otorgamiento de la compraventa y de la obligación de restituir gastos y mejoras hechos en la vivienda a costa del comprador Luis Miguel [Fallo C)].

- STS, 1.^a, 03.07.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos; Cendoj, Roj STS 5406/2007)

HECHOS: El 26.03.1995, Rosa, que formaba una comunidad de bienes con M.^a Esther, solicita del Ayuntamiento de Valencia *licencia de obra de reforma* de un local para destinarlo a heladería y croissantería. Sin esperar a que la licencia de obra se concediera, se realizan las obras en el local. El 03.05.1995, el arquitecto técnico municipal dictamina que «la obra cuya licencia se solicita no se ajusta a la normativa vigente, por cuanto se pretende realizar en la planta donde se ubican piezas habitables residenciales», dándose traslado del informe del citado arquitecto a la solicitante (Rosa) el 23.05.1995 para las oportunas alegaciones, las cuales se cumplimentaron el 05.07.1995. Todo lo anterior en el FD 1.^o, 1 y 2.

El 20.10.1995, Rosa y M.^a Esther formalizan con José María y Elvira (comunidad de bienes; pero, el 01.04.1996, los derechos de Elvira, en dicha comunidad, se transfieren a Carina) un contrato en el que se manifiesta que la comunidad formada por Rosa y M.^a Esther «es dueña de la industria «Café, bar La Tarongeta», en funcionamiento, con toda su maquinaria, utensilios, existencia y fondo de comercio, con *«licencia municipal de apertura en tramitación»* (cursiva mía), la cual venden a los actores [José María y Elvira]» por 7.000.000 pesetas. En el contrato se acuerda (cláusula 6.^a) que, si el Ayuntamiento denegase la *licencia de apertura*, la vendedora o, si se hubiese disuelto la «sociedad», lo que sucedió el 25.10.1995, M.^a Esther y Rosa personalmente devolverían a los compradores (José María y Elvira) lo que hubieren pagado «minorado [ello] en un 16,66% cada año que esos hayan disfrutado la explotación del negocio». Resultó que por resolución de 03.12.1997, la Alcaldía deniega la licencia de obras de reforma y ordena el cese inmediato de la actividad, y en cumplimiento de dicha resolución, el 06.02.1998, la copropietaria Carina extiende acta de cese voluntario de la actividad ante la Policía Local. El 23.03.1998, José María y Carina demandan a M.^a Esther y Rosa, y piden la declaración de nulidad del contrato de traspaso por dolo de M.^a Esther y Rosa y su condena al pago de 7.000.000 pesetas más intereses legales. Todo lo anterior en el FD 1.^o, 3 a 6.

Por otro lado, aunque en la aludida resolución de la Alcaldía de 03.12.1997 se informó a la solicitante de la licencia (Rosa, covendedora del Café, bar La Tarongeta) que el acto era definitivo en la vía administrativa y podía interponerse recurso contencioso-administrativo, «dos meses después de presentada la demanda [por José María y Carina], la Alcaldía de Valencia, por resolución de» 29.05.1998 «revocó la anterior resolución por la que había denegado la licencia de obras y suspendió cautelarmente la orden de cierre del establecimiento mientras se tramitaba la licencia solicitada» (FD 1.^o7).

En primera instancia se desestima la demanda de José María y Carina (FD 1.^o8). Se considera que no hubo dolo de Rosa y M.^a Esther, ya que el local fue explotado por José María y Carina desde que entraron en su posesión hasta el cese de la actividad el 06.02.1998; porque, cuando se dice en la cláusula 6.^a del contrato celebrado, que con licencia municipal de apertura en trámite, puede interpretarse que así era, dado que se

había pedido la licencia de obras paso primero para terminar en la licencia de apertura; y porque en la cláusula 6.^a del contrato se prevé qué sucedería para el caso de la no obtención de la licencia, reacción más equilibrada, además de que, incluso con algo más de paciencia, se podía haber continuado en la actividad con una indemnización por cierre temporal (AH 2.º)²⁰.

*En segunda instancia se entiende que sí hubo dolo de las vendedoras (Rosa y M.^a Esther), por lo que se condena «a las demandadas [Rosa y M.^a Esther] [...] [que] no procedieron con lealtad al indicar en el contrato que el único obstáculo administrativo era la denegación de la licencia municipal de apertura que estaba en tramitación, máxime cuando la obra no se ajustaba a la normativa vigente, como había dictaminado el arquitecto técnico municipal en 3 de mayo de 1995, lo que no comunicaron a los actores» (cursiva mía; FD 1.º)*²¹.

²⁰ En concreto, en la sentencia de primera instancia se indica: «La cuestión de fondo planteada en síntesis es muy simple, *pues gira en torno a la interpretación de si hubo engaño cuando las dueñas del negocio [Rosa y M.^a Esther] manifiestan en el contrato que la licencia municipal de apertura se halla en trámite, [...]. Lo bien cierto es que los actores [Rosa y M.^a Esther] entraron en posesión y lo estuvieron explotando sin impedimento alguno hasta que el 6 de febrero de 1998 se cesó en la actividad por el acuerdo administrativo dictado por el Excmo. Ayuntamiento de Valencia, por lo que los actores [José María y Carina] no tuvieron impedimento para el ejercicio de su actividad desde la fecha del contrato [20.10.1995] a la anteriormente señalada de cese [06.02.1998]. Y en cuanto a la interpretación de la citada cláusula 6.ª [del contrato celebrado] no puede ser otra que la atinadamente mantenida por los demandados [Rosa y M.^a Esther] pues *ambas licencias [licencia de obra y licencia de apertura] son dos fases para la obtención de una licencia de actividad que comienza con la obtención de obras por reformas y termina con la municipal de apertura siendo una requisito para la otra y cuanto en el contrato [celebrado] se dice «con licencia municipal de apertura en trámite» cabe interpretar que así lo ha sido pues cuando se firma el contrato ya se había dado el primer paso para su obtención que no era otro que la solicitud de las obras de mejora, por ello no se puede tachar la conducta de insidiosa tal manifestación [sic]; quizá se hubiera podido especificar mejor pero tampoco se estimó necesario por cuanto era impensable su no concesión cuando se habían obtenido otras licencias de apertura [para el mismo local] con anterioridad a ésta [licencia de apertura]. Pero es que además incluso en el contrato se previene el supuesto de no obtención de la licencia [de apertura] con una sanción más adecuada a las circunstancias y que no es otra que la fijada en la cláusula sexta del contrato. Y no es necesario acudir a la jurisprudencia puesto que el artículo 1270 del Código Civil, regula al decir que el dolo para que produzca la nulidad contractual ha de ser grave y que el dolo incidental únicamente obliga a la indemnización de daños y perjuicios. Se comprende el impacto que puede producir una denegación de una licencia de obras con lo que se cercenaba el camino para la obtención de la licencia de apertura y consiguiente actividad pero el contrato ya había previsto este supuesto y una reacción más equilibrada para las circunstancias del caso e incluso con un poco de paciencia haber continuado en la actividad con una indemnización por cierre temporal no muy difícil de valorar» (cursiva mía; AH 2.º).**

²¹ En concreto en la sentencia de la Audiencia, se indica: «[...] / Las demandadas [Rosa y M.^a Esther] no procedieron con lealtad al indicar, en el contrato de 20 de octubre de 1995, que el único obstáculo administrativo era la denegación de la licencia municipal de apertura que estaba en tramitación, en cuyo caso las demandadas [Rosa y M.^a Esther] devolvían el precio pagado minorando en un 16,66% por cada año que éstos hayan disfrutado la explotación del negocio, pues el riesgo de sufrir esta minoración era mínimo, ya que se daba por supuesto que se había concedido la licencia de obras, y que por tanto el riesgo de que se produjese esta minoración consistía en que el Ayuntamiento apreciase que las obras e instalaciones realizadas no se ajustasen al proyecto previamente aprobado, al conceder la licencia de obras; algo que es comprensible que se pudiese subsanar. Pero lo que resulta incomprensible que se pueda subsanar es cuando la obra no se ajusta a la normativa vigente, como había dictaminado el arquitecto técnico municipal, en 3 de mayo de 1995, lo que no comunicaron a los actores, sino que simularon que esta clase de problema no se podía producir, al indicar que sólo estaba en trámite la licencia municipal de apertura. *Este callar conscien-*

M.^a Esther y Rosa recurren en casación y alegan, entre otras cosas, «[i]ncorrecta aplicación o infracción de la noción de dolo como causa de la nulidad contractual declarada» (motivo 1.º y único, submotivo o apartado segundo; FD 4.º). El Tribunal Supremo entiende que no hubo dolo y casa (Fallo).

– STS, 1.^a, 11.07.2007 (Pte. Excmo Sr. D. Francisco Marín Castán; Cendoj, Roj STS 5021/2007)

HECHOS: *En síntesis y en lo que interesa*, el 01.04.1993 celebran un contrato de distribución en exclusiva para la distribución de vinos entre la concedente (o concedente de la distribución; *Vinícola de Castilla, S.A.*) y la distribuidora (o actual distribuidora; *J. Pecastaing, S.L.*) de duración cinco años, prorrogables anualmente. En la cláusula adicional 2.^a del contrato de distribución, *J. Pecastaing, S.L.* se compromete a comprar a *Vinícola de Castilla, S.A.* un mínimo de cajas de vino, número distinto en función del año (100.000 para 1993, 150.000 para 1994 y para los siguientes años un incremento del 10% anual) hasta llegar a las 300.000 cajas, objetivo ideal a lograr cuanto antes. *Vinícola de Castilla, S.A.* no informa, ni antes, ni al celebrar el contrato, de que una antigua distribuidora suya se quedó con importantes existencias de vino, procediendo la misma, en los años 1993 y 1994, a liquidar las existencias de sus vinos a bajo precio y en la misma zona de exclusiva de la actual distribuidora, por lo que *Vinícola de Castilla, S.A.* incumple el pacto de exclusiva. Por otro lado, en 1995, *J. Pecastaing, S.L.* incumple el pacto de compra mínimo para el año 1995 (solo compra 25.985 cajas), incumplimiento que no guarda relación con lo sucedido en los anteriores años 1993 y 1994, pues se debía a su desinterés «y a su política empresarial de «sistemática eliminación de líneas de distribución poco rentables con eliminación de costes y gastos de personal a favor de otras más rentables»». En 1995, *Vinícola de Castilla, S.A.* resuelve unilateralmente el contrato de distribución. Todo lo anterior en el FD 1.º

Vinícola de Castilla, S.A. demanda a *J. Pecastaing, S.L.* y *Osborne y Cia, S.A.* y pide la declaración del incumplimiento de la obligación de compras mínimas, la de que es conforme a derecho la resolución hecha del contrato de distribución, la condena a *J. Pecastaing, S.L.* y *Osborne y Cia, S.A.* al pago de la indemnización de daños y perjuicios, en ningún caso inferior a 180 millones de pesetas más su interés legal por el beneficio que *Vinícola de Castilla, S.A.* dejó de percibir por el incumplimiento de compras mínimo y por pérdidas de mercado futuro, y la condena al pago 12.578.258 pesetas por facturas pendientes de pago por parte de *J. Pecastaing, S.L.* más intereses legales (AH 2.º).

te, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989, cuando existe la obligación de verificar una comunicación o declaración según la buena fe o las concepciones dominantes del tráfico» constituye el actuar doloso que invalida el consentimiento según el artículo 1265 del Código Civil, produciéndose la nulidad del contrato, según el artículo 1300» (cursiva mía; AH 4.º).

Osborne y Cia, S.A. contesta a la demanda y pide su desestimación y absolución (AH 2.º).

J. Pecastaing, S.L. reconviene y pide, *con carácter principal*, la declaración de que en la zona y durante la vigencia del contrato, terceros ajenos distribuyeron productos objeto de la exclusiva por lo que *Vinícola de Castilla, S.A.* no protegió a *J. Pecastaing, S.L.* de la injerencia de otros comerciantes en la zona de exclusiva; la condena a *Vinícola de Castilla, S.A.* a que le abone la cantidad que corresponde al distribuidor (a *J. Pecastaing, S.L.*) por las cajas vendidas por el anterior distribuidor en la zona de exclusiva a partir de 01.04.1993, y la condena a *Vinícola de Castilla, S.A.* a que le indemnice los daños y perjuicios causados por el quebranto de la exclusiva; también pide la declaración de que *Vinícola de Castilla, S.A.* incurrió en dolo, induciendo a *J. Pecastaing, S.L.* a firmar el contrato, en particular la cláusula adicional 2 (la de la obligación de compras mínimas) y que, a causa de ello, se declare la nulidad de esa cláusula adicional 2; y que, al margen de lo anterior, declare que *Vinícola de Castilla, S.A.* resolvió indebidamente el contrato y que se la condene a que la indemnice los daños y perjuicios que la resolución le ha causado, incluido el lucro cesante. Todo lo anterior en el AH 3.º.

Con carácter subsidiario, en su reconvenición, *J. Pecastaing, S.L.* pide la declaración de que *Vinícola de Castilla, S.A.* incurrió en dolo incidental, induciéndola a firmar el contrato, en particular la cláusula adicional 2 (la de la obligación de compras mínimas) y consecuencia de dicha declaración, que se la condene a indemnizar daños y perjuicios a *J. Pecastaing, S.L.* (AH 3.º).

Y más subsidiariamente, en su reconvenición, *J. Pecastaing, S.L.* pide la declaración de que *Vinícola de Castilla, S.A.* la hizo incurrir en error al firmar el contrato, en particular en relación con su obligación de compra mínimas de la cláusula adicional 2 y por lo anterior, que se declare la nulidad de dicha cláusula y que, independientemente de lo anterior, se declare que fue indebida la resolución del contrato que hizo *Vinícola de Castilla, S.A.* y su condena a los daños causados por ello, incluido el lucro cesante (AH 3.º).

Y aún más subsidiariamente, que declare que *Vinícola de Castilla, S.A.* resolvió indebidamente el contrato y se la condene al pago de la indemnización de daños y perjuicios causados por dicha resolución, incluido el lucro cesante (AH 3.º).

En primera instancia, en síntesis, se estima parcialmente la demanda principal de la concedente *Vinícola de Castilla, S.A.* contra la distribuidora *J. Pecastaing, S.L.* y se estima parcialmente la reconvenición de *J. Pecastaing, S.L.* contra *Vinícola de Castilla, S.A.*; en cambio, se desestima íntegramente la demanda de *J. Pecastaing, S.L.* contra *Osborne y Cia, S.A.*, absoviéndola. Más concretamente, *en primera instancia* se declara resuelto con justa causa el contrato de distribución celebrado el 01.04.1993 entre *Vinícola de Castilla, S.A.* y *J. Pecastaing, S.L.*; se declara que *J. Pecastaing* ha incumplido parcialmente la obligación de la cláusula adicional 2 del contrato; que *Vinícola de Castilla, S.A.* incurrió en dolo incidental en relación con esa cláusula adicional 2 del contrato y en la obligación de preservar la zona geográfica determinada en el contrato; se condena a *J. Pecastaing, S.L.* al pago de 62.000.000 pesetas sin in-

tereses a *Vinícola de Castilla, S.A.* y al pago de 12.578.258 pesetas con intereses legales a *Vinícola de Castilla, S.A.* Todo lo anterior en el AH 5.º.

Tanto *Vinícola de Castilla, S.A.* como *J. Pecastaing, S.L.* recurren en apelación. En segunda instancia se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia. Concretamente, se declara que la resolución hecha en 1995 por *Vinícola de Castilla, S.A.* del contrato con *J. Pecastaing, S.L.* tenía justa causa; se declara el incumplimiento de *Vinícola de Castilla, S.A.* respecto del pacto de exclusiva en los ejercicios de los años 1993 y 1994²²; se declara el incumplimiento parcial de *J. Pecastaing, S.L.* del pacto de compra mínimas de la cláusula adicional 2 y su responsabilidad por la pérdida y deterioro del mercado en que se distribuían los productos de *Vinícola de Castilla, S.A.* al terminar el contrato de distribución en el ejercicio de 1995; se declara la compensación de los distintos incumplimientos, resultando que *J. Pecastaing, S.L.* ha de indemnizar a *Vinícola de Castilla, S.A.* 2.799.218 sin intereses; y la condena a *J. Pecastaing, S.L.* al pago de 12.578.258 más intereses legales, en concepto de compras efectuadas en virtud del contrato de distribución y que no pagó. Todo lo anterior en el AH 6.º.

Vinícola de Castilla, S.A. interpone recurso de casación y alega, entre otros motivos, infracción de los artículos 1269 y 1270 CC y de la jurisprudencia sobre dolo contractual y presunción de buena fe (motivo 1.º; que reproduzco *supra*, en la nota del trabajo), infracción de la jurisprudencia sobre nulidad parcial de los contratos (motivo 2.º) e infracción de los artículos 1203, 1208, 1311 y 1313 CC (motivo 3.º) (AH 7.º).

El Tribunal Supremo²³ casa parcialmente (Fallo 2.º) y deja sin efecto el pronunciamiento 2 del fallo recurrido (que decía «[s]e declara el incumplimiento de la entidad

²² Según el Tribunal Supremo, «[l]a sentencia recurrida, a grandes rasgos, apreció dolo en la actora-reconvenida [*Vinícola de Castilla, S.A.*] al no informar a la demandada-reconviniente [*J. Pecastaing, S.L.*] de las importantes existencias que habían quedado en poder de su anterior distribuidora, así como al no hacer todo lo necesario para evitar que esta última las liquidara vendiendo los vinos a bajo precio en la zona de exclusiva de su nueva distribuidora, es decir la demandada-reconviniente; calificó ese dolo como incidental y determinante de un incumplimiento del pacto de exclusiva por la actora-reconvenida durante los años 1993 y 1994, que fueron aquellos en los que la anterior distribuidora continuó liquidando sus existencias; consideró [...]» (FD 1.º).

²³ El Tribunal Supremo empieza su FD 1.º aclarando:

«El complejo litigio causante de este recurso ha llegado a casación considerablemente simplificado porque la parte recurrente, actora-reconvenida [*Vinícola de Castilla, S.A.*], ha manifestado su expresa conformidad con la desestimación de su demanda respecto de una de las dos demandadas, concretamente la no reconviniente [*Osborne y Cia, S.A.*]. A su vez la demandada-reconviniente [*J. Pecastaing, S.L.*] no ha impugnado la sentencia de apelación y por tanto ha de tenerse por firme el pronunciamiento de ésta declarando resuelto con justa causa el contrato de distribución suscrito por las mercantiles actora-reconvenida [*Vinícola de Castilla, S.A.*] y demandada-reconviniente [*J. Pecastaing, S.L.*] el día 1 de abril de 1993; el que declara el incumplimiento parcial por la demandada-reconviniente [*J. Pecastaing, S.L.*] del pacto de compras mínimas contenido en la estipulación adicional segunda de dicho contrato; el que declara su responsabilidad por la pérdida y deterioro del mercado en el que se distribuían los productos de la actora-reconvenida [*Vinícola de Castilla, S.A.*] al terminar el contrato de distribución en el ejercicio de 1995; y el que la condena a pagar a la actora-reconvenida [*Vinícola de Castilla, S.A.*] la cantidad de 12.578.258 ptas. por compras en firme no abonadas.

Las cuestiones, pues, que llegan a casación son, de un lado, la influencia que pudo tener en el contrato el silencio de la concedente, actora-reconvenida [*Vinícola de Castilla, S.A.*], sobre las importantes existencias de sus productos en manos de su anterior distribuidora y la consiguiente liquidación de aqué-

mercantil «Vinícola de Castilla, S.A.» del pacto de exclusiva contenido en el contrato de distribución suscrito durante los ejercicios correspondientes a los años 1993 y 1994», AH 6.º), y se sustituye el pronunciamiento 5 en el sentido de condenar a *J. Pecastaing, S.L.* a indemnizar 129.761,90 € a *Vinícola de Castilla, S.A.* (Fallo 2.º)²⁴.

– *STS, 1.ª, 10.03.2008 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros; Cendoj, Roj STS 1165/2008)*

HECHOS: El 27.09.1988, Filomena celebra con *Caja Territorial del Mediterráneo Pey, S.A.*, actualmente *Territorial del Mediterráneo Pey, S.A.*, un contrato privado de opción de compra de una vivienda, que la última «se proponía construir en solar de su propiedad», fijándose como precio de la opción 2.332.000 pesetas «y su forma de pago aplazada», siendo el plazo para la opción el 30.10.1989. El 26.02.1990 se celebra el contrato privado de compraventa de la vivienda, fijándose el precio en 10.933.200 pesetas y su forma de pago aplazada. Filomena demanda a la empresa, pidiendo la declaración nulidad de los contratos celebrados, por haber sufrido dolo, devolución de 2.632.000 pesetas, más intereses de demora. Todo lo anterior en *Preliminar* (en Fundamentos de Derecho).

En primera instancia se desestima la demanda de Filomena, por no probarse la existencia del dolo «al firmar el contrato de compraventa, que había sustituido por novación extintiva al anterior de opción de compra, además de que la acción de nulidad estaba ya caducada según el art. 1301 Cód. civ. pues habían transcurrido más de cuatro años desde la firma del contrato» (*Preliminar* en Fundamentos de Derecho).

Filomena recurre en apelación. *En segunda instancia*, revocándose la sentencia, se estima la demanda de Filomena, siendo la *ratio decidendi* que, «[d]el testimonio aportado [...] se desprende que tal y como han venido afirmando los compradores, el precio que tuvieron en cuenta al firmar la opción fue de unos 4.500.000 de pesetas, y así se constata en la oferta que le remitió la empresa [...], lo que la obligaba según el artículo 8» LGDCU, «pues en ese documento aparece que el precio para la vivienda de tres dormitorios, sería de 400.000 de entrada, 46 efectos de 42.000 pesetas cada uno y resto «una cantidad similar a la de los efectos», mientras que en el contrato de compraventa, el precio había subido hasta los 10.933.200 pesetas, es decir, un incremento superior a los 6 millones de pesetas, y como además a los firmantes del contrato de opción se le pone en la tesitura de perder lo ya pagado o firmar el contrato de compraventa, no puede la Sala compartir el criterio sostenido en la sentencia, y debe apreciarse que existió dolo que recoge el artículo 1269 del Código civil, sancionado con la nulidad, pues es evidente que la actitud de la vendedora constituye una maquinación insidiosa, pues si los compradores hubieran tenido conocimiento de que la vi-

llos por ésta a bajo precio y en la zona de exclusiva de su nueva distribuidora, la demanda-reconviente [*J. Pecastaing, S.L.*]; y de otro, las consecuencias indemnizatorias a favor y en contra de cada una de estas partes litigantes, sujetos a su vez del contrato de distribución».

