

ACADEMIA ARAGONESA  
DE  
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

# ANUARIO

2022



Edita: Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Depósito Legal: Z 351-2023

Imprime: Imprenta Arilla, S.L.

Prolongación Paseo del Muro, 33 - Ejea de los Caballeros (Zaragoza)

# SUMARIO

<b>PRESENTACIÓN DEL ANUARIO</b> .....	7
Excmo. Sr. Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Don José Luis Merino Hernández	
<b>DISCURSOS DE INGRESO</b> .....	9
<b>DERECHO ROMANO Y DERECHO CIVIL ARAGONÉS: OBJETIVACIÓN DE UNA DIALÉCTICA ANTAGÓNICA</b>	
Excmo Sr. Don Rafael Bernad Mainar .....	11
Contestación a cargo del Excmo. Sr. Don José Luis Merino Hernández .....	81
<b>LA CONTRATACIÓN SERIADA Y SUS PATOLOGÍAS. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.UN ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA</b>	
Excmo. Sr. Don Juan Ignacio Medrano Sánchez .....	89
Contestación a cargo del Excmo. Sr. Don Julio Arenere Bayo .....	167
<b>CONFERENCIAS</b>	
<b>PROBLEMAS QUE SUSCITA LA CONTRATACIÓN CON LOS GRUPOS DE EMPRESAS. MECANISMOS DE EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD</b>	
Ilma. Sra. Doña Carmen Gay Cano, Académica correspondiente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. ....	173
<b>PREMIOS 2022</b>	
<b>PREMIO DE DERECHO PRIVADO “CASTÁN TOBEÑAS”</b>	
Premiada: Doña María Cayetana Martínez	
Título y contenido del trabajo:	
Capacidad y testamento: aspectos problemáticos .....	195
<b>PREMIO DE DERECHO PÚBLICO “GASCÓN Y MARÍN”</b>	
Premiado: Don Javier Esteban Ríos	
Título y contenido del trabajo:	
Contratos públicos y límites para los licitadores, bienes y servicios de países terceros: evitar la “competencia desleal” para reforzar el mercado interior .....	245



## PRESENTACIÓN

Un año más, y este 2022 con una relativa normalidad sanitaria, la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación retoma su habitual actividad, centrada fundamentalmente en los discursos de ingreso de los nuevos Académicos de Número, en la entrega de los premios “Castán Tobeñas” de Derecho privado, y “Gascón y Marín” de Derecho público, y en las comunicaciones presentadas por nuestros académicos.

El discurso de Don Rafael Bernad Mainar aborda una problemática pocas veces planteada en los estudios del Derecho aragonés histórico: la influencia que en él tuvo el Derecho romano canónico.

En el de D. Juan Ignacio Medrano Sánchez se analizan las cuestiones legales y jurisprudenciales de un fenómeno de plena actualidad: la contratación seriada.

La convocatoria de los premios de la Academia para juristas jóvenes, al igual que otros años, ha tenido una gran acogida en el ámbito especialmente universitario. Muchos de los trabajos presentados son los realizados como fin de grado de Derecho, con lo que los premios se convierten así en un aliciente añadido para los graduados que los presentan.

En el aspecto corporativo, tras cumplirse el mandato de cinco años de la Mesa de gobierno elegida en 2017, el 20 de octubre de 2022 se celebró pleno electoral para su renovación. Se presentó, y fue elegida, una única candidatura la cual, tras los correspondientes nombramientos internos, dio lugar a la nueva Mesa compuesta por:

Presidente: Excmo. Sr. Don José Luis Merino Hernández.

Secretaria General: Excma. Sra. Doña María Cristina Chárlez Arán.

Tesorero: Excmo. Sr. Don Julio Arenere Bayo.

Vocales: Excmos. Sres. Don Francisco Mata Rivas, Don Luis Alberto Gil Nogueras y Don Adolfo Calatayud Sierra.

El año académico se completó con tres mesas de trabajo, con la siguiente temática:

- “Indignidad para suceder y desheredación en el Derecho aragonés”, coparticipada por los Académicos de Número Don Luis Gil Nogueras y Doña María Cristina Chárlez Arán;
- “Las bodas de Fígaro (entre el teatro, la ópera y el Derecho)”, a cargo de la Académica Correspondiente Doña Ana Clara Belío Pascual; y
- “40 años del Estatuto de Autonomía de Aragón: competencias, conflictos y financiación”, en la que participaron los Académicos de Número Don Ramón Salanova Alcalde, Don Juan Carlos Zapata Hajar y Don Francisco Pozuelo Antoni.

Por último, no me queda sino agradecer al Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, y a su Alcalde, Don Jorge Azcón Navarro, la generosidad con la subvencionan algunas de las actividades de la Academia, y en particular, la edición de este Anuario.

JOSÉ-LUIS MERINO HERNÁNDEZ  
PRESIDENTE

**DISCURSOS  
DE  
INGRESO**



**DERECHO ROMANO Y DERECHO CIVIL  
ARAGONÉS:  
OBJETIVACIÓN DE UNA  
DIALÉCTICA ANTAGÓNICA**

Excmo. Sr. Dr. Rafael Bernad Mainar

*Excelentísimo Sr. Presidente de la Academia,  
Excelentísimas señoras y señores académicos,  
Excelentísimas e ilustrísimas autoridades,  
Señoras y señores,*

***INTROITO***

En los días señalados se suceden acontecimientos, pero afloran sentimientos, y por tal motivo deseo expresar:

Un sentimiento de gratitud, pues de bien nacido es ser agradecido, a la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, por acogerme en su seno; a los Académicos, por haber tenido a bien nombrarme Académico de Número; a los Académicos postulantes porque, cumpliendo con los Estatutos de la Corporación, han propuesto mi nominación; a los Académicos que han ejercido como padrinos; y, por fin, al Académico que cumple con la contestación al presente discurso, D. José Luis Merino Hernández, a la sazón Presidente de la Academia.

Un sentimiento de satisfacción y orgullo por el honor recibido, que debe ser honrado con creces y un ejercicio probo, al reafirmar mis raíces, ancladas en los pies, faldas y cima de la Sierra de Herrera, en pleno corazón del Sistema Ibérico aragonés.

Un sentimiento de regocijo, por reunir en este solemne acto a mi esposa, familia, amigos, y quienes han marcado mi formación y siempre tengo presentes en pago a su noble interés por mi recorrido vital, académico y profesional.

Y, por último, un sentimiento de recuerdo entrañable y reconocimiento a mis padres, en señal de hondo respeto y veneración profesado a mis ancestros.

En cuanto a la elección nominal de Silla, en virtud del artículo 12, 2 de los Estatutos de esta Institución y el “... *derecho a ocupar un sillón en las reuniones de la Academia, el cual estará identificado por un signo que le singularizará del resto de los sillones*”, a tal efecto y con la venia de Uds. denomino el que se me concede con el nombre de Luis Franco y López, uno de los principales juristas aragoneses del siglo XIX, por su gran contribución en la divulgación y conservación del Derecho aragonés.

En torno a la justificación de la elección del tema del presente discurso, “*Derecho romano y Derecho civil aragonés: objetivación de una dialéctica antagónica*”, de través se establece la conexión que teje el trípode que ha cimentado mi trayectoria académica: de inicio, el derecho civil aragonés, el primer surco labrado, que fructificó en la tesis doctoral sobre la Junta de Parientes, dirigida por mi dilecto maestro D. Ángel Cristóbal Montes; a continuación, el período de madurez, merced al derecho romano, traducido en 25 años de docencia en las reputadas Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela, jefatura de cátedra incluida y la autoría de un *Curso de Derecho Privado Romano*; y, por fin, cerrando el círculo, con proyección de futuro y coincidiendo con el anhelado retorno a mis orígenes e incorporación a la Universidad San Jorge, la codificación europea y el papel del derecho comparado y de la ciencia jurídica en tal menester, una veta ya iniciada con antelación en calidad de Jefe del Departamento de Derecho Comparado y Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello.