²⁴ Otro extracto de los hechos (básicos) por DE LA MAZA GAZMURI, *ADC* (2007) p. 1861.

vienda adquirida no valía el precio que se les indicó, sino más del doble, no habrían firmado ese contrato de opción, cuya nulidad ocasiona a su vez la nulidad del de compraventa» (*Preliminar* en Fundamentos de Derecho).

La empresa recurre en casación y alega infracción del artículo 1301 CC (motivo 1.º; FD 1.º); infracción del artículo 1261 CC en relación con los artículos 1256, 1265 y 1269 CC (FD 2.º); e infracción de los artículos 1203 y 1208 CC (motivo 3.º; FD 3.º). El Tribunal Supremo desestima los tres motivos del recurso. Para el motivo 2.º, el Tribunal Supremo dice, entre otras cosas, que «[l]a prueba de la inexistencia de vicio debió denunciarse en casación como un error en la valoración probatoria, con cita de la norma atinente a dicha valoración que se hubiere infringido, o demostrando que es ilógica o arbitraria o ha incidido en inequívoco error de hecho. Nada de esto se ha practicado, sino que la recurrente [la empresa] se ha limitado a transcribir los documentos obrantes en autos para probar que no hay vicio que invalide el contrato. Ello, aparte de ser completamente insuficiente, no cumple los requisitos exigibles en casación, y que han quedado expuestos, para combatir una valoración probatoria llevada a cabo por la sentencia que se recurre» (FD 2.º). El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación (Fallo).

– *STS, 1.ª, 26.03.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; Cendoj, Roj STS 1548/2009)*

HECHOS: El 11.10.2001, Luis Pedro (comprador) compra a Millán (vendedor) «por el precio total de 48 millones de pesetas, un local comercial sito en el término de Mogan, debajo del Paseo de la Playa de Puerto Rico, destinado a negocio de kiosko-bar, así como el derecho al uso y disfrute de la concesión de la terraza donde estaba ubicado el mismo, concesión de la que era titular el cedente por contrato de fecha 20 de marzo de 1975, con una duración, desde dicha fecha, de 50 años, restándole al actor [Luis Pedro, el comprador], al tiempo de adquirir la titularidad de la misma, un periodo de disfrute de 24 años». Por «haber entrado en conocimiento [Luis Pedro, el comprador], al poco tiempo de formalizado el negocio, del expediente administrativo de recuperación posesoria de oficio que pesaba sobre la finca en cuestión por ocupación del dominio público marítimo-terrestre, y que» Millán (el vendedor), «conocedor del mismo, le había ocultado maliciosamente», Luis Pedro le demanda y exige que se declare nula la escritura de 11.10.2001 y «la devolución de las cantidades entregadas hasta la fecha –10 millones de pesetas–, más el 40% de dicha cantidad» estipulada como pena recíproca y los gastos de escritura (841.550 pesetas) y demás desembolsos (17.509.700 pesetas) realizados por Luis Pedro para poner en funcionamiento el negocio, e indemnización de daños y perjuicios; Luis Pedro hace otras peticiones con carácter subsidiario (de rescisión, de resolución del contrato). El vendedor Millán reconviene y pide la declaración de resolución del contrato por incumplimiento de Luis Pedro en el abono de las cantidades fraccionadas y aplazadas, con la consiguiente recíproca restitución de lo recibido y retención por parte de Millán del 40% de lo perci-

bido y la condena a Luis Pedro a la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento. Todo lo anterior en el FD 1.º; AH 1.º.

En primera instancia se desestima la demanda de Luis Pedro, y en relación con la reconvencción de Millán, se declara la resolución de la compraventa por incumplimiento de Luis Pedro, con la consiguiente restitución de prestaciones y condena a Luis Pedro a la oportuna indemnización de daños y perjuicios. Todo lo anterior en el FD 1.º; AH 1.º.

Luis Pedro interpone recurso de apelación y *en segunda instancia* se revoca la sentencia de instancia y se declara la nulidad de la compraventa celebrada el 11.10.2001, con restitución de prestaciones, no estimándose la petición de Luis Pedro del 40% como cláusula penal, ni la de indemnización de daños y perjuicios solicitada. Según la Audiencia, «al tiempo de celebrar el contrato, el actor [Luis Pedro] desconocía la existencia de una actuación administrativa iniciada mucho tiempo antes por la Demarcación de Costas de Canarias con la finalidad de recuperar de oficio el dominio público marítimo-terrestre del espacio ocupado por el Kiosko bar Villalba» y «esta actuación administrativa era perfectamente conocida por el demandado Millán, tal y como se desprende del documento n.º 6 acompañado con la demanda en el que se contienen las alegaciones que con fecha 13 de enero de 1999 el demandado [el vendedor Millán] formuló ante la Demarcación de Costas, contestando así a la notificación que había recibido el día 3 de diciembre de 1998 [...] del referido organismo, en la que se le comunicaba la tramitación de un expediente sancionador contra la empresa «Puerto Rico, S.A.», como titular de la concesión por ocupación del dominio público marítimo terrestre sin el debido título administrativo». En suma, la conclusión probatoria que alcanza la Audiencia es «que el actor [el comprador Luis Pedro] desconocía las irregularidades administrativas que afectaban al kiosco bar y, en ningún momento, fue debidamente informado por el vendedor [Millán]». Desde tal premisa fáctica concluye la Audiencia que «el demandado [Millán] actuó dolosamente y con su comportamiento provocó un engaño o error en el otro contratante [Luis Pedro], y si no hubiese existido tal conducta el contrato no se habría celebrado (art. 1269)». Todo lo anterior en el FD 1.º; *vid.* AH 2.º.

El vendedor Millán recurre en casación y alega infracción del artículo 1269 CC en relación con los artículos 1265 y 1270.I CC (motivo 1.º) e infracción de los artículos 7.1 y 1258 CC (motivo 2.º), combatiendo ambos motivos de casación «la calificación en la instancia del proceder del recurrente [Millán] como doloso, habiéndosele imputado el llamado dolo negativo, por haber infringido el deber de informar al comprador [Luis Pedro] de las vicisitudes administrativas del negocio transmitido, deber éste impuesto por la buena fe, entendida ésta como deber precontractual» (FD 2.º; *vid.* AH 3.º). Según concluye el vendedor Millán, «faltó en su conducta el elemento objetivo y subjetivo del dolo por no haber ni ocultación insidiosa ni «animus decipiendi», sin tratarse tampoco de dolo grave «causam dans»» (FD 2.º). El Tribunal Supremo, que entiende que sí hubo dolo de Millán (FD 2.º), no casa (Fallo 1.º).

- STS, 1.ª, 24.04.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés; Cendoj, Roj STS 3275/2009)

HECHOS: En los primeros meses de 1988, la familia Antonio posee el 58,78% del capital de *Papelera Calparsoro, S.A.*, estando el resto en manos de accionistas minoritarios. Marino, uno de los socios minoritarios, tiene 7,41% del capital (5.780 acciones) y es miembro del Consejo de Administración. El 02.10.1987 remitió una carta al Presidente del Consejo de Administración protestando sobre ciertos hechos («falta de coherencia de los resultados económicos y la falta de información por parte de la familia Antonio al resto de accionistas minoritarios») y, tras diversas reuniones con la familia Antonio, se le propone la compra de sus acciones, lo que Marino acepta. Después de solicitar información sobre la situación patrimonial societaria y acceder al Balance cerrado en 31.12.1987, Marino vende su participación por 96.410.040 pesetas (a 16.680 pesetas por acción) a Aida, hija del Presidente de la compañía y adquisición que Aida realiza a través de un hermano suyo como mandatario, venta que se formaliza el 06.07.1988. *Cuatro meses después* —el 30.11.1988— la familia Antonio vende acciones que representan el 93,29% del capital a la sociedad alemana *PWA Dekor* a 27.372 pesetas por acción, y *cuatro años después*, en julio de 1992, el resto de títulos se venden a 40.529 pesetas. El 06.09.1991, Marino interpone querrela por estafa y apropiación indebida contra Lázaro y Jose Carlos, archivándose por sobreseimiento. El 24.04.2002 (casi catorce años después de la venta de las acciones), Marino demanda a Aida (la compradora) y pide, entre otras cosas, que se declare la actitud dolosa de Aida, pues «la venta de acciones de la que traen causa las actuaciones le produjo un grave perjuicio económico porque se le ocultó dolosamente la existencia de una oferta de compra y las negociaciones que se estaban llevando a cabo con la empresa alemana [...], así como [se le ocultó] la auténtica situación patrimonial de Papelera Calparsoro [nombre, mayúsculas en el original]» y «de haber conocido el estado contable real de la sociedad y la existencia de las negociaciones con la sociedad alemana[,] no hubiera concluido la venta de sus acciones, que hubiera podido retener hasta 1992 o vender unos meses después a precio muy superior», y pide que se condene a Aida a que le resarza «los perjuicios ocasionados como consecuencia de» su «actitud, contraria a la buena fe precontractual y contractual» (que se la condene al pago de 1.434.615 €, o subsidiariamente 733.835 €, o subsidiariamente 642.485 €). Todo lo anterior en el FD 1.º; *vid.* AH 1.º1.

En primera instancia se estima la excepción opuesta por Aida de prescripción de la acción ejercitada por Marino, al haber transcurridos cuatro años; en concreto, en primera instancia se dice que «se ejercita una acción difícil de individualizar, pero que [se] considera de naturaleza contractual, y que acaba identificando con la prevista en el artículo 1301 del Código civil, en relación con los artículos 1269 y 1270 del propio Código, cuyo período de prescripción es de cuatro años, que han transcurrido sobradamente [...] al existir una completa inactividad del demandado desde 1996 [sic] hasta 2002)», desestimándose la demanda de Marino (FD 1.º y AH 2.º).

En segunda instancia también se considera prescrita la acción ejercitada por Marino y se «estima que el debate jurídico ha quedado situado en «la figura jurídica de los tratos preliminares» y que se está reclamando una responsabilidad precontractual o por culpa *in contrahendo*, a la que se ha de aplicar el tratamiento de la responsabilidad extracontractual, y por ello estaría más que prescrita (artículo 1968-2.º CC)», «[p]ero entiende también que la acción ejercitada era la de nulidad del artículo 1301 CC [...] y que la sentencia de primera instancia aplicó correctamente el plazo de cuatro años del artículo 1301 CC»; se desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia (FD 1.º y AH 3.º).

Marino recurre en casación y alega (motivo 1.º) «vulneración de los artículos 7.1 y 1258 del Código civil, que se estiman aplicables al caso del debate, dado que existía una obligación de información por parte del vendedor [*sic*; de la compradora, Aida], una obligación *ex fide bona*, cuyo incumplimiento ha de tratarse no como un caso de responsabilidad por los tratos preliminares (y por tanto, de responsabilidad extracontractual, como hicieron las SSTs 16 de mayo de 1988 y 16 de diciembre de 1999 en supuestos en los que no se llegó a concertar un contrato) sino como un tema de responsabilidad contractual, pues el daño se produjo a través del contrato, teniendo en cuenta que la buena fe ha de estar rigiendo la formación y perfección del contrato» (FD 2.º); e infracción del artículo 1964 CC (motivo 2.º), «al entender (alegando la STS 31 de octubre de 2001) que los tratos negociales preparatorios a la formación del contrato pueden generar responsabilidad *in contrahendo*, que «cabe proyectar al caso del daño ocasionado por incumplimiento del contrato debidamente perfeccionado» y «[s]e trataría, de este modo, de un supuesto de responsabilidad contractual, y por tanto la acción no estaría prescrita» (FD 2.º; recuerdo que en aquél entonces el plazo dispuesto por el art. 1964 CC eran quince años).

El Tribunal Supremo no acepta la fundamentación de las sentencias de instancia de que la acción ejercitada por Marino sea la de anulabilidad del contrato por dolo con un plazo de cuatro (art. 1301 CC en relación con los arts. 1269 y 1270 CC), ni la consecuencia de que se trate de un supuesto de responsabilidad precontractual al que haya de aplicarse el plazo de prescripción de un año (art. 1968.2.º CC) (FD 3.º); tampoco considera que hubiera habido dolo omisivo por parte de Aida, ya que «la información sobre el estado real de la sociedad, y por ende sobre el valor real de las acciones, está en poder del adquirente [Aida], más que del transmitente [Marino], en el caso; pero hay que tener en cuenta también que el vendedor [Marino] era miembro del Consejo de Administración y tenía por ello, acceso a los libros y cuentas de la compañía, lo que puede traducirse en un defecto de autoinformación que le sería imputable» (FD 4.º). El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

- STS, 1.ª, 05.05.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández; Cendoj, Roj STS 2386/2009)

HECHOS: El 09.01.1998, *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* (optataria) y *Esso Española, S.A.* (optante) celebran un contrato de opción de compra siendo su objeto una finca de 5.020 m² y su finalidad «la construcción y explotación [en ella] de una estación de servicios», identificándose la finca «con un croquis o plano aportado por la optataria [*El Cabaco Medios y Gestión, S.L.*] que se incorporó a la escritura pública de opción». Ejercitada la opción de compra por *Esso Española, S.A.*, el 23.01.1988 se otorga la escritura pública de compraventa «con la finalidad expresada [construir y explotar una estación de servicios], comprendiéndose todas las licencias y autorizaciones administrativas, además de estudios y proyectos técnicos, siendo de resaltar que entre las condiciones urbanísticas figura la de que la superficie mínima de la parcela sería de cinco mil metros cuadrados, y en cuanto al precio pagado por la compradora [*Esso Española, S.A.*] se fijó en 140.000.000 pts. más 22.400.000 pts. De IVA». *Esso Española, S.A.* inicia las obras de construcción de la estación de servicios, pero las hubo de interrumpir «por las reclamaciones de terceros, una de ellas relativa a unos linderos, y la otra al hecho de que sobre la finca adquirida se superponía, invadiéndola en buena parte de su superficie (2.172 mts.2), otra finca registral [...] perteneciente en proindiviso, además de a *El Cabaco*, a las entidades mercantiles *ALICAMBA, S.L.* y *COLEBEGA, S.L.*, y aunque la sociedad vendedora [*El Cabaco Medios y Gestión, S.L.*] intentó resolver el problema ofreciendo su participación en el proindiviso, las otras dos sociedades, que incluso interpusieron un interdicto de obra nueva, no llegaron a acuerdo alguno respecto a sus pretendidos derechos». Todo lo anterior en el FD 5.º.

La compradora *Esso Española, S.A.* demanda a la vendedora *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* y a su administradora única (Enma). *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.*, solicita, con carácter principal, la nulidad de la compraventa celebrada y la cancelación de la correspondiente inscripción registral, la obligación de *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* de restituir el precio pagado por la transmisión con los oportunos intereses legales, el pago de la cuota de IVA y de los gastos notariales, registrales y tributos pagados por *Esso Española, S.A.*, la condena a *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* a que indemnice los daños y perjuicios causados a *Esso Española, S.A.* y la liberación de los avales que la última constituyó; la compradora *Esso Española, S.A.* hace también otra petición de carácter alternativo y solo para el caso de no estimarse lo anterior, así, que se declare resuelta la compraventa y la cancelación de la inscripción registral, se condene a la vendedora *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* a la restitución de determinadas cantidades (el precio, el IVA, los gastos notariales, registrales y tributos pagado por *Esso Española, S.A.*), a la indemnización de daños y perjuicios y a la obligación de liberar los avales. En cuanto a la administradora Emma, la compradora *Esso Española, S.A.* pide, entre otras cosas, que responda solidariamente con la vendedora *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* de las obligaciones restitutorias e indemnizatorias que se reconozcan en la sentencia. Todo lo anterior en el FD 1.º y 5.º, y en el AH 1.º1.

En primera instancia se estima la demanda (principal) de la compradora *Esso Española, S.A.* y se declara la nulidad de la compraventa de 23.01.1998 y su cancelación registral, la condena solidaria de *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* y de Emma a que restituyan el precio pagado de 140.000.000 pesetas en su equivalente en euros e intereses legales y procesales, al pago de 22.400.000 pesetas en su equivalente en euros por la cuota de IVA pagada y al pago de 2.980.988,24 € en concepto de indemnización de daños y perjuicios, y a que liberen a la compradora *Esso Española, S.A.* de los avales constituidos para el negocio anulado. Todo lo anterior en el FD 1.º, y en el AH 1.º 4.

La vendedora *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* y la administradora Enma recurren en apelación. *En segunda instancia* se estima en parte el recurso de *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* y Enma, y se revoca la sentencia de instancia «en el sentido de reducir la cantidad objeto de condena impuesta a las demandadas, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, a la suma de 955.653.01? [*sic*; seguramente, 955.643,01 €], confirmando en lo demás la [...] sentencia» (FD 1.º; AH 2.º).

El Cabaco Medios y Gestión, S.L. y Enma interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. En el de casación alegan, entre otros extremos, infracción de los artículos 1300 y 1303 CC en relación con los artículos 1269 y 1270 CC «y jurisprudencia interpretativa del concepto de dolo» del artículo 1269 CC (motivo 1.º; FD 5.º; AH 3.º) e infracción de los artículos 1106 y 1107 CC sobre indemnización de daños y perjuicios, por entender que no han de incluirse ciertos gastos (Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, honorarios de un estudio, gastos de aval) ni el lucro cesante (motivo 2.º; FD 6.º; AH 3.º). El Tribunal Supremo, que también entiende que hubo dolo por parte de la vendedora *El Cabaco Medios y Gestión, S.L.* por lo que la procedía la anulación del contrato y la indemnización de daños y perjuicios (FD 5.º y 6.º), no casa (Fallo).

– *STS, 1.ª, 16.02.2010 (Pte. Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías; Cendoj, Roj STS 554/2010)*

HECHOS: Evangelina hereda (su padre falleció en 1972, su marido en 1977 y su madre en 1989) el 62,30% de las acciones de la sociedad inmobiliaria *Can Gili, S.A.*, cuyo único bien era la finca Can Gili, ubicada en Granollers. *Can Gili, S.A.* se constituye el 01.12.1971 con la finalidad de administrar el patrimonio familiar. Por otro lado, Evangelina mantuvo durante diecisiete años una relación sentimental con Luciano y durante ese tiempo, Luciano se fue haciendo cargo de los asuntos económicos de Evangelina, teniendo esta última una confianza absoluta en él. Luciano inició gestiones con el Ayuntamiento de Granollers para la recalificación de la finca Can Gili y la aprobación del Plan Parcial. Aprobado el Plan Parcial en 1997, Luciano aconseja a Evangelina la venta de sus acciones, venta que tiene lugar el 14.08.1997, siendo vendidas a las sociedades *Servicios Generales Barber, S.L.* y *Servicios Generales Thomas, S.L.*, que resultaron sociedades pantalla de Luciano, por lo que este adquiere por persona interpuesta; dichas sociedades eran insolventes e inactivas. El precio de la

venta de las acciones fue de 124 millones de pesetas (754.255,01 €), estando la finca valorada, en el momento de la venta, en 420 millones de pesetas (2.524.250,84 €). Poco después de la venta de las acciones, cesan las relaciones personales entre Evangelina y Luciano. Todo lo anterior en el FD 1.º. Evangelina demanda a Luciano, a *Servicios Generales Barber, S.L.*, a *Servicios Generales Thomas, S.L.* y a la sociedad *Can Gili*, pidiendo la nulidad de las compraventas por haber prestado su consentimiento por el dolo del comprador; subsidiariamente, ejercita la acción de nulidad absoluta de las compraventas por ilicitud en la causa; y si esto último no se estimase, pide la nulidad de las compraventas por haber sufrido un error en su consentimiento (AH 1.º y FD 1.º).

En primera instancia se estima la demanda, declarándose «la nulidad del contrato de compraventa de acciones de 14 de agosto de 1997 entre [...] Evangelina (vendedor) y las mercantiles Servicios Generales Barber y Thomas, S.L. (compradoras) codemandadas que actuaban siguiendo las instrucciones de [...] Luciano por dolo del comprador en la formación de la voluntad de [la] vendedora» (cursiva del original; AH 1.º; FD 1.º). Servicios Generales Thomas, S.L., Servicios Generales Barber y Luciano interponen recurso de apelación (AH 2.º). En segunda instancia se desestima la apelación y se confirma la sentencia (AH 2.º, FD 1.º).

Luciano, *Servicios Generales Barber, S.L.* y *Servicios Generales Thomas, S.L.* recurren en casación y alegan infracción de los artículos 1265, 1269 y 1270 CC, pues, «la doctrina distingue entre el dolo causante y el dolo incidental, de modo que el dolo grave o determinante es aquel que provoca en el contratante un error que le induce a contratar» y «Evangelina, que ostentaba diversos cargos de responsabilidad en diferentes sociedades, pudo y debió cerciorarse antes de firmar el contrato, de cuál era el precio del objeto que transmitía, lo que fue posible en un momento posterior, de modo que el error no se produjo por la conducta del recurrente, sino por la propia negligencia de la vendedora» (motivo 1.º; FD 3.º). Con carácter subsidiario, se alega que «el error sufrido [por Evangelina] «no puede calificarse de grave, sino solo [de dolo] incidental puesto que [...] Evangelina estaba dispuesta a vender dicho paquete de acciones, siendo dichas maquinaciones a lo sumo causa de unas diferentes condiciones del contrato, más onerosas para la parte recurrida» (motivo 2.º; FD 5.º). El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia recurrida (Fallo 1.º y 2.º).

– *STS, 1.ª, 05.03.2010 (Pte. Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz; Cendoj, Roj STS 984/2010)*

HECHOS: El 17.10.2003 y en documento privado se celebra una compraventa en la que *Iber Godor, S.L.* (vendedora) vende a *Prigel, S.L.* (compradora) una finca cuya finalidad era la edificación. El 17.12.2003, el contrato se eleva a escritura pública. La vendedora y la compradora tienen idéntico objeto social, esto es, la promoción y construcción de viviendas. La vendedora *Iber Godor, S.L.* había adquirido la finca poco antes de su reventa a la compradora *Prigel, S.L.* y había ordenado un estudio

geotécnico sobre la finca, constatándose que la finca tenía una depresión o dolina que hacía no aconsejable su construcción o el coste de la cimentación hacía inviable la construcción. Más tarde, una entidad de tasación y valoración informa de que la finca tiene un valor de 0 € y un arquitecto indica, que «un solar de esta característica de construirse y llevar a término la necesaria cimentación, se podría considerar «*un monumento a la idiotez*». Al celebrar la compraventa, la compradora *Prigel, S.L.* ignoraba el problema de la finca, «que no puede conocerse por signos externos». La compradora *Prigel, S.L.* demanda a la vendedora *Iber Godor, S.L.* y suplica, entre otros extremos, la nulidad de la compraventa, que se condene a *Iber Godor, S.L.* a la devolución de las cantidades entregadas en concepto de precio, lo que asciende a «167.321,78.-? [€]», que se le condene al pago de «57.776,03.-? [€]» en concepto de indemnización de daños y perjuicios, y que se le condene al pago de todos los intereses. Todo lo anterior en el AH 1.º y FD 1.º y 2.º.

En primera instancia se estima que hubo dolo de la vendedora *Iber Godor, S.L.* (art. 1269 CC) y se declara la nulidad de la compraventa (arts. 1265, 1300 CC) (AH 1.º3; FD 1.º).

La vendedora *Iber Godor, S.L.* recurre en apelación. *En segunda instancia* se entiende que hubo dolo de *Iber Godor, S.L.* y se revoca la sentencia de primera instancia «*en los únicos extremos de señalar que la cantidad debida, objeto de la condena asciende a la suma de [...] (42.092,63 €), que producirá los correspondientes intereses moratorios [...] y procesales [...]*» (AH 2.º; en otro plano y además, en la sentencia de segunda instancia se «*observa: «... como si el Derecho debiera ser más el protector de los astutos que el defensor de los fiados»*»; cursiva del original). Lo anterior en el AH 2.º, FD 1.º.

La vendedora *Iber Godor, S.L.* recurre en casación y alega infracción del artículo 1269 CC al entender que no hubo dolo por su parte (motivo 1.º; AH 1.º, FD 3.º) e infracción del artículo 1303 CC, dado que «la sentencia de instancia no fundamenta la inclusión de determinadas partidas en el *quantum* indemnizatorio al que condena a la [...] vendedora» (motivos 2.º, 3.º y 4.º; AH 3.º, FD 4.º). El Tribunal Supremo, que entiende que sí hubo dolo de *Iber Godor, S.L.* (FD 3.º), no casa (Fallo).

– *STS, 1.ª, 28.09.2011 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller; Cendoj, Roj STS 6046/2011)*

HECHOS: El 30.12.2003, en escrituras públicas otorgadas ante notario, Enriqueta dona a su hijo Remigio y a sus nietos Rómulo y Segismundo diversas fincas (a Remigio dos pisos y un local; a Rómulo dos pisos; y a Segismundo dos pisos). Enriqueta demanda a Remigio, Rómulo y Segismundo, pidiendo la declaración de nulidad de las donaciones, y también demanda a Juan María y Magdalena como posteriores adquirentes de una de las fincas donada a su hijo por entender que no eran terceros de buena fe. En su demanda, Enriqueta alega haber sufrido un error fundamental al donar, y el dolo realizado por su hijo, lo que vició su consentimiento; también invoca el

artículo 634 CC, «según el cual la donación no puede comprender aquellos bienes del donante que sean necesarios para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias». Todo lo anterior en el FD 1.º.

En primera instancia se estima en parte la demanda de Enriqueta, declarándose nulas las donaciones que había realizado en favor de su hijo y en favor de cada uno de sus dos nietos, y se desestima la demanda contra Juan María y Magdalena (AH 1.º, FD 1.º). Enriqueta, y Remigio, Rómulo y Segismundo, recurren en apelación (AH 2.º, FD 1.º). *En segunda instancia* se estima el recurso que interponen Remigio, Rómulo y Segismundo, y se desestima el que interpone Enriqueta; se revoca la sentencia de instancia y se desestima la demanda de Enriqueta, absolviéndose a los demandados Remigio, Rómulo y Segismundo (AH 2.º, FD 1.º).

Enriqueta recurre en casación (quien fallece y es sustituida procesalmente por su hija Delfina) (FD 1.º). Enriqueta alega (motivo único) infracción de los artículos 1261, 1265, 1266, 1269, 1270, 1275 y 1300 CC, lo que «se concreta en la afirmación de existencia de una actuación dolosa por parte de los demandados que determina la nulidad del consentimiento en los términos previstos en el artículo 1265 [CC]» (FD 3.º). El Tribunal Supremo casa y confirma la sentencia dictada en primera instancia (Fallo).

– *STS, 1.ª, 05.09.2012 (Pte. Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel; Cendoj, Roj STS 6681/2012)*

HECHOS: El 12.06.2006, *Exdebaill, S.L.* (contratista) e *Inmoprogesa, S.A.* (comitente) celebran un contrato de ejecución de obra, obligándose la primera a realizar los trabajos de albañilería en un edificio en construcción. Los trabajos se iniciarían el 18.06.2006 y terminarían el 15.05.2007. A los pocos días de la celebración de contrato, en concreto, el 21.06.2006, *Exdebaill, S.L.* solicita la declaración de concurso, siendo luego declarada en concurso. En el concurso se acumularon los incidentes concursales 418/07 y 493/07. Todo lo anterior en el AH 1.º y el FD 1.º.

En cuando al incidente concursal 418/07, según *Exdebaill, S.L.*, al enterarse *Inmoprogesa, S.A.* de su solicitud de concurso, la misma le comunica que resuelve el contrato, lo que *Exdebaill, S.L.* no acepta porque la resolución solo se funda en haber sido declarado en concurso. Además, *Inmoprogesa, S.A.* no permitió que los trabajadores de *Exdebaill, S.L.* accedieran a la obra y *Exdebaill, S.L.* se vio forzada a pedir la resolución del contrato con las oportunas restituciones. El incumplimiento imputable a *Inmoprogesa, S.A.* le causó daños. En su demanda contra *Inmoprogesa, S.A.*, *Exdebaill, S.L.* pide, entre otras cosas, la declaración de resolución del contrato de ejecución de obra incumplido por *Inmoprogesa, S.A.* y su condena al pago de determinada cantidad en concepto de daños y perjuicios. *Inmoprogesa, S.A.* contesta a la demanda y señala que el contrato de ejecución de obra era anulable por el dolo de *Exdebaill, S.L.*, añadiendo que *Exdebaill, S.L.* incumplió el contrato, «dado que no inició los trabajos, exclusivamente de limpieza, hasta» el 20.06.2006, «con dos obreros, que abandonaron la obra» el 30.06.2006, demostrando la incapacidad empresarial de *Exdebaill, S.L.*

para la ejecución de la obra, lo que evidentemente la misma conocía cuando celebró el contrato. *Inmoprogesa, S.A.* pide su absolución de la demanda. Todo lo anterior en los AH 1.º y 2.º; *vid.* FD 1.º.

En cuanto al incidente 493/07, iniciado por la demanda de *Inmoprogesa, S.A.* contra *Exdebaill, S.L.* y los administradores concursales, la primera alega que el contrato «era anulable por haber empleado esta última [*Exdebaill, S.L.*] dolo al perfeccionarlo, dado que, siendo esencial la celeridad en la ejecución de los trabajos para la buena marcha de la obra y el cumplimiento de los compromisos de venta que por su parte había asumido, *Exdebaill, SL*, que presentó la solicitud de ser declarada en concurso el» 21.06.2006, «le ocultó, al contratar unos días antes con ella, cuál era su verdadera situación patrimonial y que estaba preparando su declaración de concurso. Que está ocultación fue determinante, ya que no hubiera contratado de conocer la situación y la incapacidad de la demandada [*Exdebaill, S.L.*] para ejecutar la obra, por lo que reclamó la aplicación de los artículos 1269 y 1270 del Código Civil». Subsidiariamente, *Inmoprogesa, S.A.* pide la resolución del contrato por incumplimiento de *Exdebaill, S.L.*. Si bien esta última inició sus trabajos el 20.06.2006, no llevó a la obra personal suficiente, pues solo fueron dos obreros, que solo realizaron trabajos de limpieza y fueron retirados el 30.06.2006. Por el incumplimiento de *Exdebaill, S.L.* tenía derecho a ser indemnizada por daños y perjuicios. Todo lo anterior en el AH 3.º; *vid.* FD 1.º²⁵.

«En las dos instancias resultó desestimada la demanda de *Inmoprogesa* y estimada la acción resolutoria que había ejercitado en la suya [en la demanda] la administración concursal de *Exdebaill, SL*, como consecuencia de haber negado los respectivos Tribunales la concurrencia de dolo causante e imputado a la promotora la omisión de la ejecución de la obra» (FD 1.º).

²⁵ ARNAU RAVENTÓS destaca el juego de estrategias seguido por las partes implicadas: «[...] la propia narración de los antecedentes de hecho evidencia la estudiada estrategia seguida, respectivamente, por ambas partes. *Inmoprogesa [sic; Inmoprogesa] S.A.*, no desmiente haber remitido a *Exdebaill S.L.* un documento, de fecha de 5 de julio de 2006, dando por resuelto el contrato de obra. Precedían al escrito: primero, la solicitud de concurso por parte de la contratista (21 de junio de 2006); segundo, el inicio de las tareas, por parte de la misma *Exdebaill. S.L.*, dos días después de la fecha prevista contractualmente (que, según se relata en el FJ.º 1.º, era el día 18 de junio de 2006), si bien se acometieron sólo tareas de limpieza por dos operarios que fueron retirados en fecha de 30 de junio de 2006. En la demanda de incidente concursal, sin embargo, se interpone, con carácter principal, una acción de nulidad del contrato por dolo; sólo, subsidiariamente, la de resolución del contrato. ¿Un cambio de estrategia? Posiblemente, sí. Y, ello, quizás en vista de que, probablemente, el incumplimiento de *Exdebaill, S.L.* (rectius: su comportamiento hasta la fecha de 5 de julio de 2006) no alcanzaba a tener naturaleza resolutoria y, de que, la nulidad por dolo no excluye, como se verá, la facultad de pretender la indemnización por daños. Por su parte, *Exdebaill, S.L.* reacciona al documento de resolución extrajudicial remitido por *Inmoprogesa [sic;], S.A.* a principios de julio, no sólo negando que haya incumplido sus obligaciones, sino instando ella la resolución contractual por incumplimiento de la contraparte (materializado, básicamente, en negar la entrada a la obra a los trabajadores de *Exdebaill, S.L.*); súmase a ello también una pretensión indemnizatoria. Esto último resulta revelador. No pasa desapercibido que a ninguna de las partes interesa el mantenimiento del contrato; sin embargo, lejos de llegar a un acuerdo extintivo, una y otra pretenden abanderar tal extinción (ya sea intentando su anulación o su resolución por incumplimiento) en la medida que una y otra aspiran, también, a recibir una indemnización de la contraria» [*CCJC* (2013) p. 39].

Inmoprogesa, S.A. interpone recurso de casación y en su primer motivo alega «infracción de los artículos 1269, 1270 y 1300 del Código Civil y de la jurisprudencia contenida en las sentencias de 28 de noviembre de 1989, 21 de julio de 1993 y 11 de mayo de 2007» (AH 8.º); «[a]ñade que la propia sentencia recurrida contenía la afirmación de que no habría contratado con Exdebaill, SL de haber sabido que, diez días después de hacerlo, iba a solicitar ser declarada en concurso voluntario, lo que implicaba tener por demostrado el error en que incurrió sobre el propósito de la constructora y la maquinación de la misma al haber omitido darle información al respecto» (FD 2.º). El Tribunal Supremo entiende que hubo dolo de *Exdebaill, S.L.* (dolo omisivo) y estima la anulación del contrato de ejecución de obra celebrado (Fallo).

– *STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj 254/2015)*

HECHOS: El 13.10.2009, la demandante –Loreto, ciudadana alemana que desde hace años pasa temporadas en Tenerife– demanda al *Banco Santander, S. A.* y suplica la declaración de nulidad del contrato de seguro de vida *unit linked* multistrategia por error en el consentimiento –no se la había informado adecuadamente de la naturaleza y del riesgo del producto; de que se trataba de un producto sin garantía de capital– así como la restitución del capital (250.000 euros) con los intereses legales desde la celebración del contrato, el día 06.07.2005. Loreto alega que solo conoció que podía perder su inversión cuando el 11.12.2011 (sic; 11.12.2008) se suspende la liquidación periódica de los beneficios de su inversión, informándosele de que dicha inversión había sido afectada por el caso Madoff. El banco le ofrece compensarle mediante acciones preferentes, lo que Loreto rechaza. Antes de interponer su demanda, Loreto promueve el 28.04.2009 diligencias preliminares contra el banco para obtener la documentación del contrato celebrado. El banco se opone a la demanda de Loreto y además de otros extremos, alega la excepción de caducidad, pues debe matizarse la doctrina de la consumación del contrato para los contratos de tracto sucesivo como el seguro de vida celebrado, debiendo entenderse como fecha inicial para el ejercicio de la acción el 19.09.2009, fecha en la que el seguro de vida comenzó a surtir efectos. Todo lo anterior en el FD 1.º, 1 y 2; *vid.* AH 1.º.

La demanda de Loreto se desestima *en primera instancia*, considerándose, aparte de otras cosas, que Loreto ejercita una acción de anulabilidad por vicios del consentimiento y que la consumación del contrato tuvo lugar cuando hubo el concurso de voluntades de los contratantes el día de la firma del contrato, esto es, el 06.07.2005, por lo que al presentar su demanda Loreto, su acción había caducado (FD 1.º3; AH 3.º).

Loreto recurre en apelación y entre otras cosas, cuestiona que el inicio del cómputo de los cuatro años sea la fecha de perfección del contrato, pues el contrato tenía liquidaciones periódicas de beneficios que cesaron el 11.12.2008, además de que su solicitud de diligencias previas a la demanda para obtener la documentación se pre-

sentó dentro del plazo de los cuatro años desde la firma del contrato (FD 1.º4; AH 4.º). El banco se opone y alega, entre otros extremos, la caducidad de la acción ejercitada porque los cuatro años se computaban desde que se paga la prima del seguro y además, la solicitud de diligencias no interrumpe el plazo de caducidad (FD 1.º5). *En segunda instancia* se desestima el recurso de apelación de Loreto, al considerarse caducada su acción y la presentación de diligencias preliminares no interrumpe un plazo de caducidad, pues la caducidad no puede interrumpirse (FD 1.º6).

Loreto interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. En el de casación alega infracción del artículo 1301 CC, pues el plazo de cuatro años es plazo de prescripción (motivo 1.º); infracción del artículo 1301 CC respecto a la cesación del iter de la caducidad debido a las diligencias promovidas por Loreto antes de los cuatro años (motivo 2.º); e infracción del artículo 1973 CC respecto de la interrupción de la prescripción (motivo 3.º) (AH 7.º; y *vid.* FD 4.º). El Tribunal Supremo, que casa (Fallo 2), entiende que hubo error de Loreto (FD 7.º9) y que su acción no había caducado (FD 5.º6) y declara la nulidad del contrato, condenando al banco a la oportuna restitución (250.000 € más intereses legales) (FD 9.º; Fallo 2).²⁶

– *STS, 1.ª, 29.09.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno; Cendoj, Roj STS 4286/2015)*

HECHOS: Amparo es dueña de 3.500 participaciones sociales que representan el 50% del capital social de *Fomento vivienda mediterránea, S.L.* y Fructuoso es dueño de las otras 3.500 participaciones sociales que representan el otro 50% del capital social de *Fomento vivienda mediterránea, S.L.* (el capital social total de *Fomento vivienda mediterránea, S.L.* son 7.000 participaciones sociales). *Fomento vivienda mediterránea, S.L.* es propietaria de determinadas fincas, una de las cuales estaba gravada con una hipoteca a favor del *Banco Pastor*. *Fomento de vivienda mediterránea, S.L.* había celebrado, el 07.07.2004, con Marisa «un contrato de permuta de bienes respecto de una parcela ubicada en la unidad de ejecución del proyecto de urbanización objeto de la presente Litis» y «[e]l incumplimiento» de ese contrato por *Fomento de vivienda mediterránea, S.L.* «derivó en que doña Marisa presentara, el» 31.01.2006, «un recurso ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, contra la resolución del Conseller de Territorio y Vivienda por la que se aprobaba el Plan de Reforma Interior de Mejora de la U.E.2.R. 19 del PGOU del Ayuntamiento de Vinarós» (FD 1.º). «La sentencia, dictada el» 22.12.2009, «fue estimatoria del recurso y comportó la anulación de la resolución recurrida por ser contraria a derecho». En las parcelas que forman parte de cierta unidad, *Fomento de vivienda mediterránea, S.L.* se prevé realizar un proyecto de cinco

²⁶ Extracté más brevemente los hechos de esta sentencia en FENOY PICÓN, *ADC* (2017) nota 16 en p. 485.

edificios con un total de noventa apartamentos y respectivos garajes. Todo lo anterior en el FD 1.º.

El 20.09.2007, Amparo y Fructuoso (optatarios) celebran un contrato de opción de compra con *Habitat, S.A.* y *Habitat vacances, S.L.* (optantes), ampliándose después el plazo para el ejercicio de la opción de compra hasta el 14.03.2008 e incrementándose su precio. El 14.03.2008, *Habitat, S.A.* y *Habitat vacances, S.L.* ejercitan la opción de compra, perfeccionándose la compraventa de las participaciones sociales. Todo lo anterior en el FD 1.º.

En el contrato de opción de compra antes referido se hacía referencia al antes mentado contrato de permuta con Marisa y se apuntaba que no afectaba al proyecto de urbanización, lo que era una declaración falsa (hubo una ocultación deliberada). *Habitat, S.A.* y *Habitat vacances, S.L.* (compradores) no pudieron ejecutar el proyecto de urbanización y demandan a Amparo y Fructuoso (vendedores) y piden la nulidad de la compraventa celebrada, la devolución a los vendedores de las participaciones sociales, y el reintegro a los compradores por parte de los vendedores de ciertas cantidades que se especifican. Todo lo anterior en el FD 1.º y el AH 1.º.

En primera instancia se desestima la demanda de los compradores *Habitat, S.A.* y *Habitat vacances, S.L.* (AH 3.º). *En segunda instancia* se estima el recurso interpuesto por *Habitat, S.A.* y *Habitat vacances, S.L.* (compradores) y se declara la nulidad de la compraventa de las participaciones sociales (existió dolo), por lo que las participaciones sociales han de reintegrarse a los vendedores, y los vendedores han de reintegrar a los compradores determinadas cantidades (una por la parte del precio que los vendedores recibieron e intereses de aplazamiento de la deuda, otra por la amortización que los compradores hicieron de un préstamo, otra por gastos notariales y de Registro de la Propiedad, y otra por la ejecución de obras que hizo otra mercantil). Lo anterior en los AH. 4.º, FD 1.º.

Amparo y Fructuoso interponen recurso de casación, en el que alegan infracción de los artículos 1261.1.º, 1266 y 1300 CC (motivo 1.º) e infracción de los artículos 1260.1.º, 1269, 1270.I y 1300 CC (motivo 2.º) (AH 5.º, FD 2.º). El Tribunal Supremo, que entiende que efectivamente hubo dolo de los vendedores por lo que no procede entrar en el error del artículo 1266 CC, no casa (Fallo 2).

– *STS, 1.ª Pleno, 25.11.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 4810/2015)*

HECHOS: El 29.06.2001, Mateo celebra con el *Banco Sygma Hispania* un préstamo personal *revolving*, consistente en «un contrato de crédito que le permitía hacer disposiciones mediante llamadas telefónicas o mediante el uso de una tarjeta expedida por el Banco Sygma, hasta un límite de 500.000 pesetas (3.005,06 euros), límite que, según se decía en el contrato, «*podrá ser modificado por Banco Sigma Hispania*». El tipo de interés remuneratorio fijado en el contrato era del 24,6%, y el interés de demora, el resultado de incrementar el interés remuneratorio en 4,5 puntos porcentuales».

Mateo hizo una disposición inicial de 1.803,04 euros y durante varios años hizo disposiciones con cargo al crédito, resultando que su saldo deudor superó ampliamente el límite inicialmente fijado. Mensualmente se le cargaba una cuota, que paulatinamente se incrementó a medida que aumentaba el importe de lo que disponía. Asimismo, se le hacían otros cargos periódicos por intereses, «prima de seguro», y comisiones de disposición de efectivo por cajero y emisión y mantenimiento de la tarjeta. En 2009, Mateo comienza a devolver impagadas las cuotas mensuales giradas, lo que devengó comisiones por impago e intereses de demora. En julio de 2011, el *Banco Sygma Hispania* demanda a Mateo, reclamándole el pago de 12.269,40 € (saldo de la cuenta de crédito, intereses de demora devengados desde el cierre de la cuenta de crédito). Todo lo anterior en el FD 1.º, 1 y 2.

En primera instancia se desestima que el contrato celebrado fuera usurario (FD 1.º3). Mateo interpone recurso de apelación. *En segunda instancia* tampoco se lo considera usuario (FD 1.º3).

Mateo recurre en casación, alegando (motivo 1.º) infracción por aplicación indebida del artículo 1.I, primer inciso, LU, explicando que «el interés remuneratorio del 24,6% era superior incluso al doble del interés medio de los créditos al consumo en la fecha en que se concertó el contrato, y superaba en más de cuatro veces el interés legal del dinero», además de que «varias sentencias del Tribunal Supremo habían considerado usurarios préstamos a tipos de interés más bajo»; «[e]l demandado [Mateo] había dispuesto en total de 25.634,05 euros del crédito concedido con base en el contrato concertado con el Banco Sygma, que habían devengado 18.568,33 euros de intereses, por lo que aunque había pagado 31.932,98 euros a la demandante [*Banco Sygma Hispania*], le eran reclamados 12.269,40 euros». Todo lo anterior en el FD 2.º, 1 y 2. El Tribunal Supremo entiende que el contrato es usurario (infracción del art. 1 LU), ya que el interés estipulado fue notablemente superior al interés normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, y la entidad financiera no justifica la concurrencia de circunstancias excepcionales que justificasen ese interés pactado, notablemente superior al normal de las operaciones de crédito al consumo (FD 3.º, 4, 5 y 6), por lo que el contrato es nulo (nulidad «*radical, absoluta, y originaria*», FD 4.º1; cursiva del original), procediendo parte de los efectos previstos en el artículo 3 LU (FD 4.º2)²⁷. El Tribunal Supremo casa y estima la apelación de Mateo (Fallo 2).

²⁷ En concreto: «2.- Las consecuencias de dicha nulidad son las previstas en el art. 3 de la Ley de Represión de la Usura, esto es, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida./ En el caso objeto del recurso, el demandado [Mateo] ha abonado a la demandante [*Banco Sygma Hispania*] una cantidad superior a la que recibió, por lo que la demanda ha de ser completamente desestimada./ La falta de formulación de reconvencción impide aplicar la previsión de la segunda parte del precepto, según el cual, si el prestatario hubiera satisfecho parte de la suma percibida como principal y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado» (FD 4.º).