## ***DERECHO ROMANO Y DERECHO CIVIL ARAGONÉS: OBJETIVACIÓN DE UNA DIALÉCTICA ANTAGÓNICA***

### **I. A MODO DE INTRODUCCIÓN**

Sabido es que el derecho aragonés constituye uno de los signos de identidad de nuestro territorio<sup>1</sup>, resultado de una evolución y un desarrollo histórico que se remonta a los primeros tiempos del propio Reino de Aragón, allá en la primera mitad del siglo XI, fruto de la repartición del Reino de Pamplona entre los descendientes del Rey Sancho III el Mayor. No en vano podemos afirmar que el derecho representa la columna vertebral del ser aragonés, hasta el punto de que la historia de Aragón no puede ser desligada ni contemplada al margen del plano jurídico, toda vez que conceptos como el de pacto, libertad y fidelidad se erigen en estandartes de un ordenamiento jurídico que, junto a su tradición y cultura, confieren a nuestra Comunidad Autónoma actual “*una identidad propia*”<sup>2</sup>.

En efecto, el derecho aragonés se muestra cual piel inseparable que, desde la misma aparición como unidad política independiente, aun minúscula y embrionaria, acompaña el recorrido y andadura de un Reino, tiempo atrás un Condado<sup>3</sup> que, con el tiempo, devendría en una potencia peninsular que extendió sus tentáculos, ya bajo la entidad de la Corona de Aragón, a través del Mar Mediterráneo.

En todo caso, estamos en presencia de un derecho que se enmarca históricamente en un escenario político, social, económico y jurídico que lo torna particular, hecho a sí mismo, sin perjuicio de contar con influencias internas y externas que lo van modelando hasta llegar a nuestros días. Y es que, surgido en plena Edad Media, no escapará al tiempo en el que nació y creció. El derecho medieval marcará una huella profunda, lo que permitirá absorber y enjugar no solo la tradición local, sino también contar con unos rasgos que se han impregnado paulatinamente, provenientes de otros ordenamientos jurídicos precedentes y coetáneos.

Este discurso pretende auscultar las raíces del derecho civil aragonés desde sus inicios hasta la actualidad a través de su trayectoria histórica para desentrañar y

---

<sup>1</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA. *¿Es el Derecho la esencia del ser aragonés?* El Justicia de Aragón. Zaragoza. 1992, pp. 89-106.

<sup>2</sup> Artículo 1, 3 del Estatuto de Autonomía de Aragón (Reformado por L.O. 5/2007, de 20 de abril).

<sup>3</sup> A. DURÁN GUDIOL. *Los condados de Aragón y Sobrarbe*. Guara Editorial S.A. Zaragoza. 1988, pp. 97 y ss.

esclarecer uno de los tópicos que tradicionalmente lo han acompañado de manera casi incuestionable, cual es su excepcionalidad respecto del derecho romano, una matriz de opinión expresada a título de ejemplo simbólicamente en el apotegma “*item, de consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*”<sup>4</sup>, en cuya virtud las costumbres del Reino de Aragón abjuraban de una de las instituciones del derecho de Roma por antonomasia, cual es la patria potestad, que se mantiene todavía con modificaciones en muchos ordenamientos jurídicos actuales.

Así pues, aspiramos a demostrar la relación existente entre el derecho romano y el derecho civil aragonés, sin que ello constituya una pérdida de identidad por parte de este último, sino más bien al contrario, una apuesta y propuesta de perfecta conexión armónicamente establecida vigente en la actualidad que, a fuer de ser ambiciosos y no menos visionarios, se proyecta hacia el futuro.

## II. FORMACIÓN DEL REINO DE ARAGÓN: PANORAMA JURÍDICO GENERAL DEL MOMENTO

El territorio aragonés no llegó a conformar una unidad política o administrativa ni en la Hispania romana ni tampoco en la visigoda<sup>5</sup>. Así como bajo el dominio romano rigió tanto el derecho romano preclásico, como el clásico, posclásico y justiniano, en la época de la monarquía visigótica terminó por aplicarse con carácter territorial para toda Hispania el denominado *Liber Iudiciorum* o *Lex Wisigothorum*. Esta obra, aun estando impregnada de un nacionalismo visigodo que pretendía contrarrestar la fuerza expansiva de las leyes romanas y canónicas, contaba con una intensa dosis de romanismo, gracias a la influencia del derecho romano provincial y justiniano, así como del derecho canónico, tras la conversión del Rey Recaredo al catolicismo (587 d.C.).

Será en los núcleos urbanos donde la presencia del régimen jurídico visigodo se haga notar en mayor medida, a diferencia de lo que sucede en el mundo rural pirenaico, más anclado en su tradición refractaria a toda injerencia foránea. Este rechazo propiciaría la penetración de una tenue huella franca, seguida de un

---

<sup>4</sup> Videndum Observancia 2ª. *Observancias del Reino de Aragón*. Imprenta y Librería de Vicente Andrés. Zaragoza. 1865, p. 33, en BIBLIOTECA VIRTUAL DE DERECHO ARAGONÉS (BIVIDA): <http://www.derechoaragones.es> (consultado con fecha 8/04/2020). Sobre el particular, J.L. MERINO HERNÁNDEZ. *Aragón y su Derecho*. Guara editorial. Zaragoza. 1978, pp. 35 y ss.

<sup>5</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Los Fueros de Aragón*. Librería General. Zaragoza. 1985, p. 17.

retorno al mundo jurídico hispano-visigodo, gracias a la presencia de mozárabes replegados desde el sur para hacer frente al pueblo musulmán ante la expectativa de una fructífera resistencia que diera paso a la tan ansiada reconquista.

En pleno siglo VIII y la primera mitad del siglo IX de nuestra era, si bien el Reino visigodo ya ha desaparecido, se erige en el referente político y militar al tiempo de la invasión musulmana. Ello explicaría que, no obstante el declive y desaparición del Reino, se siguen manteniendo los formularios jurídicos visigodos, sin que ello llegara a implicar la aplicación generalizada del *Liber Iudiciorum*, con clara diferencia de lo que llegó a suceder en las vecinas tierras catalanas, que se mostraron más fieles con la tradición jurídica visigótica. Por ello, todavía en el siglo XI, tanto en el círculo real, como en el de la familia real, la influencia del derecho romano a través de la difusión del Breviario de Alarico en el sur de Francia se ponía en evidencia frente a un ordenamiento jurídico consuetudinario con sesgo franco del naciente Reino, a lo que se añadiría el monopolio de la Iglesia en cuestiones matrimoniales, dada la aplicación del derecho romano-canónico.

Así pues y, ante la ausencia de un régimen jurídico propio, se detecta un derecho consuetudinario comarcal y local –uso o costumbre de la tierra-, circunscrito más bien a un distrito o comarca –fuero de la tierra-, con cierta unidad administrativa, al estar regido por una sola autoridad, ya sea un conde, señor u obispo, claramente impregnado e inspirado, habida cuenta de su proximidad geográfica, por el derecho franco. Aun así, habrá que esperar hasta el siglo XIII para que este derecho fuera fijado en unos Fueros aplicables a todo el Reino.

Tras la muerte de Sancho III el Mayor (18 de octubre de 1035), el territorio de Aragón –entre Pamplona y Sobrarbe-Ribagorza, conformado por el condado de Aragón, la región del Serrablo, más el valle de Ayerbe<sup>6</sup>- quedó en manos de su hijo Ramiro<sup>7</sup>, con lo que se consuma el tránsito de Condado a Reino experimentado por nuestro territorio. Ante la ausencia de un ordenamiento jurídico común en el momento, aunado a la pluralidad de ordenamientos propios de ciudades, villas y lugares, surge una triple foralidad en Aragón en correlación con la propia caracterización de sus fueros<sup>8</sup>: burguesa o primitiva, con foco en la ciudad de Jaca, que creará su propio Fuero, extensible a otras villas y ciudades, tanto

---

<sup>6</sup> A. DURÁN GUDIOL. *Op. Cit.* 1988, p. 287.

<sup>7</sup> Sobre la figura del Rey, A. DURÁN GUDIOL. *Ramiro I de Aragón*. Guara Editorial S.A. Zaragoza, 1978.

<sup>8</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Iniciación histórica al Derecho español*. Ariel. Barcelona. 1970, pp. 237-239; *Los Fueros de Aragón*. Librería General. Zaragoza. 1985, pp. 21 y ss.

aragonesas como no aragonesas, erigiéndose en un foco aglutinante del derecho aragonés; nobiliaria o militar, fruto de las exigencias propias de la Reconquista<sup>9</sup>, que llegó a prevalecer en el siglo XIII cuando se compila oficialmente el derecho aragonés por impulso e iniciativa de Jaime I el Conquistador; y, por fin, de corte concejil, también conocida como castellana o de extremadura, erigida en zonas de frontera con el invasor musulmán por mor de la creación de comunidades y concejos –caso de los núcleos de Calatayud, Daroca o Teruel–, mucho más afín y vinculada con Castilla y el derecho castellano.