- STS, 1.ª, Pleno, 24.05.2016 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán; Cendoj, Roj STS 2133/2016)

HECHOS: El 30.07.2004, *AlberiteLais, S.L.* (arrendataria) y *Red Nacional de Ferrocarriles Españoles* (RENFE; actualmente ADIF; arrendadora) celebran un contrato de arrendamiento de un terreno de 7.000 m² como cuerpo cierto, con una renta anual de 126.000 € (había una carencia de seis meses, después ampliada por las partes) y duración de cinco años (*del 01.10.2004, fecha de su entrada en vigor, hasta el 30.09.2009*). El terreno debía dedicarse «exclusivamente a la actividad de unidad de suministro de gasóleo A, centro de lavado, autolavado y *parking* de vehículos pesados, ligeros y semiligeros». «Las obras necesarias en el inmueble para una mayor y mejor adecuación a la realización de sus actividades o al uso pactado serían por cuenta y cargo del arrendatario [*AlberiteLais, S.L.*], autorizándolas la arrendadora», y el arrendatario (*AlberiteLais, S.L.*) se responsabilizaba de obtener de las autoridades competentes todas las licencias y autorizaciones necesarias para desarrollar las anteriores actividades, asumiendo su coste. Recibida la parcela por la arrendataria *AlberiteLais, S.L.*, esta solicita el 24.12.2004 la oportuna «licencia de actividad, cuya falta [...] no le impidió, de hecho, ejercer la actividad pactada». El 08.11.2005, la Dirección General de Gestión Urbanística de Madrid deniega la licencia, resolución notificada a *AlberiteLais, S.L.* el 12.12.2005, que «no impugnó [...] y hasta febrero de 2007 estuvo pagando mensualmente la renta estipulada». Producido el impago de la renta, el 28.11.2008 la arrendadora ADIF promueve juicio de desahucio y de reclamación de cantidad por las rentas debidas, ejecutando el 29.04.2009 el aval bancario de 21.000 € que *AlberiteLais, S.L.* había entregado a RENFE (luego ADIF) cuando la firma del contrato. El 01.07.2009, *AlberiteLais, S.L.* (arrendataria) demanda a ADIF (arrendadora) y ejercita la acción principal de nulidad y subsidiariamente, la resolución del contrato por inhabilidad del terreno al fin pretendido (se había denegado la licencia de actividad). Según *AlberiteLais, S.L.*, «a pesar de los claros términos contractuales, la arrendadora, con evidente dolo y a sabiendas de la situación urbanística de los terrenos arrendados, la había inducido por error a suscribir el contrato de arrendamiento con RENFE, cuyo objeto era imposible de llevar a cabo». Todo lo anterior en el FD 1.º, 1 a 10; *vid.* AH 1.º.

En *primera instancia* se desestima la demanda de *AlberiteLais, S.L.*, siendo «[s]us fundamentos, en síntesis, [...]: a) aunque en la demanda se invocó que el contrato era radicalmente nulo, de las alegaciones contenidas en la misma se deducía que lo que se estaba ejercitando era una acción de anulabilidad, puesto que se fundaba en la existencia de dolo y error en la formación del consentimiento; b) la acción de anulabilidad debía ejercitarse en el plazo de cuatro años, a computar, en los supuestos de error, dolo o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato, según establecía el art. 1301 CC, y en el presente caso el contrato de arrendamiento era de fecha 30 de julio de 2004, con vigencia desde el 1 de octubre siguiente, y la demanda se había presentado el 1 de julio de 2009, constando probado que la demandante [*AlberiteLais, S.L.*] venía desarrollando en el inmueble la actividad pretendida y abonando la

renta hasta principios de 2007, por lo que claramente había transcurrido el plazo de ejercicio de la acción, que debía declararse extinguida» (FD 1.º12; *vid.* AH 3.º).

AlberiteLais, S.L. recurre en apelación y en *segunda instancia* se confirma la sentencia, considerándose que la acción de anulabilidad había caducado, «siendo evidente [...] el referido plazo habría transcurrido a los cuatro años del comienzo de la vigencia pactada, sin que, por tanto, la acción pueda prosperar» (FD 1.º13; AH 4.º).

AlberiteLais, S.L. interpone recurso de casación y alega infracción del artículo 1301 CC y que se declare la nulidad del contrato por haber sido inducida a error para prestar su consentimiento contractual y evidente dolo del arrendador (motivo único; FD 1.º14, FD 2.º; AH 5.º). El Tribunal Supremo, que entiende que los cuatro años de la acción habían caducado (el contrato se consuma el 01.10.2004 y la demanda se presenta el 01.07.2009; FD 4.º8.ª), desestima el recurso de casación (Fallo 1).²⁸

– *STS, 1.ª, 01.06.2016 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 2599/2016)*

HECHOS: *Con anterioridad a marzo de 2007*, las sociedades *Mobart 2, S.A., Eurobarmor, S.L., Crismora, S.L., Baher 93, S.L., Const. Lorenzo Bartolomé, S.A., Mobart 2 Construcciones, S.L.* y *Onage Promociones e Inversiones, S.L.*, del mismo grupo empresarial, celebran permutas financieras con el *Banco Santander* por un importe aproximado de sesenta millones de euros. Por haber ofrecido un empleado de *Bankinter* a las sociedades un producto más ventajoso, aquellas sociedades cancelan las permutas con el *Banco Santander*, siendo 600.000 € el coste de cancelación de una permuta y sin coste de cancelación la otra permuta (opción de cancelación a tipo cero). Lo anterior en el FD 1.º1.

El 06.03.2007, la mayoría de las anteriores sociedades celebra con *Bankinter* un contrato de permuta financiera (*swap*) de tipos de interés, con inicio desde el 14.03.2006 y vencimiento el 14.09.2009, cambiando el nocional en cada uno de los contratos (contrato *Clip Bankinter 06 3.3.*). *En octubre de 2007* y a propuesta de *Bankinter* se cancelan los anteriores contratos, sin coste para los clientes y habiendo sido positivas las liquidaciones practicadas hasta entonces para los clientes, sustituyéndose por otros contratos con un producto muy similar a los anteriores pero con modificación de condiciones, *siendo su duración desde el 21.11.2007 hasta el 23.05.2011* (contrato *Clip Actualizado Bankinter 06 3.3.*). El 20.05.2008, *Onage Promociones e Inversiones, S.L.* celebra otro contrato de permuta financiera con nocional de 15.000.000 € y *duración desde el 20.05.2008 hasta el 25.05.2011* (contrato *Clip Bankinter Almanzor*). Estos contratos dan lugar a liquidaciones positivas, pero en el año 2009 se pasa a liquidaciones muy negativas debido a la bajada brusca de los tipos de interés. Por otro lado, las sociedades tenían una actividad empresarial con un importante volumen de negocios; los contratos celebrados con *Bankinter* representaban el 6 ó 7 % de su financiación; sus

²⁸ Brevemente di cuenta de esta sentencia en FENYO PICÓN, *ADC* (2017) nota 18 de p. 487.

representantes (Ginés, y Heraclio) estaban acostumbrados a contratar productos de financiación para sus empresas, contratando productos similares en otras ocasiones, habían leído los contratos con *Bankinter* antes de firmarlos y sido informados de que existía un riesgo de liquidaciones negativas. Todos los contratos tenían una cláusula sobre la cancelación anticipada del contrato. Lo anterior en el FD 1.º1.

Las sociedades demandan a *Bankinter* y suplican la declaración de «nulidad» de los contratos *Clip Bankinter 06-3.3*, *Clip Actualizado Bankinter 06-3.3* y *Clip Almanzor* por vicios del consentimiento (error, y dolo) e indeterminación absoluta del objeto del contrato, y restitución por ambas partes de los rendimientos obtenidos; *subsidiariamente*, la «anulabilidad» de los tres anteriores contratos por vicio del consentimiento e indeterminación absoluta del objeto, así como las oportunas restituciones de los rendimientos obtenidos; *subsidiariamente*, la declaración de cancelación anticipada de los contratos *Clip actualizado 06-3.3* y *Clip Almanzor* sin coste alguno y por los argumentos ya expuestos; y *subsidiariamente*, si no se acoge ninguno de los anteriores pedimentos y se entiende que los contratos son válidos, «solo en ese caso, se declare la obligación de Bankinter de abonar a mis representados lo que en aplicación de la fórmula de cancelación les hubiera correspondido cuando se cancelaron los primeros contratos en noviembre de 2007, según los cálculos que deberá aportar Bankinter. En este sentido, hacemos expresa declaración de que esta parte [las sociedades] entiende que tal abono no se debe producir puesto que sostenemos la nulidad o anulabilidad de los contratos, y por lo tanto de todo lo que de ellos se derive, por lo que no deben dar lugar a coste de cancelación alguno por todo lo ya expuesto, pero solo para el supuesto de que estas pretensiones no sean acogidas, y de que mis mandantes tengan que cumplir escrupulosamente con los contratos, solo en ese caso, Bankinter deberá hacer exactamente lo mismo, abonando la cantidad que en su momento hubiera correspondido». Lo anterior en el AH 1.º y FD 1.º2.

En *primera instancia* se desestima la demanda de las sociedades (FD 1.º3; AH 1.º3). La sociedades apelan y en *segunda instancia se desestima* la indeterminación del objeto del contrato, se considera que no hubo error, ni dolo, se rechaza la pretensión de las sociedades de la cancelación anticipada sin coste, y *se estima* la pretensión de las sociedades de que *Bankinter* les abonara lo que les hubiera correspondido en aplicación de la fórmula de cancelación cuando se cancelaron los primeros contratos en noviembre de 2007 (FD 1.º4; AH 2.º).

Las sociedades interponen recurso de casación y alegan, entre otras cosas, infracción de los artículos 1265, 1269 y 1270 CC (motivo 3.º), pues «el dolo omisivo, se pone de manifiesto por dos circunstancias: el banco ocultó las fórmulas para fijar el coste de la cancelación anticipada, impidiendo a los clientes llegar a conocer los parámetros a aplicar para practicar la liquidación del contrato por cancelación anticipada; y generó en los clientes la confianza de que la cancelación anticipada de los contratos no provocaba la práctica de liquidaciones económicas, pues la cancelación anticipada de los contratos de 6 de marzo de 2006 [*sic*; 2007] no generó ninguna liquidación» (FD 2.º5). El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

- STS, 1.ª, 05.07.2016 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj STS 3214/2016)

HECHOS: El 25.07.2008, el *Banco Español de Crédito, S.A. (Banesto, luego Banco Santander)* celebra con *Nevauto, S.A.* un contrato de permuta financiera de tipos de interés con vencimiento el 30.07.2011 y con un nominal de «2.000.000 ?» (*sic*). En el desenvolvimiento del contrato se producen diversas liquidaciones negativas para el cliente, las cuales no abona al banco y el 08.11.2010 el banco da por vencido anticipadamente el contrato con un saldo a su favor de «149.852, 62 ?» (*sic*). El banco demanda al cliente y pide su condena al pago del anterior saldo «149.852, 62 ?» (*sic*) con intereses de demora. El cliente reconviene y pide, entre otros extremos, que se declare la nulidad del contrato por causa ilícita, por dolo y por error, la recíproca restitución de las cantidades ya cargadas/abonadas, e intereses legales; para el caso de que se considerase válido el contrato, el cliente pide la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* con modificación del contrato. Todo lo anterior en AH 1.º y FD 1.º, 1, 2 y 3.

En primera instancia se desestima la demanda del banco y estima la reconvencción del cliente, declarando, entre otras cosas, la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés por error del cliente. En concreto, se considera: «(i) El contrato no tuvo causa ilícita; (ii) Los test de conveniencia e idoneidad realizados al cliente seis meses antes de la contratación del producto, acreditaban que el mismo no era aconsejable para dicho cliente; (iii) La información facilitada por el banco no fue suficiente, ya que consistió solamente en unas conversaciones previas, sin entrega de documentación, ni ilustración sobre las características del producto y sus riesgos, sobre todo si se producía una bajada de los tipos de interés; (iv) Como consecuencia de ello, *el consentimiento del cliente estaba viciado por error*» (cursiva mía; FD 1.º4; AH 1.º).

El banco recurre en apelación. *En segunda instancia* se desestima el recurso del banco y se confirma la sentencia de instancia (AH 2.º), «si bien [la Audiencia Provincial] consideró que no existió causa ilícita, ni tampoco había error en el consentimiento, porque la información fue suficiente y permitió al cliente conocer la mecánica y el riesgo del producto contratado, apreció que existió dolo omisivo por parte de la entidad financiera, ya que ocultó al cliente sus previsiones respecto de la evolución de los tipos de intereses» (FD 1.º5).

El banco interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. En el de casación (motivo único), el banco alega infracción de los artículos 1269 y 1270.I CC, «en relación con la jurisprudencia para apreciar la concurrencia de dolo omisivo»; por el banco «se argumenta, resumidamente, que la resolución recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala sobre los requisitos para la apreciación del dolo omisivo, con cita de las sentencias núm. 129/2010, de 5 de mayo [*sic*; de marzo]; 233/2009, de 26 de marzo; y 751/2006, de 19 de julio», aduciéndose «que no existe ninguna norma que obligue al banco a facilitar las previsiones sobre la evolución futura de los tipos de interés, ni resulta exigible conforme a la buena fe»; «[l]a jurisprudencia requiere que la conducta dolosa sea grave, entendida como esencial y que de-

termine la voluntad de contratar», «[m]ientras que la evolución futura de los tipos de interés constituye un elemento aleatorio, que no puede determinar la voluntad previa de contratar» (FD 3.º)²⁹.

El Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal (Fallo 1.º) y estima el recurso de casación (Fallo 2.º). Asumiendo la instancia, estima el recurso de apelación del banco, revoca y deja sin efecto la sentencia de primera instancia, y estima la demanda del banco contra *Nevauto, S.A.* y desestima la reconvencción de *Nevauto, S.A.* contra el banco, por lo que condena a *Nevauto, S.A.*, entre otras cosas, a que pague al banco «149.852, 62 ?» [sic] más intereses de demora (Fallos 3.º y 4.º).

– *STS, 1.ª, 01.03.2017 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj STS 725/2017)*

HECHOS: El 13.05.2005, la *Fundación Museo Marítimo Ría de Bilbao* y el *Banco Santander, S.A.* celebran un contrato marco de operaciones financieras y celebran varios contratos de *swap* de fecha 18.05.2005, 13.01.2006, 16.05.2006, y 01.02.2007, en cuyo desarrollo resultaron liquidaciones negativas para la *Fundación* («importe total de 204.632,68 ?»; FD 1.º). La *Fundación* demanda al banco y solicita la nulidad de los contratos, y subsidiariamente su resolución, y, en ambos supuestos la condena a la devolución de «204.632,68 ?» más intereses legales con deducción de las liquidaciones positivas e intereses. Todo lo anterior en el FD 1.º, 1, 2 y 3.

En primera instancia se considera caducada la acción para los tres primeros *swap*. En cuanto al último, el de fecha 01.02.2007, se entiende celebrado con error en el consentimiento, ya que el banco «lo ofreció como un seguro para cubrir la subida de los tipos de interés, prácticamente sin coste, y que era fácilmente cancelable, sin informar del riesgo de tener que desembolsar una importante cantidad de dinero»; «los términos del contrato no se correspondían con las conversaciones previas, en las que no se había informado sobre los riesgos». Por lo anterior, se estima en parte la demanda de la *Fundación* y se declara la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y del *swap* de 01.02.2007, con restitución de prestaciones. Todo lo anterior en el FD 1.º4.

El banco recurre en apelación, y la *Fundación* impugna la sentencia de primera instancia. En segunda instancia se estima parcialmente la impugnación e íntegramente la apelación del banco. Se considera que la acción de la *Fundación* no había caducado para ninguno de los contratos. *Ahora bien*, «los miembros del patronato de la *Fundación* eran perfectamente conscientes del funcionamiento de los *swaps*, porque

²⁹ Según el AH 3.º de la *STS, 1.ª, 05.07.2016*: «El motivo del recurso de casación fue:/ Único.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1269 y 1270 (párrafo 1.º) del Código Civil y jurisprudencia que los interpreta, ya que la Sentencia recurrida atribuye eficacia invalidante a una omisión de información que no reúne los requisitos establecidos para ser considerada dolo omisivo».

fueron debidamente informados al respecto»; «a cada uno de los contratos se adjuntaba un anexo de funcionamiento del producto, en el que se definía el mismo, se señalaba un cálculo de liquidación y se reflejaban dos escenarios posibles, en los que, partiendo del tipo variable de referencia, se describía la liquidación neta que resultaría para el cliente y resultado que se produciría en función de que se sobrepasara o no el nivel de referencia»; y «el cliente únicamente mostró su disconformidad cuando comenzó a recibir liquidaciones negativas». Así pues, se revoca la sentencia de primera instancia y se desestima la demanda de la *Fundación*. Todo lo anterior en el FD 1.º.

La *Fundación* recurre en casación y alega (motivo 1.º) infracción de los artículos 1265, 1266, 1269 y 1270 CC y de las SSTs 05.09.2012, 18.04.2013 y 20.01.2014, dividiendo su «argumentación en dos submotivos, uno relativo al dolo omisivo y otro el error en el consentimiento», señalando «[r]esumidamente [...] que fue la entidad bancaria quien ofreció el producto al cliente, sin estudiar su idoneidad, y sin ofrecer información sobre los posibles riesgos y el coste de cancelación» (FD 2.º). El Tribunal Supremo, si bien entiende que no hubo dolo del banco, *sí considera que el cliente sufrió un error* (art. 1266 CC; FD 5.º 2) por lo que «ha de estimarse sustancialmente la demanda [de la *Fundación*] y declarar la nulidad de los contratos de swap por error vicio del consentimiento [de fecha 18.05.2005, 13.01.2006, 16.05.2006, 01.02.2007], con restitución recíproca de las prestaciones», no procediendo «la nulidad del contrato marco de operaciones financieras [...], porque es un contrato marco que, a estos efectos, no tiene virtualidad propia por sí mismo» (FD 6.º; *vid.* Fallo 3.º).

– *STS, 1.ª, 12.07.2017 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller; Cendoj, Roj STS 2837/2017)*

HECHOS: El 03.03.2008, *Amiguetes Entertainment, S.L.* (cliente) y *Banco Español de Crédito, S.A.* (luego *Banco Santander, S.A.*) celebran un *swap*. *Amiguetes Entertainment, S.L.* demanda al *Banco Español de Crédito, S.A.* y ejercita la acción de nulidad (anulabilidad) del contrato de permuta financiera (*swap*) por error en el consentimiento, pidiendo que se condene al banco a que les pague «la diferencia entre la cantidad total que se le ha adeudado por razón del contrato (15.077,34 -?) y la que ha percibido (1.084.25.-?) con aplicación de los intereses legales desde cada uno de los adeudos o abonos» (FD 1.º; AH 1.º).

En primera instancia se estima la demanda de *Amiguetes Entertainment, S.L.*, declarándose la nulidad del contrato de operación de permuta financiera de tipos de interés (*swap*) de 03.03.2008, ya que «a) [l]a acción no está caducada por tratarse de un contrato de tracto sucesivo» y *Amiguetes Entertainment, S.L.* «fue consciente del error sufrido con la *última* [esta cursiva, mía] de las liquidaciones, la cual se produjo» el 31.03.2011, «con la consecuencia de que, ejercitada la acción en el año 2013, no ha transcurrido el plazo de cuatro años; y b) [e]l contrato es nulo por error en el consentimiento; error de carácter esencial pues afecta a la obligación principal del contrato, es sustancial en cuanto se refiere a un elemento nuclear del contrato y resulta excusa-

ble dado que» *Amiguetes Entertainment, S.L.* «no fue informada por el banco de manera suficiente» (FD 1.º; AH 1.º,3.1).

En segunda instancia se estima íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el banco, el cual es absuelto y se declara no haber lugar a las pretensiones de *Amiguetes Entertainment, S.L.*, ya que «[l]a acción por error en el consentimiento está caducada por cuanto la consumación del contrato se produce con la *primera liquidación de intereses* [esta cursiva, mía], sin que sea preciso esperar a cada una de las liquidaciones que se vayan produciendo sucesivamente» y, «producida la primera liquidación de intereses en 2008 y ejercitada la acción en el año 2013, ha transcurrido el plazo de cuatro años» (FD 1.º; AH 2.º).

Amiguetes Entertainment, S.L. recurre en casación por infracción del artículo 1301 CC en relación con el artículo 9.3 CE, a propósito del «inicio del cómputo del plazo de caducidad en los supuestos de nulidad contractual por vicio del consentimiento» (motivo único; AH 3.º). El Tribunal Supremo, que tiene en cuenta la doctrina sentada en la *STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015* (citada en la «sentencia núm. 371/2017, de 9 de junio»; FD 3.º), considerada caducada la acción, pues «el momento inicial para el cómputo del plazo de caducidad hay que hacerlo coincidir con aquél en que se produce *liquidación negativa que permita al cliente plantearse si realmente pudo estar viciado el consentimiento prestado* [cursiva mía]» (FD 4.º) y el 30.03.2009 se practicó «una liquidación negativa de 613,89 euros» y «la demanda se interpuso» el 11.06.2013, habiendo transcurrido el plazo de los cuatro años³⁰ (FD 4.º). El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación (Fallo 1.º).

- *STS, 1.ª, Pleno, 19.02.2018 (Pte. Excm. Sra. D.ª María Ángeles Parra Lucán; Cendoj, Roj STS 398/2018)*

HECHOS: El 17.12.2002, *Construcciones Poncelas S.A.* (el cliente) celebra con el *Banco Santander Central Hispano, S.A (BSCH)* un préstamo con garantía hipotecaria de cuantía 1.297.609,68 € para financiar la adquisición de un solar, y el 19.12.2003 ambos contratantes amplían la duración (al 17.12.2036) y el capital (a 6.000.000 €) del préstamo hipotecario para financiar la construcción de 39 viviendas unifamiliares adosadas con la posible posterior subrogación en el préstamo hipotecario de los terceros adquirentes de las viviendas. El 25.10.2005 el cliente y el banco celebran un contrato marco de operaciones financieras y al amparo del mismo celebran una permuta financiera llamada «*swap bonificado escalonado con barrera Knock-in in arrears*» fijando su duración (del 27.10.2005 al 27.10.2008) por importe nominal de 3.000.000 €. El 29.03.2006, el cliente y el banco celebran una «nueva confirmación de permuta financiera» cancelando la anterior y por el mismo nominal de 3.000.000 €

³⁰ Continúa el Tribunal Supremo: «Es cierto que se sucedieron otras liquidaciones negativas, por mayores cantidades, hasta la liquidación final del contrato en fecha» 03.01.2011, «pero según la doctrina de esta sala anteriormente expresada», *Amiguetes Entertainment, S.L.* «pudo advertir ya el error que ahora denuncia desde aquel momento inicial en que le llegó la primera liquidación negativa» (FD 4.º).

y retrotraen los efectos del contrato al 25.10.2005. «Desde octubre de 2005 hasta octubre de 2006», el cliente «tuvo en las liquidaciones del *swap* un saldo negativo de 36.314,60 €» y reclama extrajudicialmente esa cantidad al banco, proponiéndole este un tercer contrato de *swap*. Se procede a la cancelación del segundo contrato de *swap*, el banco devuelve al cliente el saldo negativo de 36.314,60 € y se firma el tercer contrato de *swap* (de duración desde el 20.11.2006 hasta el 21.11.2011) por un importe nominal de 5.000.000 €. El 28.03.2007 se amortiza en su totalidad el préstamo hipotecario. En cuanto al tercer contrato de *swap*, durante su vigencia, «el cliente obtuvo los dos primeros años un saldo neto a su favor. El primer año, tras cuatro liquidaciones positivas para el cliente, obtiene una primera liquidación negativa girada el 20 de noviembre de 2007; el saldo anual es favorable al cliente en 15.3861,11 [*sic*] euros; el segundo año, tras cuatro liquidaciones positivas para el cliente, obtiene una primera liquidación negativa girada el 20 de noviembre de 2008; el saldo anual es favorable al cliente en 125,21 euros; el tercer año, tras cuatro liquidaciones positivas para el cliente, obtiene una primera liquidación negativa girada el 20 de noviembre de 2009; el saldo anual es desfavorable para el cliente en 82.405,42 euros; el cuarto año, tras cuatro liquidaciones positivas para el cliente, obtiene una primera liquidación negativa girada el 20 de noviembre de 2009; el saldo anual es desfavorable para el cliente en 82.405,42 euros; el quinto año, tras cuatro liquidaciones positivas para el cliente, obtiene una primera liquidación negativa girada el 22 de noviembre de 2010; el saldo anual es desfavorable al cliente en 136,058,33 euros; el sexto año, tras cuatro liquidaciones positivas para el cliente, obtiene una primera liquidación negativa girada el 21 de noviembre de 2011; el saldo anual es desfavorable al cliente en 104.874,00 euros». El 30.01.2014, *Construcciones Poncelas S.A.* demanda al banco y pide (petición principal) la nulidad del contrato marco de operaciones financieras de 25.10.2005 y de las operaciones de confirmación de permuta financiera (de los tres contratos de *swap*; de 25.10.2005, 29.03.2006, y 10.11.2006) y de todas las obligaciones derivadas de ellas, con recíproca devolución de las prestaciones e intereses legales. El cliente alega que tiene pérdidas de 307.851,87 € y entiende que sufrió error vicio del consentimiento porque el banco incumplió los deberes de información sobre el riesgo que implicaban los contratos litigiosos. Todo lo anterior en el AH 1.º, 1 y 2, FD 1.º, 1 a 7.

En primera instancia se estima la demanda de *Construcciones Poncelas S.A.* (AH 1.º4; FD 1.º9). El banco interpone recurso de apelación y *en segunda instancia* se considera caducada la acción de nulidad de los contratos de permuta financiera de 25.10.2005 y de 29.03.2006, y no caducada la acción de nulidad del contrato cuya duración era desde el 10.11.2006 hasta el 21.11.2011, ni la de nulidad del contrato marco de operaciones financieras de 25.10.2005; se entiende además que la falta de información por parte del banco dio lugar al error del cliente (AH 2.º, FD 1.º10).

El banco interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. En el de casación, el banco alega infracción de los artículos 1265 y 1266 CC en relación con la jurisprudencia respecto al error en el consentimiento (motivo 1.º) e infracción del artículo 1301 CC en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supre-

mo, en concreto con la *STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015*, entendiendo que, cuando se interpone la demanda por parte del cliente, había caducado la acción de anulabilidad del contrato de 10.11.2006 (el tercer *swap*; motivo 2.º) (AH 3.º1, FD 2.º1). El Tribunal Supremo considera no caducada la acción de anulación de dicho *swap* (FD 3.º), así como que el consentimiento de *Construcciones Poncelas S.A.* adoleció de error (FD 4.º), por lo que no estima el recurso de casación y confirma la sentencia recurrida (Fallo 1 y 2).

– *STS, 1.ª, 23.03.2018 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj STS 1110/2018)*

HECHOS: El 22.02.2007, Ángel y Camino (clientes) celebran con el *Banco Español de Crédito, S.A.* (actualmente *Banco Santander, S.A.*) un contrato de permuta financiera de tipos de interés de un millón de euros de nominal y duración desde el 28.02.2007 hasta el 28.02.2012. En la condición general segunda del contrato se dice que el banco tiene la facultad de resolución anticipada del contrato, si no hubiera suficiente saldo en la cuenta bancaria asociada. El 03.08.2010, el banco ejercita dicha facultad y da por vencida la operación, «con un saldo a su favor [al del banco] de 89.871,13 ? [€]». El banco demanda a Ángel y Camino y pide, entre otras cosas, su condena solidaria al pago de la anterior cantidad más los intereses moratorios convencionales devengados desde la liquidación de la cuenta a fecha de 03.08.2010. Ángel y Camino contestan a la demanda y solicitan la desestimación íntegra de la demanda. Todo lo anterior en el AH 1.º (1 y 3) y FD 1.º (1, 2 y 3).

En primera instancia se estima la demanda del banco (AH 1.º4, FD 1.º3). *En segunda instancia* se estima el recurso de apelación de Ángel y Camino, «por las siguientes y resumidas razones: (i) El banco demandante no dio a los clientes suficiente información sobre el producto financiero contratado; (ii) Este incumplimiento del deber de información impide al banco alegar el incumplimiento de los clientes y dar lugar a la resolución anticipada del contrato. Como consecuencia de lo cual, la Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda», absolviendo a Ángel y Camino (FD 1.º4; AH 2.º2).

El banco interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. En el recurso extraordinario por infracción procesal, el banco se refiere al artículo 408 LEC y jurisprudencia que lo desarrolla, pues la alegación de Ángel y Camino de la nulidad del contrato de permuta financiera, se había admitido en la contestación a la demanda, cuando tenía que haberse formulado mediante reconvencción (AH 3.º1; FD 2.º1). En el recurso de casación (motivo único) se denuncia infracción del artículo 1124 CC y jurisprudencia que lo interpreta (FD 3.º, *Planteamiento, 1*; AH 3.º1).

Por lo que respecta al recurso de casación, el Tribunal Supremo, *por un lado*, se refiere a «[l]a excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*) [que] tiene su fundamento en la reciprocidad de las obligaciones, ya que deriva de su cumplimiento simultáneo, y constituye un remedio, basado en la equidad y la buena fe,

para que el deudor de una obligación pueda negarse a cumplir aquello a lo que se obligó en tanto la contraparte no cumpla u ofrezca cumplir la prestación que a él le debe» (FD 3.º, *Decisión de la Sala*, 1). «[L]a excepción de incumplimiento contractual, se trata de un medio de defensa que supone una negativa provisional al pago que suspende, o paraliza a la vez, la ejecución de la prestación a su cargo mientras la otra parte no cumpla con exactitud» (FD 3.º, *Decisión de la Sala*, 1). *Y por otro lado*, el Tribunal Supremo recuerda «que en la sentencia de pleno 491/2017, 13 de septiembre, con cita de otras varias, hemos mantenido que el incumplimiento de los deberes de información que, en contratos como el swap, competen a la entidad de servicios de inversión puede dar lugar a una acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento, pero no a una acción de resolución contractual con base en el art. 1124 CC» (FD 3.º, *Decisión de la Sala*, 2)³¹. Y «[e]n consecuencia, si el incumplimiento de los deberes de información no puede fundar una acción resolutoria, tampoco puede servir de fundamento a una excepción de contrato no cumplido. Además, por dicho incumplimiento el contrato no es nulo per se, sino que para anularlo habría que haber ejercitado por vía reconvenicional la correspondiente acción de nulidad por error vicio del consentimiento, conforme a la jurisprudencia antes citada» (cursiva mía; FD 3.º, *Decisión de la Sala*, 3).

El Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal (Fallo 1.º), estima el de casación (Fallo 2.º), y asumiendo la instancia, desestima «el recurso de apelación interpuesto por los demandados [Ángel y Camino] y» confirma «la sentencia dictada por el juzgado» (FD 3.º, *Decisión de la Sala*, 4; Fallo 3.º).

– *STS, 1.ª, 09.07.2019 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj 2338/2019)*

HECHOS: El 26.07.2007, Ernesto y Paula adquieren un bono estructurado ligado a acciones del *Banco Popular* y del *BBVA* por un importe de 50.000 € y a cancelar

³¹ Y de inmediato, el Tribunal Supremo transcribe el siguiente el texto de la mentada *STS, 1.ª, Pleno, 13.09.2017*: «[...]aun [sic] cuando considerásemos que la entidad de servicios de inversión no cumplió debidamente sus deberes de información y que ello propició que la demandante no conociera los riesgos inherentes al producto que contrataba, un posible error en el consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los arts. 1265, 1266 y 1301 CC. Pero lo que no procede es una acción de resolución del contrato por incumplimiento, en los términos del art. 1124 CC, dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento. 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./ 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» (cursiva mía; FD 3.º, *Decisión de la Sala*, 2).

a los cinco años. El bono estructurado lo emite *BNP Paribas Arbitrage Issuance, B.V.* y lo comercializa *Banco Baniff, S.A.*, luego *Banco Santander, S.A.* Después de la transposición de la normativa MiFID, el 03.01.2008, Ernesto y Paula realizan el test de «identidad» (*sic*). Cuando la cotización de los valores de referencia bajó mucho, el 20.12.2010, Ernesto remite a un empleado de *Banca Baniff, S.A.* un e-mail manifestando «Hoy sé que adquirí un producto muy sofisticado, al que accedí más llevado por la insistencia (4 ó cinco llamadas diarias) que por los posibles beneficios. En cualquier caso, la promesa, casi con certeza empírica, era la cancelación del mismo al año y que el interés a devengar era superior al común; aún así, había un horizonte a cinco años (...) que en el peor de los casos, no haría más que multiplicar el beneficio; se te cae el alma al suelo al ver que hoy la cotización es de 15.040 €. La argumentación de Victorino, junto con los números y gráficos los guardo como oro en paño, porque más vale que ese estructurado tenga buen fin (...), pero ya hace mucho que tengo la convicción moral de que fui engatusado, como no y más exacto, engañado...». El 18.11.2015, Ernesto y Paula demandan al *Banco Santander, S.A.* y ejercitan con carácter principal la acción de nulidad por error vicio en el consentimiento provocado por falta de información sobre los riesgos del bono estructurado adquirido, con la restitución recíproca de las prestaciones y condena al banco al pago de intereses legales. Todo lo anterior en el AH 1.º1 y en el FD 1.º, 1 y 2.

En primera instancia se desestima la acción de anulación ejercitada por Ernesto y Paula, por considerarse que el banco no incumplió sus deberes de información, ni que Ernesto y Paula, al emitir su orden de adquisición del bono estructurado, hubieran sufrido un error en su consentimiento. También se aprecia («[a] mayor abundamiento») que la acción ejercitada había caducado, ya que el inicio de su cómputo comenzó el 20.12.2010, esto es, cuando Ernesto manifiesta haberse dado cuenta de los riesgos que suponía el producto financiero contratado (y Ernesto y Paula demandaron, como antes indiqué, el 18.11.2015). Todo lo anterior en el AH 1.º3 y en el FD 1.º3.

Ernesto y Paula recurren la sentencia y *en segunda instancia* se estima su demanda, declarándose la nulidad de la orden de compra con recíproca restitución de prestaciones y condena al banco al pago de intereses. Se entiende que la acción de anulación por error no había caducado, porque la jurisprudencia que cambió en 2015 y en la que se basó la sentencia primera instancia, no podía aplicarse retroactivamente. Se considera que el banco incumplió sus deberes de información, lo que propició el error sufrido por Ernesto y Paula. Por ello, se declara la nulidad de la orden de compra del bono y se condena a la recíproca restitución de las prestaciones, y al pago de intereses por parte del banco. Todo lo anterior en el AH 2.º y en el FD 1.º4.

El banco recurre en casación y alega (motivo único) infracción del artículo 1301 CC y jurisprudencia que lo interpreta, pues no se apreció la excepción de caducidad. El banco razona en que, «conforme a la jurisprudencia contenida en la sentencia de 12 de enero de 2015 [que extracto *supra* en este Anexo de sentencias A)], el plazo de caducidad comienza a computarse desde que se conoció el error, que en este caso queda acreditado fue, cuando menos, desde que los demandantes [Ernesto y Paula] remitie-

ron al banco el e-mail de 20 de diciembre de 2010», por lo que la acción ejercitada había caducado cuando se interpone la demanda el 18.11.2015. Todo lo anterior en el AH 3.º y en el FD 2.º1.

El Tribunal Supremo considera inconsistente la argumentación de la sentencia recurrida de que no cabía la aplicación retroactiva de la doctrina de la *STS, 1.ª Pleno, 12.01.2015* dada la doctrina del Tribunal Constitucional (en «STC 16/2015, de 16 de febrero») y aplicando la doctrina sentada en las *STS, 1.ª, 19.02.2018* (que extracto *supra*) y *STS, 1.ª, 09.05.2018*, considera que la consumación del contrato se produce cuando se cancela el producto (cuando el contrato se agota, cuando se extingue) y el vencimiento del bono estructurado se produjo el 27.07.2012, presentando su demanda Ernesto y Paula el 18.11.2015, por lo que el plazo de cuatro años no había transcurrido (FD 2.º, 2 a 4). Por lo anterior, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación del banco (Fallo 1.º).

- *STS, 1.ª, 23.10.2019* (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj *STS 3381/2019*)

HECHOS: El 04.05.2007, Evaristo y Araceli (prestatarios) celebran con el *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.* (BBVA; prestamista) un préstamo hipotecario por cuantía de 300.000 €, que incluía un *swap* o contrato de derivado financiero implícito que conlleva cláusulas limitativas del tipo de interés variable del contrato. Evaristo y Araceli demandan al BBVA y piden su condena a eliminar del contrato de préstamo hipotecario celebrado el citado *swap*, dejándolo sin efecto por error vicio sobre la cláusula contractual, así como que se procediera a la anulación de los cargos y abonos practicados por el BBVA en la cuenta, para que Evaristo y Araceli volvieran a la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Lo anterior en el AH 1.º1 y en el FD 1.º, 1 y 2.

En primera instancia se estima la demanda de Evaristo y Araceli, apreciándose «la existencia de error vicio en la contratación del derivado implícito y [se] declaró la nulidad de la cláusula, y [se] ordenó su eliminación del contrato y la «anulación de los cargos y abonos practicados por la entidad demandada en la cuenta de los actores»» (FD 1.º3, AH 1.º3). El BBVA recurre en apelación y *en segunda instancia* se confirma íntegramente la sentencia de primera instancia (AH 2.º, FD 1.º4).

El BBVA interpone recurso de casación y alega, entre otros motivos, infracción de los artículos 1265 y 1266 CC en relación con el artículo 1303 CC «sobre error vicio el [*sic*] consentimiento y sus consecuencias y de la jurisprudencia civil que establece que no cabe declarar la nulidad parcial de una cláusula basada en el error vicio del consentimiento contenida en las sentencias de la Sala primera del Tribunal Supremo n.º 544/2017, de 17 de febrero, 66/2017, de 2 de febrero; y 450/2016, de 1 de julio» (FD 2.º1, AH 3.º). El Tribunal Supremo entiende, para los hechos de que conoce, «que en estos casos en que el derivado implícito es una parte inescindible e inseparable del contrato de préstamo, no cabe la nulidad parcial del contrato» (FD 2.º2), y estimando

el recurso de casación del BBVA, casa y desestima las pretensiones ejercitadas en la demanda por Evaristo y Araceli (Fallo, 1.º y 2.º).

- STS, 1.ª, 17.12.2019 (Pte. Excm. Sra. D.ª María de los Ángeles Parra Lucán; Cendoj, Roj 4196/2019)

HECHOS: Arcadio, coleccionista de arte, compra el 14.12.1999, en la Sala de Subastas *Retiro*, el cuadro «Gitana», «óleo sobre lienzo, firmado por el pintor Isidro Nonell y fechado en 1904», realizando la subasta la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*. Arcadio (comprador) paga por el cuadro la cantidad de 97.601,34 € que incluye la comisión de la Sala de subastas. Cuando el cuadro se subastó, contaba con certificado de autenticidad. El catálogo de la subasta lo elaboró «la Sala Retiro, y en comunicación al hoy actor [Arcadio] de fecha 11 de febrero de 2011, manifiesta que «en su confección no sólo examinó la obra con arreglo a las mejores prácticas del sector, sino que además de Fundación Caja Madrid [existía] un certificado de autenticidad del cuadro, emitido por un experto especialista en la obra de Isidro Nonell»». Tiempo después, Arcadio (comprador), al decidir vender el cuadro, descubre que el cuadro no había sido pintado por Isidro Nonell, sino que era una imitación de un autor desconocido (hubo tres informes periciales, en dos se indica que el cuadro es un copia, y en el tercero se apunta que, dos de los pigmentos de la pintura, uno, aparece en el mercado en 1938, y el otro, se comercializa por primera vez en 1925). El 04.03.2015, Arcadio (comprador) demanda a *Bankia, S.A.* (luego, se desiste para esta) y a *Fundación Caja Madrid* (sucesora de *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*) y pide, entre otras cosas, la declaración de nulidad de la compraventa del cuadro [en concreto, ejercita «la acción de nulidad por error prevista en el art. 1301 CC con las consecuencias del art. 1303 CC. Alega que el error en el consentimiento recae sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato y que, de haber sabido la verdad, no hubiera comprado la obra. Afirma que pudo ejercitar la acción desde el momento en que tuvo noticia de la falsedad del cuadro en octubre de 2014 (art. 1969 CC)»], y también pide la condena solidaria a *Bankia, S.A.* y a *Fundación Caja de Madrid* a la devolución de 97.601,34 € más intereses. Todo lo anterior en el AH 1.º, 1, 2 y 3, y en el FD 1.º previo y 1.

En primera instancia se desestima la demanda de Arcadio al considerarse transcurrido el plazo para el ejercicio de la acción de anulación del contrato por error (caducidad de la acción ejercitada), estimándose la excepción de caducidad invocada por *Fundación Caja Madrid*. Se argumenta, «que la acción ejercitada es la de anulación por error vicio del consentimiento, que debe ejercitarse en el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato, lo que tuvo lugar cuando se entregó el cuadro» y que «no es de aplicación la doctrina jurisprudencial reciente sobre los contratos de tracto sucesivo o que prolongan sus efectos económicos a lo largo del tiempo (STS de 12 de enero de 2015 [que extracto *supra* en este Anexo de sentencias A]), porque el actor tuvo el cuadro en su poder desde que lo compró y desde ese momento podría

haber sometido el cuadro a examen a otro experto y comprobar la autoría que se le certificaba». Todo lo anterior en el AH 1.º5, y en el FD 1.º previo y 3.

Arcadio apela y *en segunda instancia* se estima su demanda. Se entiende que la acción de anulación por error se ejercita en el plazo de los cuatro años, plazo que debe computarse desde que el comprador (Arcadio) conoce «la falsedad de la obra, lo que se produjo en 2014». Se considera «que no hay obstáculo para aplicar la jurisprudencia sobre el «dies a quo» de la acción de nulidad por error en el consentimiento en la adquisición de productos financieros complejos a otros supuestos de error y que, en el caso, el actor [Arcadio] adquirió la obra en subasta realizada por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid con la confianza que dicha entidad proporciona a los potenciales pujadores, y que contaba con certificado de autenticidad, por lo que no se le puede reprochar una falta de diligencia al no verificar la autenticidad una vez comprada la obra de arte». Todo lo anterior en el AH 2.º y en el FD 1.º previo y 4.

Fundación Obra Social y Monte de Piedad de Madrid interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. En el de casación alega (motivo único) infracción del artículo 1301 CC y oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial sobre la fecha de inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulación por error vicio «en contratos y materias ajenas a la inversión en instrumentos financieros complejos» (FD 3.º). «Razona que la sentencia del pleno de 12 de enero de 2015 que introdujo como excepción a la regla general que el cómputo se iniciaba desde que el cliente es consciente del error conocido sólo es aplicable, como explica la propia sentencia, a la contratación financiera sobre inversiones en productos igualmente complejos y solo en esos casos. [...] así lo confirma la sentencia del pleno de 24 de mayo de 2016» (FD 3.º1).

El Tribunal Supremo, que entiende que la acción ejercitada por Arcadio fue la de anulación del contrato por error vicio [FD 3.º2.1, FD 3.º2.4.iii)] y que el contrato se consumó en 1999 [FD 3.º2.4.iii)], estima el recurso de casación del banco y casa la sentencia recurrida, declarándola «sin valor ni efecto alguno y, en su lugar, con desestimación del recurso de apelación interpuesto en su día por la parte actora [Arcadio], desestimamos la demanda» (Fallo 2.º).

– *STS, 1.ª, 02.03.2020 (Pte. Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg; Cendoj, Roj STS 709/2020)*

HECHOS: Con anterioridad, el cliente (Camilo) había celebrado diversos contratos de producto estructurado con el *Banco Santander, S.A.* y el 20.05.2009, Camilo celebra con dicho banco un tercer contrato de producto estructurado llamado tridente, consistente en la reestructuración del anterior contrato de 02.02.2007 (producto estructurado original) rescatando la inversión de 500.000 € (por tanto, desde el 20.05.2009, el «producto estructurado original se entendió terminado en su totalidad y todos los derechos y obligaciones de las partes extinguidos» y «la cancelación anticipada del Producto Estructurado Original implica necesaria e inseparablemente en

este mismo acto la constitución del nuevo producto estructurado que se establece a continuación»; FD 1.º5). El nuevo producto estructurado (el de 20.05.2009) dura hasta el 20.05.2014 y cuando finaliza, Camilo tiene «una pérdida de 282.668,61 euros (56,53%)» (FD 1.º7). El 05.12.2015, el letrado de Camilo manda un burofax al *Banco Santander, S.A.* (no se acredita la respuesta) y el 30.12.2015 interpone demanda contra el banco, ejercitando la acción de anulación por dolo (arts. 1269 y 1270 CC) de los contratos de 02.02.2007 y de 20.05.2009 («contratos indisolublemente conexos») y pide la condena a los oportunos reintegros (500.000 € a devolver por el banco, y 217.331,39 € a devolver por Camilo) o en su defecto, la devolución del diferencial de las cantidades a reintegrar (282.668,61 €, diferencia entre 500.000 € y 217.331,39 €); subsidiariamente, Camilo ejercita acción de indemnización de daños y perjuicios por la cuantía de 282.668,61 € contra el banco, en relación con la gestión de la cartera de 29.03.2007 (otro contrato celebrado) y resto de contratos litigiosos «por asesoramiento doloso, culposo y deficiente del Banco de Santander, por falta de información (arts. 1101, 1102 y 1103 del CC)»; y subsidiariamente, pide indemnización al banco cifrada en la cuantía de 210.668,31 €. Todo lo anterior en el AH 1.º1 y en el FD 1.º, 1 a 9.