### **III. BÚSQUEDA DE REFERENTES HISTÓRICOS EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS:**

#### **III.1. La influencia romana**

Tradicionalmente se considera que Aragón, junto al caso de Navarra, se mostraron decidida e intensamente refractarios al derecho romano<sup>10</sup>, sin perjuicio de haber recibido cierta influencia en elementos no vertebrales de su derecho. Sin negar lo anterior, a medida que transcurre la Edad Media y entramos en la Edad Moderna, la referida reticencia va diluyéndose, a pesar del rechazo secular a instituciones jurídicas propiamente romanas como la patria potestad, la confiscación de bienes o, incluso, el principio inquisitivo procesal. En este sentido, algunos escritos de alegaciones confeccionados por abogados aragoneses del siglo XVII permiten configurar una literatura forense por la cual se produce una “recepción erudita del derecho común, compatible con una repudiación en el orden positivo”, de tal suerte que el derecho común se erige en el lenguaje jurídico del foro, como claro exponente de una expresión sistematizada, congruente y lógica del derecho empleada por los expertos, ámbito este en el que el derecho romano, sin lugar a dudas, constituye un referente inexcusable y sin igual, al margen incluso de su carácter supletorio.

---

<sup>9</sup> En torno a la foralidad militar aragonesa y su congruencia con el mito de los Fueros de Sobrarbe como soporte ideológico, J. LALINDE ABADÍA. *Perfil histórico de la foralidad aragonesa*. Conferencia (4 de abril de 1989). I Ciclo de Aproximación al Derecho aragonés. Colectivo Universitario de Cultura Aragonesa, pp. 35-42.

<sup>10</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Situación del derecho romano en el sistema jurídico aragonés*. Revista de Historia del Derecho. Volumen II. Homenaje al profesor M. Torres López. Universidad de Granada. 1977-1978, pp. 173-175.

Desde un plano terminológico, el derecho romano se identifica con la noción amplia de “derecho” y de “ley”; en otras, se asimila a la concepción de “sentido natural y equidad”; también a la de un ordenamiento con mayor autoridad científica –derecho común- que se esgrime para reforzar la decisión tomada según la legislación foral, pero en distinta esfera y nivel que el ordenamiento jurídico aragonés –derecho municipal, provincial, estatuto-, desde un punto vista intelectual considerado, lo que justificaría la aparente contradicción según la cual regiría el derecho común en Aragón en un plano intelectual sin que ello resulte obstativo de su exclusión en el plano del derecho positivo, una dualidad cuando menos discutible en hipótesis.

Por lo que se refiere a una perspectiva jurídica, Aragón mostró históricamente una marcada resistencia al derecho romano en calidad de acreedor privilegiado y preferente del derecho común, al que se resistió denodadamente<sup>11</sup>.

Por otro lado, no podemos preterir el aspecto ideológico y político del rechazo aragonés al derecho romano. En efecto, a través de él se hacía patente el desiderátum de todo imperio, cual es imponer en su territorio un único derecho (*unum imperium, unum ius*), en una clara expresión de la utilización del derecho como instrumento del poder político. Así fue bajo el Imperio de Roma<sup>12</sup>; así lo pretendió ser bajo el efímero sueño imperial de Carlomagno; y del mismo modo se trató de replicar tras la Reconquista de la Península a los musulmanes por parte de una pujante Castilla, que asumió el papel protagónico y de liderazgo ante la difícil empresa de recuperar el territorio peninsular del dominio árabe. En la medida que el derecho romano-canónico constituiría el ingrediente principal del derecho castellano, el derecho romano era concebido por los aragoneses como el derecho imperial que pretendía contribuir a la unificación política anhelada por Castilla sobre la base de la preponderancia de la legislación en la política del derecho.

En suma, entra en juego el debate en torno al papel protagonizado por el derecho romano, ordenamiento jurídico sin igual cuya excelencia aun hoy no ha sido superada, en relación con un ordenamiento jurídico aragonés de raíz consuetudinaria, que tradicionalmente presenta un pretendido corte y talante antirromana, lo que, de alguna forma y como reacción, tiende a conferirle un tinte más visigótico<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Op. Cit.* 1970, p. 186.

<sup>12</sup> J. PARICIO; A. FERNÁNDEZ BARREIRO. *Historia del derecho romano y su recepción europea*. Marcial Pons. Madrid. 2014, pp. 157, 202.

<sup>13</sup> J. LALINDE ABADÍA. *El Derecho común en los territorios ibéricos de la Corona de Aragón*. Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común. Murcia. 26/28 de marzo de 1985, p. 44.

Nos remitimos a apartados posteriores, dada su relación con el tema aquí asomado, para abordar la relación existente entre el derecho romano y el derecho civil aragonés.

### III.2. La influencia visigoda

Aun cuando el pueblo visigodo es de origen germánico, lo cierto es que en lo que al derecho se refiere adquiere una peculiaridad como consecuencia de la convivencia con el pueblo romano y el derecho romano, hasta el punto que cuando sus reyes redactaron leyes las tiñen de derecho romano, por estar mucho más desarrollado y adaptado a las necesidades del momento, como consecuencia del recorrido histórico surcado.

Por ello merece destacarse la huella del derecho visigodo en el territorio recuperado a los musulmanes con motivo de la Reconquista<sup>14</sup>, sobre todo merced a su obra cumbre, el *Liber Iudiciorum*<sup>15</sup>.

Como sabemos, esta huella no resulta uniforme a lo largo de la Península Ibérica en los distintos territorios, como lo demuestra el hecho de que su incidencia en el derecho de Aragón no pareciera muy relevante<sup>16</sup> a pesar de una tendencia historiográfica tradicional a magnificar su presencia e influencia<sup>17</sup>, criterio no unánime y, por lo demás, más que cuestionable<sup>18</sup> a nuestro juicio.

Sin embargo, no cabe desdeñar de forma absoluta la influencia del derecho visigodo en el derecho aragonés, toda vez que el *Liber Iudiciorum* fue mantenido prácticamente a lo largo de la Edad Media en todos los territorios de Hispania,

---

<sup>14</sup> En cuanto a la distribución territorial y administrativa de la época visigoda, *comites, loca, pagi, domus, villae*, A. DURÁN GUDIOL. *Op. Cit.* 1988, p. 12.

<sup>15</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Op. Cit.* 1970, p. 120.

<sup>16</sup> J.L. LACRUZ BERDEJO. *Fueros de Aragón hasta 1265*. Anuario de Derecho Aragonés. 1945, p. 223; *El régimen matrimonial de los fueros de Aragón*. Anuario de Derecho AragonésIII. 1946, p. 35.

<sup>17</sup> En este sentido, con referencia a estudios y hallazgos de J. Blancas y F. Balaguer, M. ALONSO LAMBÁN. *Las formas testamentarias en la alta edad media de Aragón*. Revista de Derecho Notarial números 5-6, julio-diciembre, 1954, pp. 241-399.

<sup>18</sup> Algunos autores afirman que los posibles vestigios del *Liber Iudiciorum* en el derecho aragonés responderían más bien a modificaciones habidas en su redacción original efectuadas por los juristas de los siglos XII y XIII. Sobre todo, por medio de los refugiados y liberados, que lograron transmitir la tradición mozárabe, en el caso de los fueros más antiguos que serían recopilados a instancias de Jaime I en 1247. Así lo señala M. MOLHO. *Difusión del Derecho pirenaico en el reino de Aragón*. Boletín de la Academia de Buenas Letras de Barcelona n° 28. 1959-1960, pp. 265-352.

eso sí con distinto grado y énfasis según el caso, en defecto de soluciones jurídicas apropiadas derivadas de la costumbre, el derecho romano o los derechos locales. Prueba de lo afirmado es que se apuntan algunas reminiscencias visigodas en el derecho aragonés en distintas ramas del derecho –penal, familia y sucesiones, obligaciones–, en instituciones tales<sup>19</sup> como el homicidio por envenenamiento<sup>20</sup>; la invocación de la legítima defensa ante el ladrón<sup>21</sup>; el quebrantamiento de cárcel<sup>22</sup>; la mayoría de edad a los quince años<sup>23</sup>; la sociedad de gananciales<sup>24</sup>; alguna formalidad testamentaria como la adverbación del testamento verbal<sup>25</sup>; o el préstamo y alquiler de bestias<sup>26</sup>, entre las más significativas, sin olvidar la conexión con el carácter colectivo de la legítima aragonesa frente a la individualidad de la romana<sup>27</sup>; los bienes troncales o de stirpe (*Stammgüter*) y los fideicomisos familiares<sup>28</sup>, que giran en torno a los fundamentos de la familia germánica (*Sippe*, círculo parental y comunidad doméstica)<sup>29</sup>; así como los pactos sucesorios y el testamento manco-

---

<sup>19</sup> J. LALINDE ABADÍA. *La presencia visigoda en el derecho aragonés*, en Anuario de Historia del Derecho Español. Tomo XLII. Madrid. 1972, pp. 645 y ss.

<sup>20</sup> *Liber Iudiciorum* VI,2,3; Fuero Juzgo VI,2,2 – Fuero de Jaca par. 290 (redacción aragonesa siglo XIII. Ed. MOLHO. Zaragoza, 1964).

<sup>21</sup> *Liber Iudiciorum* VII,2, 15 y 16; Fuero Juzgo VII,2,15 y 16 – Fuero de Jaca red. B 212; red. E, 149; red. B 211; red. E 148.

<sup>22</sup> *Liber Iudiciorum* VII,4,3; Fuero Juzgo VII,4,3 – Fueros de Aragón (ed. TILANDER) 292; (ed. LACRUZ-BERGUA) 288; (ed. latina) lib. IX.

<sup>23</sup> *Liber Iudiciorum* II,5,11; IV,3,4 – Fueros de Aragón (ed. LACRUZ-BERGUA) 232. Una mayoría de edad que se incrementará a los 20 años en el Fuero Juzgo (IV,3,3) y en el Fuero Real (III,7,1), frente a los 25 años requeridos en el derecho romano para adquirir la condición de *maior* (D. 2,8,8,2; D. 4,4,1 pr.,1-2; D. 4,4,11,5; D. 4,4,17; D. 4,24,1-2; D. 22,6,9 pr.; CTh 2,17,1; *Codex* 2, 23, 2; *Codex* 2,41,1; *Codex* 2,44,1-4; *Codex* 5,59,4), criterio adoptado en las Partidas (VI,16,13).

<sup>24</sup> Comunidad “Dum cuiscumque” – Lib. V Fueros de Aragón, presunción de muebles por sitios.

<sup>25</sup> *Liber Iudiciorum* II,5,14 – ALONSO LAMBÁN, M. *Op. Cit.* 1954, p. 331.

<sup>26</sup> *Liber Iudiciorum* V,5,2; Fuero Juzgo V,5,2 – Fueros de Aragón (ed. TILANDER) 181; (ed. LACRUZ-BERGUA) 179; Fuero de Jaca, 234 (redacción aragonesa).

<sup>27</sup> Al respecto, R. BERNAD MAINAR. *De la legítima romana a la reserva familiar germánica*. RIDROM [on line]. 14-2015, pp. 1-63.

<sup>28</sup> H. PLANITZ. *Principios de derecho privado germánico*. Olejnik. Santiago de Chile. 2019, pp. 133 y ss.

<sup>29</sup> H. PLANITZ. *Op. Cit.* 2019, pp. 273 y ss.

munado<sup>30</sup>; e, incluso, la figura del consejo doméstico<sup>31</sup>, uno de los posibles antecedentes que se han presentado para identificar los orígenes de la junta de parientes.

No obstante lo expuesto, afirmamos con Lalinde Abadía<sup>32</sup> que la presencia visigoda en los Fueros de Aragón se circunscribe a textos muy concretos fruto principalmente de la inmigración de mozárabes incrementada a partir del siglo XII<sup>33</sup>, lo que denota una incidencia tenue como respuesta a la insuficiencia del *Liber Iudiciorum* para resolver las cuestiones planteadas en el territorio aragonés. Por ello, invocar la secuela e impronta del derecho visigodo en el ordenamiento jurídico aragonés y esgrimir así una identidad propia refractaria del derecho común –principalmente integrado por derecho romano– parece un tanto aventurado, no sólo por su escasa membresía en el derecho aragonés, sino también por el desdibujamiento de su influencia frente a otros ordenamientos jurídicos concurrentes, como el judaico y el musulmán, no sin dejar de hacer constar, como única salvedad al aserto anterior, el territorio de la Ribargoza, puesto que, al integrar este enclave el área de dominio de la Marca Hispánica bajo el poder de los francos, se convirtió en foco de atracción del exilio visigodo e hispano ante el vigoroso empuje del pueblo musulmán.

### III.3. Otras referencias

Amén del Reino de Asturias por obra del noble godo Pelayo (718 d.C.), otro de los focos rebeldes frente al dominio musulmán surgió algunas décadas después en los Pirineos (800 d.C.)<sup>34</sup>, merced al apoyo recibido del emperador Carlomagno<sup>35</sup> por los habitantes y pobladores de algunos núcleos cristianos asentados en los

---

<sup>30</sup> H. PLANITZ. *Op. Cit.* 2019, pp. 342 y ss.

<sup>31</sup> TÁCITO, C.C. *Germania (De origine et situ Germanorum)* 19, [https://onemorelibrary.com/index.php?option=com\\_djclassifieds&format=raw&view=download&task=download&fid=6642](https://onemorelibrary.com/index.php?option=com_djclassifieds&format=raw&view=download&task=download&fid=6642) (consultado con fecha 18/04/2020).

<sup>32</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Perfil histórico de la foralidad aragonesa*. Conferencia (4 de abril de 1989). I Ciclo de Aproximación al Derecho aragonés. Colectivo Universitario de Cultura Aragonesa. 1989, p. 34.

<sup>33</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Op. Cit.* 1970, p. 237.

<sup>34</sup> J.L. CORRAL LAFUENTE. *Historia contada de Aragón*. Librería General S.A. Zaragoza. 2000, p. 78.

<sup>35</sup> A finales del siglo VIII Carlomagno se presentaba como el único bastión capaz de salvar a la Cristiandad amenazada por el Islam, razón por la cual el papa León III lo corona emperador, dignidad que le conferirá por aclamación el apelativo de “padre” o “rey” de Europa (“*pater, rex Europae*”). Al respecto, C. LÓPEZ GONZÁLEZ. *Carlomagno y la tradición cristiana de Europa según Christopher Dawson*. Mar Oceana nº 17, 2004, pp. 57-66.

valles pirenaicos, entre ellos el gobernado por un conde franco, Aureolo, ubicado en el valle alto del río Aragón, en las inmediaciones de Echo, que se convertirá en el origen de un condado<sup>36</sup>, Aragón, embrión del futuro Reino homónimo.

En la medida que la región pirenaica estuvo sujeta durante el siglo IX al reino franco, se produjo la influencia del derecho franco en el derecho propio, sobre todo en lo referido a la organización política. Con posterioridad, a partir de la mitad del siglo XI, gentes provenientes del otro lado de los Pirineos se asentaron en los territorios reconquistados, entre ellos Aragón, lo que se tradujo en la recepción del derecho franco y su respectivo influjo en tierras aragonesas, toda vez que se les permitió a los nuevos pobladores regirse por su derecho propio. En efecto, los territorios situados en torno a los Pirineos fueron recuperados por la Reconquista a los musulmanes gracias al apoyo de los reyes francos, razón por la cual es lógico constatar la influencia franca en el derecho primitivo de Navarra y Aragón, a su vez preñado de costumbres rudimentarias.

Tampoco podemos omitir la presencia judeo-árabe en la foralidad aragonesa<sup>37</sup>, dada la transcendencia de ambos pueblos en la sociedad, mucho más notoria incluso que en otros territorios vecinos, como Valencia, Castilla o Cataluña, ante la necesidad imperiosa de atraer pobladores de fuera de Aragón para repoblar el tramo central del valle del Ebro.

Así, concretamente, el derecho musulmán<sup>38</sup> representa el exponente de un derecho religioso, confesional, que rige con carácter personal, inspirado en el Corán, en el que los juristas o alfaquíes sistematizaron las normas y principios propagados por Mahoma, junto a otros de origen persa, egipcio y bizantino, gestándose así la ciencia jurídica *-fiqh-*, que construiría un sistema jurídico inmutable vigente en al-Andalus durante toda la dominación musulmana de la Península. Sin embargo, este derecho no tendría una incidencia significativa en los territorios cristianos, a no ser a través del aporte de los mozárabes, quienes, aun conservando su religión y derecho, se encargarían de aplicar algunas instituciones jurídicas musulmanas relacionadas con el régimen agrario –turnos de riego–, así como de divulgar su terminología jurídica.