En primera instancia se desestima la demanda de Camilo (AH 1.º4). Entre otras cosas se razona, que «[e]l demandante [Camilo] tuvo cabal conocimiento de las concretas consecuencias patrimoniales que le deparaba el contrato de 2 de febrero de 2007, por lo menos cuando se le propuso, negoció y terminó firmando el contrato de 19 de mayo de 2009, el cual suponía una reestructuración del previo, y cuyo subyacente ampliado prometía una mayor probabilidad de recuperación del principal invertido, e incluso expectativa de rendimientos, al prorrogar el tiempo en el que las acciones pudieran remontar cotización y minimizar unas pérdidas importantes ya advertidas./ Se consideró por ello, *que la acción por vicios del consentimiento estaba caducada porque en cualquier caso no cabe duda que desde el 20 de mayo de 2009 que conocía la realidad patrimonial derivada de las operaciones suscritas*» (cursiva mía; FD 1.º10). Además, «tampoco podría prosperar la acción subsidiaria, por incumplimiento de las obligaciones precontractuales y contractuales de informar, puesto que el actor [Camilo] recibió, en tiempo y forma, adecuada información objetiva, clara y suficiente sobre los verdaderos riesgos inherentes a la contratación de los depósitos estructurados y eventual lesión del capital invertido, respecto al cual ha perdido su resignación el Sr. Camilo, después de un década de tener comprobado que también producían interesantes ganancias» (FD 1.º10).

Camilo recurre en apelación y *en segunda instancia se confirma* la sentencia de instancia, concluyéndose que Camilo «era consciente de las características y los riesgos de los contratos» (FD 1.º11; AH 2.º).

Camilo interpone recurso de casación. Alega, entre otros motivos, infracción del artículo 1301 CC y jurisprudencia reiterada en la que se «establece el dies a quo del plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento en la adquisición de productos bancarios complejos» (motivo 1.º; AH 3.º), motivo que *estima* el Tribunal Supremo (FD 2.º); e infracción de los artículos 1265 y 1266, y de los

artículos 1269, 1270, 1300 y 1301 CC en relación con otros artículos que especifica (motivo 2.º; AH 3.º), considerando el Tribunal Supremo que no hubo dolo omisivo del banco por lo que *desestima* el motivo (FD 3.º). En su fallo, el Tribunal Supremo decide «[e]stimar el primero de los motivos de casación interpuesto por la parte demandante [Camilo] y desestimar el resto de los formulados [...]» (Fallo 1.º), y, desestima la demanda de Camilo (Fallo 2.º).

- *STS, 1.ª, Pleno, 04.03.2020 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj 600/2020)*

HECHOS: El 29.05.2012, Fidela celebra un contrato de tarjeta de crédito *Visa Citi Oro* con *Citibank España*, posteriormente cedido a *Wizink Bank, S.A.*, estipulándose un tipo de interés inicial para pagos aplazados y disposiciones a crédito del 26,82% TAE, siendo, al interponer la demanda, del 27,24% TAE. Fidela demanda a *Wizink Bank, S.A.*, y pide la declaración de «nulidad del contrato de tarjeta de crédito» por «usura en la condición general que establece el interés remuneratorio» (arts. 1, 3 y 9 LU) y la condena, «como consecuencia legal inherente a la declaración de nulidad por existencia de usura, de conformidad con el art. 3 LRU», al abono de «la cantidad que exceda del total del capital que le haya prestado, tomando en cuenta el total de lo ya recibido por todos los conceptos cargados y percibidos al margen de dicho capital y que ya hayan sido abonados» por Fidela, «con ocasión del citado documento o contrato, especialmente las cantidades cobradas por los conceptos de comisión por disposición de efectivo, intereses, comisión por reclamación de cuota impagada, y cuotas de Seguros asociados a la tarjeta de crédito, según se determine en ejecución de sentencia [...]». *Wizink Bank, S.A.* se opuso, sosteniendo que «los intereses remuneratorios pactados, en la modalidad de pago aplazado, con un tipo nominal anual inicial del 24%, TAE 26,82%, no podían ser considerados usurarios puesto que no eran notablemente superiores al tipo de interés habitual en el mercado de tarjetas de crédito *revolving*, según los tipos de interés publicados por el Banco de España para dicho tipo de créditos». Todo lo anterior en el AH 1.º1 y en el FD 1.º, 1 y 2.

En primera instancia se estima la demanda de Fidela y se declara la nulidad del contrato de tarjeta de crédito por ser usurario el interés remuneratorio (FD)³². *Wizink Bank, S.A.* apela. *En segunda instancia* se revoca la sentencia de primera en el solo

³² Se considera que Fidela es consumidora y que «la diferencia existente entre el TAE pactado (26,82%) y el interés medio de los préstamos y créditos a hogares, en concepto referido a tarjetas de crédito en el año 2018, que era algo más del 20%, conforme se desprende de los datos publicados por el Banco de España («Préstamos y créditos a hogares e ISFLSH»), permite considerarlo como «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», al no haber justificado la entidad financiera que concedió el crédito la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo». Además, se condena al abono de la cantidad que exceda del total del capital prestado, teniendo en cuenta todas las cantidades ya abonadas por todos los conceptos por Fidela, más intereses legales y procesales. Todo lo anterior en el AH 1.º4 y en el FD 1.º 3

aspecto de la condena a *Wizink Bank, S.A.* al pago de intereses desde la interposición de la demanda y de los de mora procesal³³.

Wizi Bank, S.A. interpone recurso de casación, en cuyo motivo único denuncia infracción del artículo 1 LU «en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el requisito objetivo del interés usurario» (AH 3.º, FD 2.º1). El Tribunal Supremo, que considera usurario el interés aplicado a la operación de crédito³⁴, desestima el recurso de casación (Fallo 1.º).

³³ Según la Audiencia Provincial: «[...] Con base en dicha sentencia del Tribunal Supremo [la 628/2015, de 25 de noviembre] esta Audiencia viene considerando que el parámetro a considerar a los efectos que nos ocupan [determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero] no es sino el interés normal del dinero en las operaciones de crédito al consumo, salvo que se acrediten circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notable y desproporcionadamente superior al normal de tales operaciones de crédito, siempre que no sea la propia explicación que ya integra el razonamiento de la anterior sentencia del Tribunal Supremo, y ello pese a que se disponga de estadísticas del Banco de España indicativas de los tipos de «tarjetas de crédito», dentro del apartado de los créditos al consumo, tipos que resultan mucho más altos que el tipo medio ponderado de estos últimos./ [...] la modificación estadística del Banco de España que le ha llevado a ofrecer las tablas relativas a las tarjetas de crédito «no afecta a la propia consideración estadística de la tarjeta de crédito como un crédito al consumo», y lo relevante es ese tipo comparativo en la fecha de formalización de la operación y no el que las entidades financieras aplican a las operaciones crediticias mediante tarjetas de crédito. La aplicación de tipo tan alto, y la diferencia que conlleva respecto a la media de los contratos de crédito al consumo, debe justificarse por la concurrencia en el caso particular de circunstancias especiales y no por el mero hecho estadístico de que todas las entidades mantengan unos tipos que superan con gran amplitud el estándar habitual en la financiación de actos de consumo. En el caso y las circunstancias personales que se reflejan en las condiciones particulares del contrato no permiten afirmar que justifiquen el tipo de interés pactado, como tampoco el hecho de que la entidad acceda a otorgar el crédito sin mayor comprobación sobre la solvencia o exigencia de garantías, conducta ya contemplada por el Tribunal Supremo en su doctrina y considerada no justificante de la imposición de tal tipo de interés antes indicado recogido en el contrato que nos ocupa [...]». Lo anterior en el AH 1.º2 y en el FD 1.º4.

³⁴ Según el Tribunal Supremo: «también en este caso ha de entenderse que el interés fijado en el contrato de crédito *revolving* es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y, por tanto usurario, por las razones que se exponen en los siguientes párrafos:/6.- El tipo medio del que, en calidad de «interés normal del dinero», se parte para realizar la comparación, algo superior al 20% anual, es ya muy elevado. Cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de «interés normal del dinero», menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura. De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito *revolving* pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50%/ 7.- Por tal razón, una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de «interés normal del dinero» y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como «notablemente superior» a ese tipo utilizado como índice de referencia, a los efectos que aquí son relevantes./ 8.- Han de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son el público al que suelen ir destinadas, personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos, y las propias peculiaridades del crédito *revolving*, en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor «cautivo», y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio./ 9.- Como dijimos en nuestra anterior sentencia 628/2015, de 25 de noviembre, no puede justificarse la fijación de un interés notablemente superior al normal del dinero por el riesgo elevado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al

- STS, 1.ª, 08.06.2020 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj STS 1626/2020)

HECHOS: En 2009 y mediante orden de compra, César adquiere a *Caja Madrid* diversos títulos de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes (de la propia entidad) por un importe de 82.000 €. Al ser afectados los títulos adquiridos por César por el proceso de resolución de *Bankia, S.A.*, tuvo lugar el canje obligatorio por resolución administrativa del FROB de 18.04.2013 y César recupera la cantidad de 18.314,55 €. Mientras estuvo vigente su inversión, César cobra rendimientos, no concretándose su importe. El 24.10.2013, César demanda a *Bankia, S.A.* y ejercita: «(i) con carácter principal una acción de nulidad radical por infracción de norma imperativa de la adquisición de las diferentes órdenes de compra de deuda subordinada y participaciones preferentes de Caja Madrid y el posterior canje de acciones; (ii) subsidiariamente, una acción de anulabilidad por error invalidante del consentimiento; (iii) subsidiariamente, una acción resolutoria por incumplimiento por la demanda de las obligaciones de diligencia, lealtad e información; (iv) subsidiariamente, una acción de indemnización por responsabilidad contractual» y «[e]n todos los casos, solicitó la devolución de la inversión, más el interés legal desde la suscripción hasta el canje por acciones o subsidiariamente desde la interposición de la demanda». Todo lo anterior en el AH 1.º, y en los FD 1.º, 1 a 3, y FD 3.º.

En primera instancia se desestima la demanda de César, considerándose «que: (i) la acción relativa a las órdenes de compra suscritas en 2009 está caducada; (ii) los incumplimientos denunciados en la demanda no conllevan la nulidad radical de los contratos; (iii) no procede la acción de anulabilidad, ni la de resolución, ni la de indemnización, por falta de legitimación pasiva de la demandada, al no haber impugnado el demandante [el cliente, César] el canje en vía contencioso-administrativa; (iv) la mera lectura de los contratos permite comprender los riesgos de la inversión; (v) el canje supuso una confirmación de los contratos de adquisición» (FD 1.º5; *vid.* AH 1.º4).

En segunda instancia se desestima la apelación de César, al entender «que el apelante [César] únicamente había cuestionado la imposibilidad de apreciar de oficio la falta de legitimación pasiva como consecuencia del canje» (FD 1.º6; *vid.* AH 2.º).

César interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. En el de casación alega, entre otras cosas, «[i]nfracción de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en relación con los artículos 1261, 1262, 1265, 1266, 1269, 1270, 1300 y 1301 del Código Civil, en orden a la nulidad de los contratos por error vicio del cliente» (motivo 2.º; AH 3.º1).

consumo concedidas de un modo ágil (en ocasiones, añadimos ahora, mediante técnicas de comercialización agresivas) y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, pues la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico. Por tanto, la justificación de esa importante diferencia entre el tipo medio aplicado a las tarjetas de crédito y *revolving* no puede fundarse en esta circunstancia» (FD 5.º).

El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal (Fallo 1.º). También estima el de casación (Fallo 2.º) y estima «la demanda interpuesta por [...] Cesar contra Bankia, S.A.» [al entender que César padeció error (FD 4.º, 4, 5 y 6) y que la acción de anulación del contrato no había caducado (FD 3.º)], y declara «la nulidad de las adquisiciones de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes de Caja Madrid celebradas entre las partes», ordenando «la restitución de las prestaciones, en los siguientes términos: restitución por la entidad comercializadora [*Bankia, S.A*] del importe de la inversión efectuada por el adquirente [César], menos la cantidad obtenida por el canje, más el interés devengado desde que se hicieron los pagos, y reintegro por el comprador [César] de los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada abono» (Fallo 3.º).

– *STS, 1.ª, 01.07.2020 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile; Cendoj, Roj STS 2067/2020)*

HECHOS: El 13.10.2010, Esmeralda celebra una póliza de seguro de vida combinado y vinculado a un contrato de préstamo hipotecario de la misma fecha, con *Abanca vida y pensiones de seguros y reaseguros, S.A. (Abanca)*. El oportuno cuestionario de salud lo cumplimenta una empleada del banco acreedor, del mismo grupo, con las respuestas dadas por la asegurada y, de sus respuestas, resulta que negó «(a) tener alguna alteración física o funcional; (b) haber seguido algún tratamiento médico, y (c) consumir o haber consumido habitualmente algún medicamento con o sin prescripción médica; y (ii) respondió afirmativamente a la pregunta de si tenía buen estado de salud»; «[t]ambién fue cuestionada específicamente, entre otros datos, por su tensión arterial, haciéndose constar unos datos de absoluta normalidad». El 08.03.2015 Esmeralda fallece y, según «su certificado de defunción, la asegurada falleció de «una hemorragia cerebral de posible origen aneurismático en la bifurcación de la arteria silviana derecha». De la prueba que se practicó resultó que antes de la firma de la póliza de vida combinada, «(i) [...] la asegurada sí había seguido o seguía tratamiento médico; (ii) en concreto, desde el año 2004, le había sido diagnosticado hipertensión arterial, por lo que seguía un tratamiento y control médico; (iii) en el año 2008 se le diagnóstico una hipertrofia ventricular izquierda, e insuficiencia tricuspídea; (iv) desde el año 2004 padecía asma bronquial; (v) también se le había diagnosticado un síndrome ansioso depresivo (no consta fecha); (vi) en 2006 había sufrido de cólicos nefríticos; y (vii) en el año 2009, se le intervino quirúrgicamente del túnel carpiano bilateral». El viudo de Esmeralda, Tomás, después de que la aseguradora rehusare el siniestro, demanda a la aseguradora suplicando su condena al pago de 82.656,57 € a los beneficiarios del seguro «en las condiciones estipuladas en el contrato, esto es, abonando la cantidad pendiente de amortización del préstamo», firmado por Esmeralda y Tomás con la aseguradora y la condena al pago del remanente que resultare para Tomás, más los intereses del artículo 20 LCS desde la fecha del siniestro; subsidiaria-

mente, suplica que se la condene a la restitución del importe de 963,99 € (prima pagada al contratar el seguro). Todo lo anterior en el FD 1.º.

En primera instancia se estima la demanda de Tomás, porque se «considera que el comportamiento de la asegurada no incurrió en dolo o culpa grave, sino meramente en culpa leve, atendiendo a; (a) las circunstancias en que se cumplimentó el cuestionario (de forma rápida e inmediata a la firma de un contrato de préstamo hipotecario en que tenía focalizada la atención) que pudo infundir en la asegurada la idea de la escasa relevancia de sus respuestas, y la creencia de formalizar un trámite meramente accesorio, y (b) el hecho de que no se trataba de enfermedades que por su gravedad produjesen limitaciones en la vida diaria de la asegurada» (cursiva mía; FD 1.º). La aseguradora interpone recurso de apelación. *En segunda instancia* se estima el recurso de apelación, ya que se «[e]stimó probado que fue ella [Esmeralda] quien contestó al cuestionario antes de firmarlo, aunque no lo cumplimentara materialmente, y consideró que ocultó dolosamente datos relevantes sobre su salud y que faltó a la verdad en dicho cuestionario al afirmar que su estado de salud era bueno». Tomás recurre en casación. Todo lo anterior en el FD 1.º. En el motivo 1.º del recurso de casación, Tomás alega infracción del artículo 10 LCS (en relación con los arts. 1260 y 1261 CC), inexistencia de dolo o culpa grave, y oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia (STS 16.03.2016, STS 05.04.2017) por considerar que no hubo dolo, ni culpa grave en el deber de declarar el estado de salud (FD 2.º). El Tribunal Supremo no casa (Fallo).

– STS, 1.ª, Pleno, 10.07.2020 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 2422/2020)

HECHOS: El 04.05.2007, Ginés, Agustina y Heraclio (prestatarios) firman una escritura de préstamo hipotecario referenciado en yenes con el *Banco de Valencia S.A.* como prestamista (siendo luego su sucesor *Caixabank, S.A.*). Cuando el euro se devaluó frente al yen, la cuota del préstamo subió considerablemente y también la del capital pendiente de amortizar, siendo en octubre de 2010 cuando Ginés, Agustina y Heraclio toman conciencia de que no entendían el préstamo, informándoles el banco de la razón de la subida de las cuotas y de la del capital pendiente de amortizar. El 28.10.2011 se otorga escritura de novación modificativa del préstamo hipotecario (entre otras cosas, se fija un periodo de carencia de dieciocho meses y se incrementa el diferencial sobre el tipo de referencia). El 19.12.2014, los prestatarios demandan a *Caixabank, S.A.* (sucesora del *Banco de Valencia, S.A.*) y piden (pretensión principal) la declaración de que Ginés y Agustina no eran prestatarios; la nulidad parcial del préstamo y de su novación en lo que se refiere a su determinación en divisas y por error vicio del consentimiento, y la declaración de que Heraclio debía el saldo vivo del préstamo referenciado en euros, consistente en la cantidad inicialmente prestada (400.000 €) y su interés pactado para este caso (el euríbor más un punto porcentual) menos las cantidades ya abonadas en euros; subsidiariamente, piden la declaración de

nulidad total del préstamo hipotecario y de su novación por error vicio del consentimiento con las oportunas restituciones y cancelación de las garantías hipotecarias. El banco se opuso a la demanda y alega caducidad de la acción ejercitada, además de negar que los prestatarios hubieran sufrido un error vicio del consentimiento. Todo lo anterior del AH 1.º, 1 a 3, y de los FD 1.º, 1 a 4, y FD 2.º3.

En primera instancia se estima, la alegada por el banco, excepción de caducidad de la acción ejercitada «porque cuando se presentó la demanda» el 19.12.2014, «habían pasado más de cuatro años desde que, en octubre de 2010, la parte demandante [Ginés, Agustina y Heraclio] «toma conciencia de haber suscrito un préstamo que no entiende», pues en esa fecha el banco le informa tanto de que las cuotas se han elevado por la apreciación del yen frente al euro como de que el importe pendiente de amortizar es superior al capital prestado» (AH 1.º4, FD 1.º4).

Ginés, Agustina y Heraclio apelan, y *en segunda instancia se desestima la pretensión de que Ginés y Agustina no fueran prestatarios, y se confirma la caducidad de la acción por error vicio ejercitada (AH 2.º y FD 1.º, 5 y 6).*

Ginés, Agustina y Heraclio interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. En el de casación alegan (motivo 2.º) infracción del artículo 1301 CC al haberse aplicado al contrato de préstamo la doctrina jurisprudencial de la STS, Pleno, 1.ª, 12.01.2015 [que extracto *supra* en este Anexo de sentencias, en a)] para los contratos de inversión, y, el plazo de caducidad de la acción de anulación contractual por vicio del consentimiento se inicia en la consumación del contrato, lo que en el préstamo se produce «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, sin que el hecho de que los prestatarios tuvieran conocimiento del error en un momento anterior pueda anticipar el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de nulidad» (FD 6.º; *vid.* AH 3.º1, FD 1.º8). El Tribunal Supremo, que considera caducada la acción de anulación por error vicio (FD 7.º), no casa (Fallo 1.º).

– *STS, 1.ª, 03.03.2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile; Cendoj, Roj STS 973/2021)*

HECHOS: Inicialmente, Arcadio y su esposa eran titulares del 99,875% del capital social de *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* En el primer semestre de 2012, dado que *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* tenía una situación próxima a la insolvencia, se presenta ante el juzgado de lo mercantil la comunicación prevista en el artículo 5 bis LC. En junio de 2012, en el accionariado de *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* entra la sociedad *Ventanas del Occidente, S.L.*, propiedad de César y Conrado, pasando dicha sociedad a ser titular del 75% del capital social. El restante 25% del capital social de *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* permanece en poder de la familia de Arcadio. Desde entonces, el consejo de administración de *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* se integraba por César (presidente consejero), Conrado, Arcadio, Mateo y Miguel.

El 28.02.1023 se reúne el consejo de administración de *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.*, acudiendo todos sus miembros y acordando por unanimidad la formalización de un préstamo participativo que otorgaría la *Sociedad Regional de Promoción del Principado de Asturias, S.A.* (SRP; prestamista) por un importe de 1.500.000 € de principal. El 06.03.2013 se otorga la escritura pública del préstamo participativo, acudiendo al otorgamiento la sociedad *Ibérica de Revestimientos, S.L. (Ibersa)* «perteneciente al grupo de empresas controlado por los Sres. César [y Conrado], así como Arcadio, quienes garantizaron de manera personal el cumplimiento de pago derivadas del préstamo participativo», constituyendo un aval solidario y a primer requerimiento. En concreto, en el préstamo se estipula, entre otras cosas:

«Octava. La prestataria [*Benito Sistemas de Carpintería, S.A.*] manifiesta a SRP [prestamista] que: a) Toda la información y especialmente, la de carácter financiero suministrada a la SRP [prestamista] es correcta y veraz y refleja fielmente la situación de Benito Sistemas de Carpintería no existiendo hechos u omisiones que desvirtúen dicha información; b) El Balance de la cuenta de pérdidas y ganancias cerrados a 31 de diciembre de 2012 y que se incorporan a la presente escritura como Anexo I han sido elaborados de acuerdo a los principios y prácticas contables generalmente aceptados en España, reflejando por tanto la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, no habiéndose producido ningún cambio sustancial adverso respecto de la situación reflejada en los citados documentos hasta la presente fecha; c) la prestataria [*Benito Sistemas de Carpintería, S.A.*] no está en situación de incumplimiento de ningún contrato en el que sea parte o de cualquier obligación que le vincule por cualquier concepto que afecte desfavorablemente a su actual patrimonio; d) no existe en la actualidad litigio, pleito o arbitraje o procedimiento de cualquier índole iniciado o de cuya iniciación tuviera noticia la empresa [*Benito Sistemas de Carpintería, S.A.*] [que] pudiera afectar a su patrimonio, a su capacidad para cumplir las obligaciones o actuaciones derivadas del presente contrato o que pudieran cuestionar la validez o exigibilidad del mismo. Todas las manifestaciones y garantías efectuadas por la prestataria en el presente otorgando se entienden vigentes mientras esta [*Benito Sistemas de Carpintería, S.A.*] adeude alguna cantidad como consecuencia de la presente escritura de préstamo participativo.