---

<sup>36</sup> A. DURÁN GUDIOL. *Op. Cit.* 1988, pp. 84, 85, 137 y ss.

<sup>37</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Op. Cit.* 1989, pp. 34-35.

<sup>38</sup> A. TORRENT RUIZ. *El derecho musulmán en la España medieval*, en RIDROM n° 8. 2012, pp. 143-227.

Por lo que al derecho judío respecta<sup>39</sup>, también se trata de un derecho confesional para quienes profesan el judaísmo, y su evolución quedará en manos de los rabinos a través de sus respuestas a las consultas formuladas por los fieles. Su incidencia no fue excesiva, pero no se puede minusvalorar, en la medida que incidió en un contingente poblacional, no muy numeroso, pero sí influyente en la sociedad de la época, sobre todo en la economía, razón por la cual su derecho, sin ser considerado determinante, no pasó desapercibido, puesto que en las materias civiles los judíos solían comparecer ante sus propias autoridades, que fungían como árbitros y aplicaban el derecho judaico.

Por fin, haremos referencia a otro de los ingredientes del derecho histórico aragonés, este de mayor importancia y calado que el derecho franco, musulmán y judío, cual es el derecho consuetudinario, rudimentario y elemental. Hasta el establecimiento de los Fueros municipales, tras la aparición de algunos núcleos urbanos, existe un ordenamiento jurídico consuetudinario influido por el derecho franco –uso o costumbre de la tierra-, de tipo comarcal y local, en función de la autoridad ejerciente (conde, señor feudal, obispo u otra dignidad eclesiástica)<sup>40</sup>. Su invocación dependía de la condición personal del interesado por el hecho de estar radicado en una localidad o comarca concreta. Su desarrollo es propiciado por la ausencia de un ordenamiento general, lo que de algún modo le otorgará una peculiaridad jurídica al territorio, que le distinguirá de otros alrededores, como es el caso de la próxima Cataluña, más afín a la órbita del derecho visigodo.

## **IV. RELACIÓN HISTÓRICA ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS:**

### **IV.1. La Baja Edad Media**

Constatada la superación de la consideración del derecho de los visigodos como derecho común, los siglos VIII hasta el XII son calificados como de incertidumbre foral en Aragón, toda vez que concurren de forma plural y dispersa diver-

---

<sup>39</sup> J.R. HINOJOSA MONTALVO. *Los judíos en la España medieval: de la tolerancia a la expulsión*, en M. Desamparados Martínez San Pedro (ed.). *Los marginados en el mundo medieval y moderno*. Instituto de Estudios Almerienses. Almería. 2000, pp. 25-41.

<sup>40</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Op. Cit.* 1985, pp. 19, 20.

esos derechos comarcales consuetudinarios, rudimentarios y fragmentarios<sup>41</sup> que, paulatinamente, van recogiendo por escrito, hasta el punto que el ordenamiento jurídico aragonés no resultará fijado como ordenamiento general sino a partir del siglo XIII<sup>42</sup> mediante un sistema sancionador de normas paccionado entre el Rey y las Cortes, de tal manera que ni siquiera el monarca podrá sustraerse ni contravenir la ley<sup>43</sup>.

Precisamente, desde Italia se va imponiendo la necesidad de neutralizar la dispersión normativa propia de la Alta Edad Media y en este sentido el *Ius commune*, resultado docente de la Universidad mediante la fusión del derecho romano, el derecho canónico, el derecho germánico, el derecho feudal, la *lex mercatoria* y los derechos estatutarios o municipales<sup>44</sup>, encarna perfectamente la cualidad de erigirse en un derecho común *versus* el derecho propio de cada uno de los territorios. En esta amalgama, el derecho romano adquiere un protagonismo especial para convertirse en una suerte de derecho común para todos los hombres de la Europa occidental (*ius commune omnium hominum*)<sup>45</sup>, con la única salvedad en la teoría, de los derechos municipales, no obstante su contribución como un ingrediente más en la configuración del nuevo *ius commune*.

En efecto, el *Ius commune* trata de convertirse en el atisbo de una suerte de “derecho supranacional” en una época anterior a la aparición del Estado moderno en la medida que el derecho propio de los reinos representa un derecho excepcional respecto de aquel<sup>46</sup>, al que se halla sujeto. Precisamente su mayor completitud y depuración –*ratio scripta*–; su talante tradicional mas no rígido; la formación romanista de los juristas de la época; su superioridad técnica; y su estrecha conexión con la idea de continuidad del Imperio Romano, merced al trasunto que constituye con relación al mismo el Imperio Romano Germánico de Carlo-

---

<sup>41</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Antecedentes históricos y formación del Derecho civil aragonés*, en *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón* (dir. Jesús Delgado Echeverría, coord. María Ángeles Parra Lucán). ElJusticia de Aragón. Zaragoza. 4ª ed., 2012, pp. 37 y 38.

<sup>42</sup> J. LALINDE ABADÍA. Derecho y fuero, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* (dir. J.L. Lacruz Berdejo). Gobierno de Aragón. Zaragoza. 1988, pp. 67, 68.

<sup>43</sup> J. MORALES ARRIZABALAGA. *Pacto, Fuero y libertades. El estilo de gobierno en el Reino de Aragón, su mitificación y su uso en narraciones constitucionales*. Derebook. Zaragoza, 2016.

<sup>44</sup> F. MARTÍNEZ MARTÍNEZ. *Ius commune, Utrumque ius: Tiempos de Derecho único, tiempos de juristas*. GLOSSAE. European Journal of Legal History 13, pp.371-423.

<sup>45</sup> L. DÍEZ-PICAZO. *El sentido histórico del Derecho civil*, en RGLJ XXXIX. 1959, pp. 616-619.

<sup>46</sup> R. BERNAD MAINAR. *La fructífera experiencia del ius commune ante el apasionante reto de la unificación del derecho privado europeo*. RIDROM. N° 19. 2017, pp. 243 y ss.

magno<sup>47</sup>, contribuiría a crear y difundir esta matriz de opinión<sup>48</sup>. Por su mediación se proporciona al hombre de leyes la clave del lenguaje común de la mayoría de los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia romanística del derecho, cuando menos en lo que concierne al ámbito del derecho privado<sup>49</sup>.

De todos los ingredientes señalados, el derecho romano, el derecho feudal y el derecho canónico son los más influyentes, cada uno con su tinte más sobresaliente<sup>50</sup>: el individualismo del primero; la sujeción del individuo a un entramado de relaciones superior, por lo que al segundo respecta; y el punto de equilibrio entre los dos anteriores reflejado por la legislación canónica.

La difusión y aplicación del *Ius commune* en Europa se conoce como el fenómeno de la recepción del derecho común<sup>51</sup>, una experiencia que no fue simultánea ni de igual intensidad en todos los territorios europeos e hispánicos<sup>52</sup>. Resultó mucho más evidente en Cataluña y Mallorca que en Navarra y Aragón<sup>53</sup>, en tanto que, en Castilla, si bien se habla impropia de recepción, se produjo más bien una penetración o influjo de los principios fundamentales y de un buen número de instituciones jurídicas pertenecientes al derecho romano-canónico a través de una doble vía: textual, mediante extractos de los textos justinianos; y científica, gracias a la labor de divulgación efectuada por los discípulos de la Universidad de Bolonia y de otras universidades europeas cuando regresan a su lugar de origen y ejercen el derecho, sobre todo en calidad de asesores laicos o eclesiásticos, ya de los reyes, ya de las asambleas legislativas, o de las autoridades eclesiásticas<sup>54</sup>. Dicha influencia llega a ser tan notoria e importante en ocasiones, que el *Ius commune* se alega en calidad de costumbre y es invocada por los juristas ante los jueces.

---

<sup>47</sup> A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Fundamentos de Derecho Romano*. Centro de Estudios Financieros S.L. Madrid. 2011, p. 16.

<sup>48</sup> M.C. BAYOD LÓPEZ. *El Derecho civil aragonés en el contexto europeo de Derecho privado. Evolución histórica y relaciones con el Derecho civil español*. Institución “Fernando el Católico” (IFC). Zaragoza. 2019, pp. 61 y 62.

<sup>49</sup> B. NICHOLAS. *Introducción al Derecho romano*. Civitas. Madrid. 1987, p. 24.

<sup>50</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Op. Cit.* 1970, p. 171.

<sup>51</sup> P.G. STEIN. *El Derecho romano en la historia de Europa*. Siglo XXI de España Editores. Madrid. 2001, p. 103; A.A.V.V. (Coord. R. PANERO GUTIÉRREZ. *El Derecho Romano en la Universidad del siglo XXI. Catorce siglos de historia y catorce siglos de tradición*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005, pp. 36-51; J. LALINDE. *El modelo jurídico europeo del siglo XIII*. RHDE nº 5-6. 1993-1994. Instituto de Derecho común europeo, Universidad de Murcia, pp. 17 y ss.

<sup>52</sup> G. WESENER; G. WESENER. *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*. Lex Nova. Valladolid. 1998, pp. 123-125.

<sup>53</sup> J. LALINDE ABADIA. *Op. Cit.* 1985, pp. 145-178.

<sup>54</sup> J. PARICIO; A. FERNÁNDEZ BARREIRO. *Op. Cit.* 2014, p. 191.

Sin embargo, esta misma consideración del derecho común como el ordenamiento jurídico imperial o de la Iglesia, le granjeará, a su vez, la animadversión de reyes y territorios, con distintos matices y perspectivas<sup>55</sup>: una oposición radical –caso de Aragón<sup>56</sup> y Navarra–; la penetración y recepción consentidas, producidas respectivamente en los Reinos de Castilla y Valencia; y el caso de Cataluña unido al de Mallorca, donde se consuma una recepción más bien erudita<sup>57</sup>.

En lo que a Aragón respecta, la versión tradicional y más radical<sup>58</sup>, cuestionable a nuestro juicio, sostiene que no se produjo una recepción, ni siquiera una penetración de las leyes romano-canónicas y, por ende, del derecho común. Entre otros argumentos se esgrime que Jaime I, tras una ampliación considerable de sus dominios, al definir y establecer el Fuero de Aragón en 1246, decide implantar un derecho uniforme en todo el territorio con el fin de mejorar la gobernanza de su Reino, para lo cual aspira sobre todo a recopilar la costumbre frente a la existencia de diversas redacciones privadas de derecho consuetudinario, todo ello en aras de preservar la seguridad jurídica sin que la mera denominación de la obra –Código o Compilación de Huesca– permita atribuirle un carácter “*dreyturero*”<sup>59</sup>. De ahí el recurso al derecho como base e instrumento de la costumbre, según lo confirmaría el hecho de que la Corte General de la ciudad rechazara dicha versión de la compilación por entenderse “*dreyturera*”<sup>60</sup> y, por tanto, no adaptada a la foralidad aragonesa, razón última que justificaría la aparición de

---

<sup>55</sup> M.C. BAYOD LÓPEZ. *Op. Cit.* 2019, p. 63.

<sup>56</sup> LALINDE ABADÍA habla en este caso de “antirecepción política”, en *Op. Cit.* 1985, p. 159.

<sup>57</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Equitas, Dreito y Drecho en el Reino de Aragón*, en *Los Fueros de Teruel y Albarracín*. Actas de las Jornadas de Estudio celebradas en Teruel y Albarracín los días 17, 18 y 19 de diciembre de 1998, pp. 11 y 12.

<sup>58</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Op. Cit.* 1970, pp. 240, 241.

<sup>59</sup> En torno a la solución de síntesis que representa la compilación *dreyturera* encomendada por Jaime I al Obispo de Huesca Vidal de Canellas, J. MORALES ARRIZABALAGA. *Fueros y libertades del Reino de Aragón. De su formación medieval a la crisis preconstitucional (1076-1800)*. Rolde de Estudios Aragoneses. Zaragoza. 2007, pp. 28-48.

<sup>60</sup> Conocida como *Compilatio Maior*, 1247(*Vidal Mayor* se autodenomina la versión romance del manuscrito), que habría sido promulgada, aunque sin acuerdo de la Corte por la excesiva inserción de derecho romano y canónico, culto y europeo –*ius commune*–, lo que representaría una versión más erudita. A partir del siglo XIV constituye una obra de gran autoridad, pero sin valor de ley. Al respecto, J. DELGADO ECHEVERRÍA. *El “Vidal Mayor”*, en *Aragón en el Mundo*. Caja de Ahorros de la Inmaculada. Zaragoza. 1988, pp. 131-132.

una segunda versión de la obra<sup>61</sup>, más reducida (8 libros), redactada en romance aragonés y menos romanizada, con el afán de modular la precedente siguiendo las instrucciones de los foristas<sup>62</sup>, secundadas por la Corte General. Precisamente y, para un adecuado conocimiento general, la versión latina, bendecida a la sazón por la asamblea celebrada en la capital oscense, sería traducida al romance y se convertiría en la primera colección sistemática oficial de los fueros del territorio aragonés<sup>63</sup>.

En todo caso, la intervención del obispo de Huesca en la redacción de la obra –Vidal de Canellas–, a instancia del monarca, nos hace reflexionar al respecto: en efecto, aunque el titular de la sede episcopal oscense ejerce su ministerio en el centro de la foralidad aragonesa, no es menos cierto que encarna el prototipo del experto en derecho común, egresado de la Universidad de Bolonia<sup>64</sup>, premisa que será determinante en la sistematización romanista y distribución en epígrafes o rúbricas de los títulos de la obra<sup>65</sup>, hasta el punto que él mismo actuara como “*savio omne*” y ordenara los fueros con “*bona et dreiturera et sana conscientia*”<sup>66</sup>; además, los jueces del tribunal real interpretarán la norma según los conceptos, categorías y clasificaciones establecidos por la doctrina romanística italiana<sup>67</sup>; a su vez y, gracias a la influencia ejercida por los mozárabes radicados en el territorio tras su huida del dominio musulmán, la compilación asume algunas soluciones contempladas en el *Liber Iudiciorum*, obra jurídica visigoda por antonomasia, si bien de raíz netamente romana; incluso y, a mayor abundamiento, se detecta una cierta recepción por medio de la incidencia del derecho canónico en Vidal de Canellas<sup>68</sup>, lo que vinculará la glosa y el comentario a la práctica de

---

<sup>61</sup> *Compilatio Minor*, contentiva casi exclusivamente de textos tradicionales aragoneses con algunas adiciones o modificaciones, muy probablemente obra de Vidal de Canellas, por observar ambas un mismo orden de sistematización. En este sentido, J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Antecedentes históricos y formación del Derecho civil aragonés*, en *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón* (dir. Jesús Delgado Echeverría, coord. M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán). ElJusticia de Aragón. Zaragoza. 4<sup>a</sup> ed., 2012, p. 41.

<sup>62</sup> J.I. LÓPEZ SUSÍN. *Op. Cit.* 2006, p. 271.

<sup>63</sup> J. MORALES ARRIZABALAGA. *Op. Cit.* 2007, pp. 42 y ss.

<sup>64</sup> J. PARICIO; A. FERNÁNDEZ BARREIRO. *Op. Cit.* 2014, pp. 191, 192. LALINDE ABADIA habla en este caso de “penetración doctrinal”, en *Op. Cit.* 1985, p. 162.

<sup>65</sup> J.L. LACRUZ BERDEJO. *Contribución a la metodología del Derecho privado en Aragón*. Estudios de Derecho Aragonés, Zaragoza. 1946, pp. 13 y ss.

<sup>66</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Op. Cit.* 1998, p. 13.

<sup>67</sup> J. PARICIO; A. FERNÁNDEZ BARREIRO. *Op. Cit.* 2014, p. 202.

<sup>68</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Op. Cit.* 1977-1978, p. 174.

los juristas aragoneses. Y es que la interrelación entre los derechos romano y canónico en la Alta Edad Media<sup>69</sup> constituye la expresión armónica de la cultura jurídica europea<sup>70</sup> y el exponente de la identidad básica del orden ético-social de la época, tanto de los pueblos europeos, como de los sectores creadores y difusores de la cultura<sup>71</sup>.