«Novena. Mientras este préstamo se encuentre parcial o totalmente en vigor, la Prestataria [*Benito Sistemas de Carpintería, S.A.*] queda obligada a: a) destinar el importe del presente préstamo exclusivamente a la financiación del plan que hizo constar como objeto de su solicitud [de préstamo] y que se resume en el Anexo II que se incorpora a la presente escritura [...]

«Décimoprimer. Garantías. Don Arcadio y la mercantil Ibérica de Revestimientos, S.L. [IBERSA] por medio de su aquí representante, avalan personalmente y de forma solidaria a primer requerimiento de la SRP [prestamista] en garantía del cumplimiento de las obligaciones de pago del principal e intereses recogidas en la presente escritura. Los avalistas renuncian expresamente a cualesquiera beneficios y en especial a los de orden, división y excusión quedando

obligados a abonar a la SRP [prestamista] las cantidades pendientes de pago de principal e intereses a primer requerimiento que en tal sentido les sea formulado por ésta. El presente aval tiene carácter irrevocable y subsistirá en el supuesto de prórroga o novación, por cualquier causa, del presente préstamo [...]».

El 08.04.2013, *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* presenta de nuevo ante el juzgado de lo mercantil la comunicación prevista en el artículo 5 bis LC³⁵, y el 26.06.2013 se dicta auto declarando dicha sociedad, judicialmente, en concurso de acreedores. Todo lo anterior en el FD 1.º1.

Benito Sistemas de Carpintería, S.A. incumple las obligaciones del préstamo participativo y, realizadas por SRP (prestamista) «los correspondientes requerimientos a los avalistas, la sociedad IBERSA [cofiadora] firmó» el 27.02.2014 «un acuerdo con la SRP [prestamista] para el pago aplazado de su obligación», exponiendo que *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* estaba declarada en concurso de acreedores y había incumplido las obligaciones del préstamo participativo, «por lo que IBERSA reconocía, en su condición de avalista solidaria del préstamo, adeudar a SRP [prestamista] la suma de 1.500.000 euros, y seguidamente acordaban el pago fraccionado de la total deuda con arreglo a un calendario de cuotas mensuales de 12.500 euros cuyo primer vencimiento se fijó» el 05.03.2014. Todo lo anterior en el FD 1.º1. IBERSA demanda a Arcadio, solicitando su condena al pago de 43.750 €, con fundamento en la acción de repetición del artículo 1145 CC, «así como [la condena al pago] de las prestaciones futuras que se devenguen de acuerdo con los pagos que vaya realizando por las obligaciones derivadas del aval». Arcadio reconviene frente a IBERSA (controlada esta por César y Conrado), César, Conrado, *Ventanas de Occidente, S.L., SRP*, y *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.* (controlada esta por César y Conrado) y pide la nulidad su aval por error y dolo (art. 1265 CC). Todo lo anterior en el FD 1.º1.

En primera instancia se desestima la demanda de IBERSA y se estima la reconvencción de Arcadio, por considerar que este padeció dolo (hubo una reticencia dolosa, al habersele ocultado la existente situación de insolvencia de *Benito Sistemas de Carpintería, S.A.*; el dolo fue de la gravedad suficiente para que Arcadio incurriese en un vicio del consentimiento), declarándose la nulidad del contrato de fianza de 06.03.2013 (FD 1.º2)³⁶.

³⁵ En dicha comunicación se indica: ««Primero.-De la concurrencia del presupuesto de insolvencia actual» [...] «en estos momentos no puede cumplir con sus obligaciones ordinarias, comienzan a llegar las primeras reclamaciones extrajudiciales de los acreedores. Por otro lado, se negoció un aplazamiento de las deudas tributarias, pero es necesario atender los vencimientos mensuales con la Tesorería General de la Seguridad Social, Agencia Tributaria, teniendo en los dos últimos meses dificultades para satisfacer las mismas»» (FD 1.º).

³⁶ En concreto: «Las razones en que fundó su decisión el juzgado [de primera instancia], en síntesis, fueron: (i) si bien [...] Arcadio pudo incurrir en error sobre la situación económica en la que se hallaba la prestataria en el momento de concertar el préstamo, no sería un error excusable; (ii) *sin embargo, la circunstancia de que «Benito Sistemas de Carpintería, S.A.» se encontraba en situación de insolvencia en el momento de la firma del préstamo era ciertamente conocida por [...] Cesar [y] Conrado así como por la cofiadora IBERSA (en cuanto que controlada por [...] Cesar [y] Conrado), pero desconocida por [...]*

Tanto IBERSA (cofiadora) como SRP (prestamista) apelan (FD 1.º3). *En segunda instancia* se revoca la sentencia y se estima la demanda de IBERSA, condenando a Arcadio al pago de 43.750 € y a las prestaciones futuras a devengar «de acuerdo con los pagos que vaya realizando la demandante IBERSA, todo ello con el tipo de interés fijado en el acuerdo de 27 febrero 2014» (FD 1.º4).

Arcadio recurre en casación y alega «infracción de los arts. 1265, 1269 y 1270 CC, «que contienen los requisitos del dolo como vicio invalidante del consentimiento», y de la jurisprudencia que los interpreta reflejada, entre otras cosas, en las sentencias de 26 de marzo de 2009, 5 de mayo de 2009, 16 de febrero de 2010, 5 de marzo de 2010 y 28 de septiembre de 2011» (FD 2.º1), por entender que sufrió un engaño por parte de César y Conrado (que controlan IBERSA) y que dicho engaño fue grave (FD 2.º2). El Tribunal Supremo casa en parte la sentencia recurrida, «que declaramos sin valor ni efecto alguno únicamente en lo relativo a la condena a [...] Arcadio al pago de la cantidad de 43.750 €, así como de las prestaciones futuras que se devenguen de acuerdo con los pagos que vaya realizando Ibersa con el tipo de interés fijado en el acuerdo de 27 de febrero de 2014» (Fallo 2.º).

— STS, 1.ª, 18.05.2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 1941/2021)

HECHOS: El 26.11.2007, Carlos Antonio y Marí Luz celebran con *Caixabank, S.A.* un préstamo hipotecario con opción multidivisa. Carlos Antonio y Marí Luz demandan a *Caixabank, S.A.* y piden la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario en lo referido a «los contenidos relativos a la opción multidivisa» y que «[d]eclare que el efecto de dicha nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en Euros, resultante

Arcadio; (iii) al no informar de esa situación al [...] Arcadio incurrieron en una «reticencia dolosa» susceptible de viciar el consentimiento de este último en su declaración negocial. [...]

[...] como afirmaron en el acto de la vista los testigos [...] el dinero obtenido por el préstamo fue destinado a cubrir deudas y no al plan de negocios presentado y que el día 8 de abril de 2013 esto es tan solo un mes después de la firma del préstamo con la SRP [prestamista], Benito Sistemas de Carpintería presentara ante el Juzgado de lo Mercantil de Oviedo la comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal [...] lo que permite deducir que Benito Sistemas de Carpintería se hallaba en situación de insolvencia en la fecha de la firma del préstamo y que esta situación era conocida por [...] Cesar [y] Conrado así como por la cofiadora IBERSA en cuanto sociedad igualmente controlada por [...] Cesar [y] Conrado [...] al tiempo que desconocida por el demandado pues como indicaron los testigos [...] existía una orden tácita de no dar información a Arcadio [...].

[...] el juzgado concluye que hubo «una conducta omisiva que provocó una declaración negocial por parte del demandado [Arcadio] que de otro modo no habría realizado», conclusión que refuerza con el siguiente razonamiento:

«no resulta lógico ni razonable que a sabiendas del cierto incumplimiento de la obligación por el deudor principal y poseyendo tan solo un 25% de la sociedad, [...] Arcadio se hubiera obligado de forma solidaria y con renuncia a los beneficios que la ley le concede a avalar personalmente y de forma solidaria a primer requerimiento una obligación de pago de la envergadura de la reclamada en autos; y en segundo lugar, fue de la gravedad suficiente como para hacer incurrir en un vicio de consentimiento a la parte que lo ha alegado [Arcadio]»» (cursiva mía; FD 1.º2).

de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada hasta la fecha de la Sentencia, también en Euros, en concepto de principal e intereses, entendiéndose que el préstamo lo fue en su cantidad correspondiente en Euros y que las amortizaciones deben realizarse también en Euros, tomando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura para el Euro (Euribor)». Todo lo anterior en el AH 1.º; *vid.* FD 1.º1.

En primera instancia se estima la demanda y se declara «la nulidad parcial del contrato de concesión de préstamo con hipoteca», dejando «sin efecto ni aplicación, con carácter retroactivo, todas aquellas cláusulas en que se menciona la concesión del préstamo en divisas o la posibilidad del cambio de la divisa durante la vida del préstamo, de modo tal que éste quedará concebido únicamente en euros, y con referencia, para determinación de los intereses remuneratorios, al euríbor más el diferencial previsto en la propia escritura, quedando subsistentes todas las demás cláusulas contenidas en la escritura referenciada, debiendo presentarse, en ejecución de esta sentencia, por la demandada [Caixabank] la correspondiente liquidación con el abono de las diferencias que procedan, [...]». Todo lo anterior en el AH 1.º4. *En segunda instancia* se desestima la apelación interpuesta por CaixaBank, S.A. (AH 2.º). *Vid.* FD 1.º2.

CaixaBank, S.A. interpone recurso de casación y alega, entre otras cosas, «[v]ulneración del artículo 1266 CC, y de la jurisprudencia que lo desarrolla, en relación con la imposibilidad de acordar la nulidad parcial de un contrato por error en el consentimiento» y «[s]e solicita que se declare infringida la jurisprudencia del Alto Tribunal en la que se confirma la imposibilidad de declarar la nulidad parcial de un contrato con fundamento en un error vicio en el consentimiento» (motivo 1.º; AH 3.º1; *vid.* FD 1.º3, FD 2.º). El Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia y desestima la demanda de Carlos Antonio y de Marí Luz (Fallo 2.º).

– *STS, 1.ª, Pleno, 23.07.2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 3068/2021)*

HECHOS: El 18.08.2008, Pedro Jesús compra a *M. Conde Premium, S.L.* (MCP), «concesionario oficial de vehículos de la marca Audi perteneciente al grupo de automoción Volkswagen AG, un vehículo Audi modelo A3 propulsado por un motor diésel tipo EA 189 fabricado por Volkswagen AG» por 37.920,01 €, financiado por un préstamo con una entidad financiera. En aquel momento, «Volkswagen-Audi España, S.A. ([...] Vaesa), sociedad participada íntegramente por Volkswagen AG a través de otras sociedades del grupo Volkswagen, distribuía en España los vehículos del citado grupo de automoción alemán y prestaba servicios de postventa». Después de años de la compra del vehículo, «salió a la luz el conocido como caso *Dieselgate*, que implicaba a dicho grupo industrial alemán en el fraude consistente en la instalación en sus vehículos de un programa informático diseñado para falsear las mediciones de las emisiones de gases contaminantes» y «la manipulación consistía en que el software instalado (dispositivo de desactivación) permitía que el vehículo detectase cuándo estaba pasando un control de emisiones de óxidos de nitrógeno ([...], NO_x) en banco

de pruebas, bajo determinados parámetros, y que redujera sus niveles y ofreciera unos datos de emisión inferiores a los que se obtendrían de hacerse la medición en condiciones de conducción reales», siendo «un dispositivo ilegal pues infringía la normativa europea [...] sobre homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros [...] y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y mantenimiento de los vehículos [...]». «En septiembre de 2015 Volkswagen AG admitió públicamente el fraude y asumió su responsabilidad por la [...] manipulación». El coche adquirido por Pedro Jesús es uno de los afectados. Pedro Jesús recibe una carta de Vaesa en la que le comunica, entre otras cosas, que «su Servicio Oficial deberá implementar en el vehículo la solución técnica que Volkswagen AG ha desarrollado para asegurar así el cumplimiento de los estándares aplicables en relación a las emisiones de óxidos de nitrógeno (NO_x)» y que, «[e]n el caso de los motores 2.0 TDI, como el que monta su vehículo, se requiere actualizar el software de la unidad de control» y, «[t]an pronto como nuestros Servicios Oficiales estén preparados, contactaremos con usted para que pueda solicitar cita previa en el taller para su Audi A4 2,0 TDI», siendo «[e]l tiempo estimado de esta intervención [...] únicamente de media hora», y «Volkswagen se hará cargo de todos los costes de la intervención». En mayo de 2016, Pedro Jesús demanda a MCP y a Vaesa y pide (petición principal) la nulidad de la compraventa o alternativa-mente su resolución por incumplimiento y en ambos casos la condena al pago de 11.376 € por daños morales «por la comercialización fraudulenta y/o dolosa» del vehículo y 6.644,71 € por los intereses y gastos de financiación pagados» por Pedro Jesús. Todo lo anterior en el FD 1.º (1 y 2).

En primera instancia se desestima la demanda de Pedro Jesús contra Vaesa por falta de legitimación pasiva, y se desestima contra MCP, tanto para la anulabilidad como para la resolución del contrato y para la indemnización de daños y perjuicios. En cuanto a la anulabilidad del contrato, se argumenta «que no concurrían los requisitos exigidos para poder» estimarla «al faltar la prueba de que el comprador [Pedro Jesús] hubiera adquirido el vehículo «persuadido y motivado por el bajo nivel de emisiones de óxido de nitrógeno», y de que la vendedora [MCP] supiera al vender el vehículo de la existencia del software ilícito» (FD 1.º3)³⁷. *En segunda instancia* se desestima el recurso de apelación de Pedro Jesús (FD 1.º4).

³⁷ En cuanto a la resolución y daños por incumplimiento, en primera instancia se argumenta: «Tampoco se había producido un incumplimiento contractual de la vendedora con efectos resolutorios (es decir, grave y esencial) pues la instalación de un software que ofrecía una medición de los gases NO_x diferente según el vehículo se encontrase en banco de pruebas «en laboratorio» o en conducción real no podía considerarse un incumplimiento grave, porque el vehículo siempre fue apto para circular, lo estuvo haciendo durante unos nueve años, ninguna autoridad nacional ni comunitaria decretó su retirada, no representaba mayor peligro para el medio ambiente que otros productos similares, encontrándose el vehículo en cuanto a emisiones en un nivel medio-bajo en comparación con otros vehículos similares, por lo que no se había entregado una cosa distinta a la ofertada ni el vehículo en cuestión era inhábil. En segundo lugar, porque de existir el incumplimiento, este sería de escasa importancia, ya que el demandante [Pedro Jesús] podía conseguir que se reparase el vehículo, sin merma en cuanto a las características del mismo.

Pedro Jesús interpone recurso de casación y al formularlo, «ha abandonado las pretensiones relativas a la nulidad del contrato de compraventa por error vicio, de resolución del contrato por incumplimiento y de indemnización de daños patrimoniales, y ha mantenido exclusivamente la pretensión de indemnización de los daños morales» (FD 7.º1). En su recurso de casación, Pedro Jesús alega infracción del artículo 7.1 CC en relación con la inaplicación de la doctrina de los actos propios (motivo 1.º), falta de legitimación pasiva de *Volkswagen Audi España, S.A.* con base en el artículo 1257 CC (motivo 2.º), infracción del artículo 1104 CC en relación con la aplicación de la culpa por omisión de la debida diligencia que exige la naturaleza de las obligaciones (motivo 3.º) e infracción de los artículos 1101y 1124 CC en relación al daño moral *in re ipsa* (motivo 4.º) (AH 3.º).

El Tribunal Supremo considera legitimado pasivamente a Vaesa (FD 3.º), y entiende que «podría imputarse objetivamente la causación de daños morales a quien actuó dolosamente, Vaesa (en tanto que asumió ante los compradores la responsabilidad de su matriz, la fabricante que instaló el dispositivo fraudulento)», «[p]ero no existe base fáctica que permita afirmar que el concesionario, conociera [MCP] siquiera la instalación de dicho dispositivo», por lo que «al no poder atribuírsele una conducta dolosa, no se le pueden imputar objetivamente la causación de los daños morales causados al comprador [Pedro Jesús]» (FD 7.º7) y, considera razonable «establecer una indemnización de» 500 € «por los daños morales sufridos» por Pedro Jesús, condenando a Vaesa a su pago (FD 7.º9)³⁸. En su fallo, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación de Pedro Jesús (Fallo 1.º), condena a Vaesa al pago a Pedro Jesús de 500 € (Fallo 2.º2), y desestima la demanda contra MCP (vendedor) (Fallo 2.º3).

– *STS, 1.ª, 23.12.2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile; Cendoj, Roj STS 4959/2021)*

HECHOS: El 06.10.2004, Herminia (madre) otorga «una escritura por la que donaba dos fincas a favor de sus hijos D.ª María Rosario, D. Lázaro y D.ª Belinda, por

Por último, el juzgado consideró que no se había producido un incumplimiento contractual que hubiera generado los daños y perjuicios cuya indemnización se reclamaba, al no haberse probado por el comprador [Carlos Jesús] la realidad de los daños y perjuicios en la conducción real (pues lo único acreditado era que el software ilícito alteraba las mediciones de los niveles de emisiones NOx en laboratorio), ni indicado por dicha parte las bases para cuantificarlos mediante una mera operación matemática» (FD 1.º3).

³⁸ Antes, el Tribunal Supremo considera manifiestamente desproporcionada la cantidad pedida por Carlos Jesús en concepto de daños morales. Dice: «La cantidad de 11.376 euros reclamada por daños morales es manifiestamente desproporcionada, tanto por la entidad de las implicaciones anudadas al descubrimiento del dispositivo de desactivación como, en este caso, la antigüedad del vehículo, nueve años, que necesariamente implicaba que una parte considerable de su vida útil había ya transcurrido y que por tanto las expectativas del comprador no podían ser equiparables a las de aquellos que hubieran comprado el vehículo en un momento más cercano al del descubrimiento del fraude, por lo que los daños morales derivados de las incertidumbres a que se ha hecho referencia son necesariamente menores para el demandante [Carlos Jesús]» (FD 7.º8).

terceras e iguales partes indivisas; [y] en el mismo instrumento público donaba una tercera finca a su otra hija D.^a África. Esta tercera finca fue valorada en más del doble de la suma de las otras dos» (FD 1.º). El 12.10.2016, los hermanos Lázaro, Belinda y M.^a del Rosario demandan a su hermana África y piden, entre otras cosas, que, «a) [s]e declare que las tres fincas descritas en [...] esta demanda y cuya descripción consta en la escritura de donación [...], pertenecen en copropiedad por cuartas partes indivisas» a los cuatro hermanos, «b) [s]e declare que las adjudicaciones que se reseñan en la escritura de donación, de [...] 6 de octubre de 2004, no se corresponden a la auténtica intención de la donante [Herminia, su madre] y de los donatarios, ya que su voluntad real era que los donatarios quedasen como propietarios por cuartas partes indivisas de las fincas que constan en dicha escritura», «c) [s]e declare que desde la fecha en que se realizó la escritura de donación el 6 de octubre de 2004», los cuatro hermanos «asumieron la obligación de explotar conjuntamente las tres fincas, correspondiéndoles por partes iguales percibir los ingresos que produjeran, así como abonar los gastos de las mismas», y «d) [s]e declare» que África «ha incumplido el acuerdo pactado con sus hermanos y con su madre» (AH 1.º, 1 y 2; *vid.* FD 1.º2).

En primera instancia se desestima la demanda (AH 1.º4), considerándose «probado: (i) que existió un acuerdo verbal entre los cuatro hermanos y la madre encaminado a realizar una donación por partes iguales entre aquellos; (ii) que esta era la voluntad de la donante, [...] Herminia, «existiendo bajo la donación real otra encubierta con una intención diferente de la manifestada en la escritura de» 06.10.2004; (iii) que tras la donación llevada a cabo en octubre de 2004, los cuatro hermanos explotaron los bienes donados de forma conjunta durante once años, hasta el año 2015; (iv) que desde 2004 hasta 2015, el importe total de las rentas de las tres fincas rústicas que abonaba el arrendatario se ingresaron en una cuenta abierta por los cuatro hermanos, y que todos los gastos de las fincas objeto de donación se abonaban también conjuntamente y por partes iguales por los cuatro hermanos. Y (v) sobre la premisa de que la donante tuvo intención de beneficiar a sus hijos por partes iguales, apreció que no tendría sentido que a su hija África le adjudicase de forma íntegra una de las tres fincas cuyo valor era muy superior al de las otras dos» (FD 1.º3). Se considera que «la acción ejercitada [...] [es] una acción de nulidad por simulación relativa o anulabilidad de la donación, que deduce de la petición de que se declare la auténtica voluntad de la donante y donatarios [que] era la de transmitir la propiedad de las tres fincas a los cuatro hermanos por partes iguales (cosa que no se documentó así porque en la notaría les advirtieron que la finca donada a África, en función de su cabida, no era legalmente divisible); [y] considera que se trata de una simulación relativa, no absoluta, en la que hay una donación que encubre otra donación en unos términos diferentes entre las mismas partes» (cursiva mía; FD 1.º3). Al tratarse de «una simulación relativa, se trata de un supuesto de nulidad relativa o anulabilidad» que se sujeta al plazo de los cuatro años del artículo 1301 CC, el cual se computa «en los casos de error o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato», siendo plazo de prescripción y no de caducidad (STS 06.09.2006), y cuando los cuatro hermanos in-

terponen su demanda había transcurrido los cuatro años «desde la fecha de la escritura de la donación» (FD 1.º3).

Los hermanos Lázaro, Belinda y M.ª del Rosario apelan y su recurso es desestimado *en segunda instancia*, confirmándose la sentencia de primera instancia (AH 2.º). Se «[r]azona que, al margen de que lo hubiera alegado o no la demandada [África], lo cierto es que «la acción de nulidad por simulación relativa de la donación de 6 de octubre de 2004 había caducado por haber transcurrido con exceso el plazo de caducidad de cuatro años del art. 1301 del Código civil»», añadiendo «que el transcurso de ese plazo, al ser de caducidad y no de prescripción, puede ser apreciado de oficio por los tribunales», y «[c]omo quiera que la escritura pública de donación es de fecha 6 de octubre de 2004 y la demanda se presentó en el año 2016, es obvio que ha transcurrido con exceso el plazo de los cuatro años», y «la caducidad concurrente impide examinar el fondo del asunto, y menos aún, estimar en parte el suplico de la demanda» (FD 1.º5).