Tampoco podemos olvidar que los fueros cobraron fuerza a través de su interpretación a cargo de los foristas, toda vez que su aplicación práctica requirió de un cuerpo doctrinal que interpretara los términos legales que presentaban confusión<sup>72</sup>. Fruto de esta inquietud y siguiendo el modelo de los juristas de Bolonia surgieron glosas al Derecho aragonés<sup>73</sup>, construidas sobre alegaciones de fuentes jurídicas, algunas aragonesas, pero sobre todo, en su mayoría, pertenecientes al *Ius commune*. De tal fusión y mezcla resulta el ordenamiento jurídico que se practica y cultiva en Aragón, una circunstancia que denota la relación existente entre el derecho aragonés y el derecho común.

En efecto, aun cuando en un principio en el Vidal Mayor se obstruía la aplicación del derecho romano-canónico, el auxilio invocado en su seno al sentido natural o la equidad abría una importante vía de penetración del *Ius commune*, en la medida que, a su vez, tanto los glosadores como los comentaristas habían ido perfeccionando y delineando el concepto de equidad, con claras reminiscencias romanas<sup>74</sup>. De ahí que, a la par que se producían colisiones entre el *Ius commune* –universalidad- y los *iura propria* –preñados de particularismo-, resueltas de distinta forma según el territorio del que se tratara<sup>75</sup>, lo cierto es que también entre ambos ordenamientos se produjo una coexistencia que engendraría un influjo recíproco nada desdeñable. No en vano y en un claro signo de romanización

---

<sup>69</sup> J.M. RAINER. *Das Römische Recht in Europa*. Manz Verlag. Wien. 2012, pp. 74 y ss.

<sup>70</sup> J. PARICIO; A. FERNÁNDEZ BARREIRO. *Op. Cit.* 2014, pp. 188, 196.

<sup>71</sup> G. WESEBERG; G. WESENER, G.*Op. Cit.* 1998, pp. 50-54.

<sup>72</sup> M.C. BAYOD LÓPEZ. *Op. Cit.* 2019, pp. 98, 99, 101, 102.

<sup>73</sup> Se relacionan como glosadores del derecho aragonés Vidal de Canellas, Martín Sagarra, Sancho de Ayerbe, Pérez de Salanova, Pelegrín de Anzano, Juan Pérez de Patos, Jacobo de Hospital, Martín de Pertusa. Al respecto, J.L. LACRUZ BERDEJO. *Contribución a la metodología del Derecho privado en Aragón*. Anuario de Derecho Aragonés II. 1945, pp. 103-136.

Las glosas más importantes son las del autor Pérez de Patos, cuya obra se considera como la glosa ordinaria del derecho aragonés.

<sup>74</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Op. Cit.* 1970, pp. 245, 246.

<sup>75</sup> Así, Cataluña, Navarra y Baleares aceptan los textos romanos a modo de derecho común civil supletorio del derecho propio; Castilla refunde el derecho propio y el *ius commune* en las Partidas; en tanto que Aragón recurre a las Observancias como válvula de escape.

instrumental<sup>76</sup>, se explicaba el Derecho aragonés a través de conceptos romanos y se ordenan sus preceptos de conformidad al orden de las rúbricas de los libros del Digesto, hasta el punto que la cultura jurídica de los foristas es, propiamente, la cultura del derecho común europeo.

Así es, Jaime I recurre en los Fueros de Aragón (1247, Cortes de Huesca) al sentido natural o la equidad allí donde no fueran suficientes los Fueros de Aragón –*ad naturalem sensum vel aequitatem*-<sup>77</sup>, en un claro deseo de dar cabida al sentido común, a la proporcionalidad de los derechos y los deberes como remedio frente al rigor excesivo<sup>78</sup> y a las lagunas legales<sup>79</sup>, adoptando con ello una versión intermedia de compromiso, con tinte claramente canónico<sup>80</sup>, coincidente con la invocación de una pretendida razón escrita<sup>81</sup> constitutiva de un derecho racionalmente perfecto aplicable de manera útil ante las lagunas del derecho propio. Incluso se afirma en la época que este recurso supletorio a la *aequitas* podría ser entendido como una decidida voluntad de rechazo al mismo *Ius commune* –*dreito o los dreitos*-, por no ser ambos conceptos excluyentes.

En todo caso, es necesario reconocer que no encontramos una norma aragonesa declarativa de la supletoriedad del derecho romano-canónico<sup>82</sup>, ni tampoco podemos obviar que existen instituciones jurídicas romanas integrantes tradicionalmente del *Ius commune* que nunca penetraron en Aragón, ya por contar con principios distintos u opuestos a los de aquel, ya por existir previamente mecanis-

---

<sup>76</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Op. Cit.* 2012, p. 38.

<sup>77</sup> Una interpretación de la expresión sobre la consideración de la observancia como una formulación del Fuero de Aragón en J. MORALES ARRIZABALAGA. *La intervención de la Corte del Justicia y las Cortes del reino en la reformulación del Fuero de Aragón*. Cuarto Encuentro de estudios sobre El Justicia de Aragón. Zaragoza, 16 de mayo de 2003. Zaragoza. El Justicia de Aragón, 2003, pp. 150, 151.

<sup>78</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Op. Cit.* 1985, p. 169.

<sup>79</sup> G. MARTÍNEZ DÍEZ. *En torno a los Fueros de Aragón de las Cortes de Huesca de 1247*. Anuario de Historia del Derecho Español n° 50. 1980, p. 75; *Proemium Libri Fororum*, [27-31], J. DE HOSPITAL. *Observancias del Reino de Aragón*. CAI. Zaragoza. 1977, p. 8.

<sup>80</sup> Sobre las razones que habrían llevado al Reino de Aragón a recurrir al sentido natural y a la equidad, según parecer de Jaime de Hospital, J. LALINDE ABADÍA. *Equitas, Dreito y Drecho en el Reino de Aragón*, en *Los Fueros de Teruel y Albarracín*. Actas de las Jornadas de Estudio celebradas en Teruel y Albarracín los días 17, 18 y 19 de diciembre de 1998, pp. 14-16.

<sup>81</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Op. Cit.* 2012, p. 44.

<sup>82</sup> M. DEL MOLINO. *Repertorium fororum et observantiarum Regni Aragonum: una pluribus cum determinationibus consilii iustitiae Aragonumpracticis atque cautelis eisdem fideliter annexis*. 1513, fols. 127, 156, en BIBLIOTECA VIRTUAL DE DERECHO ARAGONÉS (BIVIDA): <http://www.derechoaragones.es> (consultado con fecha 10/04/2020).

mos autóctonos que atendían una misma función (*restitutio in integrum*), lo que permitirá respetar la sustancia del derecho aragonés<sup>83</sup>.

## IV.2. Las Observancias del Reino de Aragón

Mención especial por su importancia en el tema que nos ocupa constituyen las Observancias, estrechamente relacionadas con una figura emblemática del derecho aragonés, cual es el Justicia Mayor, que debe su existencia a la necesidad de equilibrar y servir de punto de encuentro entre los intereses del Rey y del Reino –sobre todo la nobleza-. Aun cuando se trata de un cargo que no exige la condición de letrado por primar en él el cariz político, desempeña su oficio auxiliado por lugartenientes, provistos de un carácter más técnico, y de toda una curia, que tenían como objetivo primordial la preservación y observancia de los fueros y las costumbres aragoneses. Por su influjo se logra la conservación, interpretación y clarificación del derecho foral aragonés, hasta el punto que la doctrina obtenida de sus decisiones adopta el nombre de “observancias”. En la medida que los lugartenientes del Justicia fueron avezados romanistas instruidos bajo el influjo y el espíritu de la Universidad de Bolonia, el derecho romano contaría así con un más que efectivo vehículo de penetración y de romanización<sup>84</sup>, aunque lo fuera más bien al servicio de la causa del derecho foral aragonés, supuestamente antirromanista, dado que a través de las mismas se ensalza el valor de la costumbre, así como se exalta la voluntad individual y el principio *standum est chartae*<sup>85</sup>.

La esencia de las observancias consiste en verbalizar normas no escritas, al recoger la aplicación judicial de los Fueros<sup>86</sup>. En su virtud, la relación que media entre Fuero y Observancia es de dependencia de esta respecto de aquel –*accessorium sequitur principale*–, lo que se evidencia en cuanto a su origen se refiere, toda vez que su creación surge al par de la refacción de los fueros consistente en la reorganización de los existentes desde 1247, punto de inflexión a partir del que se formarán las primeras observancias de la mano e impulso del Justicia de Aragón Jimeno Pérez de Salanova durante el reinado de Jaime II. La particulari-

---

<sup>83</sup> J.L. LACRUZ BERDEJO. *El régimen matrimonial de los fueros de Aragón*. Anuario de Derecho Aragonés III. 1946, pp. 13 y ss.