Lázaro, Belinda y M.ª del Rosario recurren en casación y alegan «[i]nfracción del artículo 1301 del CC, respecto a la calificación jurídica como de caducidad del plazo de cuatro años señalados en el mismo, por tratarse de un plazo de prescripción» (motivo 1.º; AH 3.º; FD 2.º, 1 y 2). El Tribunal Supremo, que entiende que el plazo del artículo 1301 CC es de caducidad (primer FD 3.º), no casa (Fallo 1.º).

– *STS, 1.ª, 21.07.2023 (Pte. Excm. Sr. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán; Cendoj, Roj STS 3477/2023)*

HECHOS: El 20.12.2004, Desiderio suscribe un orden de compra de obligaciones subordinadas, y adquiere 50 títulos de la clase «OS. Caixa Galicia 01-05» por importe de 30.000 €, siendo efectiva la compra el 04.01.2005. El 28.04.2005, Desiderio vende parte de los títulos obteniendo 10.800 €. El 08.08.2006, Desiderio lleva a cabo una segunda venta por importe de 3.600 €. El 22.07.2013, Desiderio acepta la oferta de acciones en que se habían convertido obligatoriamente los restantes valores y obtiene un fondo de garantía de depósitos de 12.567 €. Por otro lado, el 10.03.2011, el *Banco de España* comunica a la entidad emisora de los títulos, que precisa de capital adicional de 2.622 millones de euros, habiéndolo de tener el 30.09.2011, lo que esta última no logra y hubo de solicitar ayuda al *Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria* (FROB), el cual amplía el capital de *NCG Banco, S.A.*, por importe 2.465 millones de €, mediante emisión de 2.465 millones de acciones ordinarias de 1 € de valor nominal, acciones íntegramente suscritas y desembolsadas por el FROB (este último pasa a ser titular del 93,16% del capital social, y el 6,84 % restante es de titularidad de *Nova Caixa Galicia*). Desiderio demanda a *Abanca Corporación Bancaria, S.A.* (sucesora de la entidad comercializadora de las obligaciones subordinadas) y pide, con carácter principal, la anulación de la compra de los títulos por error vicio del consentimiento, y subsecuentes restituciones. Todo lo anterior en el FD 1.º, 1, 2 y 3.

En primera instancia se desestima la acción principal de anulabilidad de la adquisición por error vicio, al considerarse caducada la acción, y se estima la pretensión

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

subsidiaria de resolución de Desiderio (FD 1.º4); y así, se declara la resolución de la orden de valores de Desiderio por la que adquirió 50 títulos de valores del tipo «O.Caixa Galicia 01-05» por importe de 30.000 €, siendo titular en el momento de dicha resolución de títulos de esa clase por importe de 16.200 €, y se condena al banco a devolver a Desiderio 16.200 € con intereses legales y a Desiderio a restituir al banco 3.620,70 € por rendimientos o/y dividendos percibidos y 12.567,03 € recibidos el 19.07.2013 por la venta de las acciones en que aquellos valores se habían convertido, y abono de 93,69 € en concepto de cupón (AH 1.º).

Tanto el banco como Desiderio recurren en apelación. *En segunda instancia* se entiende no caducada la acción de anulabilidad, dado que el *dies a quo* de los cuatro años era el 11.07.2013, fecha del canje obligatorio de los títulos, y Desiderio interpone su demanda el 11.07.2017 (FD 1.º5). Se declara la nulidad (anulabilidad) del contrato de adquisición de obligaciones subordinadas de 20.12.2004 y se condena al banco a la devolución de 3.633 € con intereses legales, y a Desiderio, a la restitución de 3.620 € en concepto de rendimientos más 93,69 € con intereses legales (AH 3.º).

El banco interpone recurso de casación por infracción del artículo 1301 CC, en relación con un conjunto de sentencias, ya que Desiderio conocía «los hechos que justificaban su acción de nulidad por error vicio del consentimiento con más de cuatro años de antelación a su ejercicio, como fueron la intervención de la entidad por parte del FROB» el 30.09.2011, «la suspensión del pago de los rendimientos» el 30.03.2012, «o la realización de una reclamación por la parte demandante [Desiderio] ante el Instituto Gallego de consumo» el 21.09.2012 (motivo único; FD 2.º1).

El Tribunal Supremo, que considera caducada la acción de nulidad (FD 3.º) y asume la instancia, examina la acción subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios (art. 1101 CC) ejercitada por Desiderio, y entiende que el banco incumplió o cumplió negligentemente «sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada del producto financiero» (FD 4.º), y decide «estimar la demanda [de Desiderio] y condenar a la parte demandada [al banco] a que indemnice» a Desiderio «en la cantidad resultante de deducir del valor de la inversión realizada el valor a que ha quedado reducido el producto financiero adquirido y los rendimientos que fueron cobrados» por Desiderio, «y la cantidad resultante [de la anterior operación] devengará los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda» (Fallo 2.º).

B) SENTENCIA DE AUDIENCIA PROVINCIAL: HECHOS

- *SAP de Murcia, Secc. 1.º, 03.01.2005 (Pte. Ilmo. Sr. D. Álvaro Castaño Penalva; Cendoj, Roj SAP MU 15/2005)*

HECHOS: El 31.07.2001 y en escritura pública, Sergio compra a José Ramón y Mariana (matrimonio) una vivienda, tipo dúplex (intervino el intermediario Luis). A los ocho meses, aparecen en el sótano del dúplex unas humedades. Sergio demanda a

José Ramón y Mariana y ejercita «acción de responsabilidad contractual», reclamando el pago «de 9.500 [€] en concepto de perjuicios», los cuales «consisten en el importe de las obras necesarias para la subsanación de la [...] deficiencia», porque el vendedor había incumplido al haberle entregado una cosa diversa (*aliud pro alio*), o «con carácter alternativo, del hecho de que los vendedores demandados ocultaron al comprador actor, de forma consciente y deliberada, la existencia de dichas humedades, que existían con anterioridad, incurriendo en dolo contractual». Todo lo anterior en el FD 1.º.

En primera instancia se desestiman las pretensiones de Sergio; en concreto y en lo que respecta al dolo, «el Magistrado a quo, tras analizar minuciosamente tanto la doctrina jurisprudencial aplicable al caso como la prueba practicada, concluye en que no ha quedado demostrado con la imprescindible certeza que los vendedores ocultaran las humedades al comprador» (FD 1.º). Sergio apela y vuelve a argumentar que existió incumplimiento, en concreto un *aliud pro alio*, y que hubo dolo contractual (FD 1.º). *En segunda instancia*, «y habiendo aceptado los demandados [José Ramón y Mariana] que las humedades existían al tiempo de perfeccionarse la compraventa», se desestima que hubiera existido incumplimiento consistente en un *aliud pro alio*, ya que «los defectos invocados no son tan esenciales, pues no impiden el uso de la cosa vendida conforme al fin que le es propio, servir de vivienda y morada, pudiendo subsanarse el defecto fácilmente» (FD 2.º)³⁹. En cambio, se estima la acción por dolo contractual (FD 3.º), y se condena a José Ramón y Mariana al pago de 9.500 € (Fallo).

³⁹ Continúa el texto: «como lo evidencia el hecho de que el actor [Sergio] no interese la resolución contractual, que sería la [*sic*; lo] propio si la casa es inidónea, sino que, antes al contrario, habita en la misma tras practicar unas sencillas reparaciones en una parte de la misma (el sótano o trastero) que no estaba naturalmente destinada a satisfacer necesidades inherentes a la persona misma de sus moradores. Por otro lado, tampoco consta acreditado que la utilización del sótano como salón o comedor fuera una condición esencial de la compra» (FD 2.º).

LISTADO DE SENTENCIAS CITADAS

A) SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 13.05.1889 (Pte. Excmo. Sr. D. Ricardo Díaz de Rueda; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 182)
- STS 27.06.1894 (Pte. Excmo. Sr. D. Estanislao Rebollar Villarejo; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 106)
- STS 10.03.1909 (Pte. Excmo. Sr. D. Ramón Barroeta; Tirant lo Blanch, Tol 5.055.449)
- STS 10.05.1910 (Pte. Excmo. Sr. D. Eduardo Ruiz García Hita; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 10)
- STS 05.02.1914 (Pte. Excmo. Sr. D. Luciano Obaya Pedregal; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 57)
- STS 27.04.1921 (Pte. Excmo. Sr. D. Eldelmilo Trillo; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 26)
- STS 02.01.1924 (Pte. Excmo. Sr. D. Félix Ruz; Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Jurisprudencia civil, núm. 1)
- STS 22.03.1924 (Pte. Excmo. Sr. D. Mariano Avellón; Colección legislativa de España, núm. 150)
- STS 31.10.1924 (Pte. Excmo. Sr. D. Diego Medina; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 57)
- STS 25.10.1928 (Pte. Excmo. Sr. D. Diego Medina; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 131)
- STS 08.03.1929 (Pte. Excmo. Sr. D. Diego Medina; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 41)
- STS 16.01.1930 (Pte. Excmo. Sr. D. Mariano Avellón; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 47)
- STS 23.02.1934 (no consta el ponente de las sentencias; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núms. 278 y 278 bis)
- STS 26.04.1940 (no consta el ponente de la sentencia; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 411)

- STS 14.06.1943 (no consta el ponente de la sentencia; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 718)
- STS 25.05.1945 (Pte. Excmo. Sr. D. Mariano Miguel y Rodríguez; Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Jurisprudencia civil, núm. 99)
- STS 06.11.1948 (Pte. Excmo. Sr. D. Celestino Valledor; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 233)
- STS 06.06.1953 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan Serrada Hernández; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 1658)
- STS 03.07.1954 (Pte. Excmo. Sr. D. Mariano Miguel y Rodríguez; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 1884)
- STS 08.02.1955 (Pte. Excmo. Sr. D. Saturnino López Peces; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 47; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 342)
- STS 18.06.1955 (Pte. Excmo. Sr. D. Saturnino López Peces; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 259)
- STS 04.12.1956 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Eyré Varela; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 748)
- STS 25.11.1960 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Rodríguez Varcancel; Repertorio de jurisprudencia de Aranzadi, núm. 3766)
- STS 22.02.1961 (Pte. Excmo. Sr. D. Joaquín Domínguez de Molina; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 127)
- STS 20.01.1964 (Pte. Excmo. Sr. D. Emilio Aguado González; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 355)
- STS 12.02.1965 (Pte. Excmo. S. D. Manuel Lojo Tato; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 588)
- STS 20.04.1965 (Pte. Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 3744)
- STS 20.12.1967 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Cantos Guerrero; Colección legislativa de España, núm. 798)
- STS 28.02.1969 (Pte. Excmo. Sr. D. Manuel Lojo Tato; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 1034)
- STS, 1.ª, 28.03.1973 (Pte. Excmo. Sr. D. Julio Calvillo Martínez; Cendoj, Roj STS 144/1973)
- STS, 1.ª, 31.03.1973 (Pte. Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca; Cendoj, Roj STS 177/1973)
- STS, 1.ª, 21.06.1978 (Pte. Excmo. Sr. Jaime de Castro García; Cendoj, Roj STS 4230/1978)
- STS, 1.ª, 03.02.1981 (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García; Cendoj, Roj STS 51/1981)
- STS, 1.ª, 26.10.1981 (Pte. Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas; Cendoj, Roj STS 4972/1981)
- STS, 1.ª, 21.05.1982 (Pte. Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena López; Cendoj, Roj STS 34/1982)

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

- STS 12.06.1982 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez; Cendoj, Roj STS 36/1982)
- STS 01.10.1986 (Pte. Excmo. Sr. D. Matías Malpica González Elipe; Cendoj, Roj STS 5131/1986)
- STS, 1.ª, 09.07.1987 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Carretero Pérez; Cendoj, Roj STS 4894/1987)
- STS, 1.ª, 15.07.1987 (Pte. Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas; Cendoj, Roj STS 8558/1987)
- STS 27.01.1988 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Carretero Pérez; Cendoj, Roj STS 353/1988)
- STS, 1.ª, 18.07.1988 (Pte. Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López; Cendoj, Roj STS 9435/1988)
- STS, 1.ª, 27.02.1989 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Carretero Pérez; Cendoj, Roj STS 1391/1989)
- STS, 1.ª, 27.03.1989 (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Cendoj, Roj STS 9025/1989)
- STS, 1.ª, 28.02.1990 (Pte. Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes; Cendoj, Roj STS 12929/1990)
- STS, 1.ª, 04.12.1990 (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Cendoj, Roj STS 10951/1990)
- STS, 1.ª, 11.05.1993 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; Cendoj, Roj STS 20120/1993)
- STS, 1.ª, 29.03.1994 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; Cendoj, Roj 15282/1994)
- STS, 1.ª, 23.06.1994 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; Cendoj, Roj STS 4868/1994)
- STS, 1.ª, 19.05.1995 (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 4082)
- STS, 1.ª, 15.06.1995 (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Cendoj, Roj STS 3485/1995)
- STS, 1.ª, 21.07.1995 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 5596)
- STS 1.ª, 19.02.1996 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; Cendoj, Roj STS 7831/1996)
- STS, 1.ª, 23.05.1996 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa; Cendoj, Roj STS 3137/1996)
- STS, 1.ª, 08.11.1997 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa; Cendoj, Roj STS 6673/1997)
- STS, 1.ª, 22.01.1998 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Carretero Pérez; Cendoj, Roj STS 16973/1988)
- STS, 1.ª, 23.07.1998 (Pte. Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes; Cendoj, Roj STS 4980/1998)

- STS, 1.ª, 27.11.1998 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; Cendoj, Roj STS 7087/1998)
- STS, 1.ª, 16.10.1999 (Pte. Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote; Cendoj, Roj STS 6413/1999)
- STS, 1.ª, 29.12.1999 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; Cendoj, Roj STS 8541/1999)
- STS, 1.ª, 30.06.2000 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; Cendoj, Roj STS 5346/2000)
- STS, 1.ª, 13.12.2000 (Pte. Excmo. Sr. D. José Ramón Vázquez Sandes; Cendoj, Roj STS 9179/2000)
- STS, 1.ª, 22.12.2001 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; Cendoj, Roj STS 10261/2001)
- STS, 1.ª, 20.11.2002 (Pte. Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez; Cendoj, Roj STS 7730/2002)
- STS, 1.ª, 11.06.2003 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; Cendoj, Roj STS 4039/2003)
- STS, 1.ª, 12.06.2003 (Pte. Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán; Cendoj, Roj STS 4052/2003)
- STS, 1.ª, 15.07.2003 (Pte. Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 5839)
- STS, 1.ª, 03.10.2003 (Pte. Excmo. Sr. D. Xabier O'Callaghan Muñoz; Cendoj, Roj STS 5949/2003)
- STS, 1.ª, 17.01.2005 (Pte. Excmo. Sr. D. Xabier O'Callaghan Muñoz; Cendoj, Roj STS 59/2005)
- STS, 1.ª, 17.02.2006 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán; Cendoj, Roj STS 729/2006)
- STS, 1.ª, 19.07.2006 (Pte. Excmo. Sr. D. Román García Varela; Cendoj, Roj STS 4361/2006)
- STS, 1.ª, 11.12.2006 (Pte. Excmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández; Cendoj, Roj STS 7809/2006)
- STS, 1.ª, 18.01.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Xabier O'Callaghan Muñoz; Cendoj, Roj STS 176/2007)
- STS, 1.ª, 02.03.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz De La Cuesta Cascajares; Cendoj, Roj STS 1197/2007)
- STS, 1.ª, 03.07.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos; Cendoj, Roj STS 5406/2007)
- STS, 1.ª, 11.07.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán; Cendoj, Roj STS 5021/2007)
- STS, 1.ª, 10.03.2008 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros; Cendoj, Roj STS 1165/2008)
- STS, 1.ª, 26.03.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; Cendoj, Roj STS 1548/2009)

■ DOLO, VENTAJA INJUSTA Y RESCISIÓN POR LESIÓN EN LOS CONTRATOS

- STS, 1.ª, 24.04.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés; Cendoj, Roj STS 3275/2009)
- STS, 1.ª, 05.05.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández; Cendoj, Roj STS 2386/2009)
- STS, 1.ª, 16.02.2010 (Pte. Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías; Cendoj, Roj STS 554/2010)
- STS, 1.ª, 05.03.2010 (Pte. Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz; Cendoj, Roj STS 984/2010)
- STS, 1.ª, 28.09.2011 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller; Cendoj, Roj STS 6046/2011)
- STS, 1.ª, 05.09.2012 (Pte. Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel; Cendoj, Roj STS 6681/2012)
- STS, 1.ª, Pleno, 12.01.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj 254/2015)
- STS, 1.ª, 29.09.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno; Cendoj, Roj STS 4286/2015)
- STS, 1.ª, Pleno, 25.11.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 4810/2015)
- STS, 1.ª, Pleno, 24.05.2016 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán; Cendoj, Roj STS 2133/2016)
- STS, 1.ª, 01.06.2016 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 2599/2016)
- STS, 1.ª, 05.07.2016 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj STS 3214/2016)
- STS, 1.ª, 01.03.2017 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj STS 725/2017)
- STS, 1.ª, 12.07.2017 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller; Cendoj, Roj STS 2837/2017)
- STS, 1.ª, Pleno, 19.02.2018 (Pte. Excma. Sra. D.ª María Ángeles Parra Lucán; Cendoj, Roj STS 398/2018)
- STS, 1.ª, 23.03.2018 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj STS 1110/2018)
- STS, 1.ª, 09.05.2018 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 1622/2018)
- STS, 1.ª, 11.07.2018 (Pte. Excma. Sr. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán; Cendoj, Roj STS 2551/2018)
- STS, 1.ª, 09.07.2019 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj 2338/2019)
- STS, 1.ª, 23.10.2019 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Cendoj, Roj STS 3381/2019)
- STS, 1.ª, 17.12.2019 (Pte. Excma. Sra. D.ª María de los Ángeles Parra Lucán; Cendoj, Roj 4196/2019)

- STS, 1.ª, 02.03.2020 (Pte. Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg; Cendoj, Roj STS 709/2020)
- STS, 1.ª, Pleno, 04.03.2020 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj 600/2020)
- STS, 1.ª, 08.06.2020 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres; Cendoj, Roj STS 1626/2020)
- STS, 1.ª, 01.07.2020 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile; Cendoj, Roj STS 2067/2020)
- STS, 1.ª, Pleno, 10.07.2020 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 2422/2020)
- STS, 1.ª, 03.03.2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile; Cendoj, Roj STS 973/2021)
- STS, 1.ª, 18.05.2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 1941/2021)
- STS, 1.ª, Pleno, 23.07.2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 3068/2021)
- STS, 1.ª, 15.12.2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile; Cendoj, Roj STS 4564/2021).
- STS, 1.ª, 23.12.2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile; Cendoj, Roj STS 4959/2021)
- STS, 1.ª, 27.04.2022 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile; Cendoj, Roj STS 1621/2022)
- STS, 1.ª, 21.07.2023 (Pte. Excma. Sr. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán; Cendoj, Roj STS 3477/2023)

B) SENTENCIAS DE AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP de Murcia, Secc. 1.º, 03.01.2004 (Pte. Ilmo. Sr. D. Álvaro Castaño Penalva; Cendoj, Roj SAP MU 15/2005)
- SAP de Barcelona, Secc. 11.º, 22.09.2021 (Pte. Ilma. Sra. D.ª M.ª de Mar Alonso Martínez; Cendoj, Roj SAP B 10641/2021)

C) SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

- STSJC, 14.02.2008 (Pte. Ilmo. Sr. Ramón Foncillas Sopena; Cendoj, Roj STSJ CAT 14523/2008)
- STSJC, 1.ª, 13.03.2017 (Pte. Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio; con voto particular de la Ilma. Sra. D.ª Núria Bassols i Muntada; Cendoj, Roj STSJ Cat 1449/2017)

En el Código civil estatal, uno de los vicios del consentimiento contractual es el dolo. En esta monografía se analizan los requisitos del dolo causal y sus efectos (anulación o/e indemnización de daños y perjuicios) y los del dolo incidental y su efecto (indemnización de daños y perjuicios), teniendo presente la opinión y el debate entre los autores (en el momento actual y a lo largo del tiempo), así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Particular atención se dedica al concepto de dolo. Algunos entienden que el dolo es un engaño que provoca un error en el otro contratante (tesis estricta, o restringida), mientras que otros lo conciben de modo más amplio (tesis amplia), incluyendo no solo casos en los que el engaño provocó un error en el otro contratante, sino también aquellos otros en los que se produjo una captación de la voluntad contractual del otro contratante (supuestos de influencia indebida, de abuso de posición, de abuso de circunstancias, denominaciones estas de carácter genérico). Con la tesis amplia del dolo, el dolo es un concepto válvula o vía de escape para la protección del contratante que lo padece. Por otro lado, la Ley 8/2021 ha incorporado al Código civil estatal la figura de la ventaja injusta en relación con los contratos celebrados por personas con discapacidad, provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar y que prescindieran de dichas medidas cuando fueran precisas, a efectos de la anulación contractual. Lo anterior se ha calificado de avanzadilla de una futura y general regulación de la ventaja injusta como vicio del consentimiento, regulación general de la que son partidarios diversos autores y que protegería a personas vulnerables que celebraron el contrato, habiendo distintas valoraciones acerca de su regulación (nuevo vicio del consentimiento, supuesto de lesión).

Si lo anterior es el estado de cosas en que se encuentra el derecho civil estatal, distinto es con los derechos catalán y navarro, siendo su estudio muy interesante, considerados en sí mismos y teniendo presente las anteriores consideraciones para el derecho civil estatal, a lo que hay que añadir un elemento más, el de la figura de la rescisión por lesión. En el derecho catalán, por un lado, en 2017, en el Código civil de Cataluña se introdujo la figura de la ventaja injusta, y se sustituyó y reformó la lesión en más de la mitad; por otro lado, en el derecho catalán se aplica la regulación del dolo del derecho civil estatal. En cuanto al derecho navarro, en 2019, se introdujo en el Fuero Nuevo la figura de la influencia indebida y el abuso de influencia, y se reformó la rescisión por lesión; y por otro lado, el Fuero Nuevo ya se regulaba el dolo. El estudio de estos derechos permite una reflexión y valoración más incisivas sobre el estado actual del derecho civil estatal y su posible futuro normativo.