<sup>84</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Op. Cit.* 1977-1978, p. 174; *Perfil histórico de la foralidad aragonesa*. Conferencia pronunciada el 4 de abril de 1989 en el I Ciclo de “Aproximación al Derecho aragonés”, organizado por el Colectivo Universitario de Cultura Aragonesa, p. 42, en BIBLIOTECA VIRTUAL DE DERECHO ARAGONÉS (BIVIDA): <http://www.derechoaragones.es> (consultado con fecha 11/04/2020).

<sup>85</sup> J.I. LÓPEZ SUSÍN. *Op. Cit.* 2006, p. 276.

<sup>86</sup> J. MORALES ARRIZABALAGA. *Op. Cit.* 2003, pp. 135, 144, 152.

dad que presenta la observancia es que emana directamente de la raíz del derecho aragonés, del Fuero de Aragón propiamente dicho, sin que su declaración constituya un acto de jurisdicción, de tal suerte que viene a engrosar, junto a los fueros y la costumbre, las fuentes del derecho aragonés.

Es así como a partir de la mitad del siglo XIII aparecen colecciones de observancias<sup>87</sup> redactadas en latín y traducidas al romance, hasta que al final del siglo XIV uno de los lugartenientes del Justicia del momento, Jaime de Hospital, redacta y publica la versión más importante de la mencionada colección (*Observantiae regni Aragonum*). De su contenido se infiere la concentración de los procesos declarativos de privilegios no documentados<sup>88</sup>, así como podemos constatar los argumentos jurídicos incluidos en las propias sentencias que, dotadas de la fuerza que otorga el efecto de cosa juzgada (“*res iudicata, pro veritate habetur*”), confieren estabilidad y seguridad jurídica, al margen de la revisión constante a la que el monarca somete la legislación, esto es, la observancia se erige en un título que, de alguna forma, preserva el *statu quo*<sup>89</sup>. Sin embargo, la intensificación del recurso a la observancia como un producto de la interpretación del Fuero coincide con la consideración de las decisiones judiciales como precedentes, razón por la cual llegará un momento –desde la obra de Jaime de Hospital hasta la de Martín Díez de Aux– en el que las colecciones de observancias recogen, amén de las observancias *sensu stricto*, la jurisprudencia proveniente de la jurisdicción.

Aun cuando estas observancias carecen de valor oficial, su aplicación cotidiana, aunada al prestigio con el que contaron merced a la relevancia de sus autores, propiciarán que en la primera mitad del siglo XV (1428, Cortes de Teruel) el monarca Alfonso V encomiende al Justicia de la época, Martín Díez de Aux, auxiliado por seis letrados elegidos por éste y los diputados del Reino, la recopilación de los usos, observancias y actos de corte<sup>90</sup>. Tomando como punto de partida la obra precedente de Jaime de Hospital y, tras la consulta de un número

---

<sup>87</sup> Surge así una segunda acepción de la observancia, además de la de una forma de expresión del Fuero de Aragón, cual es la de Libros de observancias que las coleccionan y organizan. En este sentido, J. MORALES ARRIZABALAGA. *Op. Cit.* 2003, p. 149.

<sup>88</sup> Precisamente, en las Observancias de Pérez de Salanova se detectan dos grandes bloques: uno, el más extenso, comprensivo de las cuestiones judiciales; y el otro, declarativo de los derechos de los infanzones. Por su parte, como se ha señalado, en las Observancias de Jaime de Hospital se produce la concentración de los procesos que versan sobre la declaración de un privilegio que no se encuentra registrado ni en carta ni en documento alguno.

<sup>89</sup> J. MORALES ARRIZABALAGA. *Formulación y hermenéutica de la foralidad aragonesa (1247-1437)*, en Estudios de Derecho Aragonés. Cuadernos de cultura aragonesa. Zaragoza. 1994, pp. 152, 153.

<sup>90</sup> M.C. BAYOD LÓPEZ. *Op. Cit.* 2019, pp. 90, 97, 98.

considerable de juristas, en 1437 sale a la luz la nueva obra *Observancias y costumbres del reino de Aragón (Observantiae consuetudinesque regni Aragonum)*, redactada parcialmente en latín y en romance, que, si bien nunca fue promulgada, contó con un gran predicamento, toda vez que es el fruto de un encargo oficial con amplia y mayoritaria aplicación de manera ininterrumpida. Su estilo más elaborado y abstracto refuerza el protagonismo de la norma reguladora y su publicación lograría dos claras consecuencias<sup>91</sup>: por un lado, cerró el círculo del régimen jurídico de las observancias, pues no se publicaron otras posteriores, lo que llevaría a que fueran consideradas como las Observancias por excelencia; y, además, su mayor incidencia y empoderamiento, al alcanzar una autoridad superior a otras precedentes, hasta el punto de llegar a preponderar incluso sobre los fueros.

Es decir, que sería la fuerza de los hechos la que les atribuiría el valor real que en verdad tuvieron, aunque no lo fuera de manera oficial, pues su importancia y mérito interpretativo resultó indiscutible y clarividente, lo que se traduciría en la asimilación efectiva del derecho romano en la práctica judicial aragonesa gracias al culto observado en la interpretación de las normas aragonesas de los textos del derecho común por los lugartenientes del Justicia, si bien no fueran estos invocados en tal menester de manera explícita.

Su importancia resulta innegable, puesto que junto a los fueros y a los actos de corte integran el ordenamiento jurídico tradicional aragonés, como lo atestiguaría el hecho de que, al ser impresos junto con la colección de fueros, llegaran a alcanzar su mismo rango<sup>92</sup>, una hipótesis refrendada por la Disposición Final del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón<sup>93</sup> cuando deroga el Cuerpo legal de los Fueros y Observancias del Reino de Aragón<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> J.A. ESCUDERO LÓPEZ. *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas*. 4ª ed. Edisofer. Madrid. 2012, pp. 470, 471.

<sup>92</sup> J.I. LÓPEZ SUSÍN. *Op. Cit.* 2006, p. 276.

<sup>93</sup> Artículo 78.- *Desde que entre en vigor el presente Apéndice, quedará totalmente derogado el Cuerpo legal denominado "Fueros y Observancias del Reino de Aragón"*, en [http://www.reicaz.org/textosle/boe\\_rdec/19251207/19251207.htm#dispfin](http://www.reicaz.org/textosle/boe_rdec/19251207/19251207.htm#dispfin) (consultado con fecha 12/04/2020). Al respecto, M. ISÁBAL. "Sobre el Apéndice Foral Aragonés". *Revista de Derecho Privado*. Año XIII, n° 150. Madrid. 1926, pp. 83-92, en BIBLIOTECA VIRTUAL DE DERECHO ARAGONÉS (BIVIDA): <http://www.derechoaragones.es> (consultado con fecha 12/04/2020).

<sup>94</sup> Sobre la eficacia derogatoria del Apéndice Foral Aragonés respecto de la legislación foral anterior (Fueros y Observancias), podemos ver la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 24 de junio de 1929, en J. VALENZUELA LA ROSA.; J.J. SANCHO DRONDA. *El Apéndice Foral a través de la Jurisprudencia*. Anuario de Derecho Aragonés III. 1946, p. 448.

Así pues, podemos sostener que el pretendido rechazo combativo de los Fueros de Aragón al Derecho romano resultó morigerado gracias a la práctica jurídica consistente en la aplicación y consulta del instrumento jurídico de las Observancias. Fue tal su repercusión que, tras la aparición de las Observancias de Díez de Aux, el ordenamiento jurídico aragonés gravitaría en torno a dos ejes fundamentales, los Fueros de Aragón y las Observancias, a pesar de que en el orden de prelación de fuentes del siglo XV estas quedarán relegadas por el derecho local y los fueros y actos de cortes posteriores a 1437, si bien prevalecieran sobre los fueros de cortes anteriores a 1437 y posteriores al Código de Huesca, e, incluso, al propio Código de Huesca.

En todo caso, tampoco podemos sostener categóricamente que el “observador”, a pesar de su formación romanista, haya interpretado siempre y por sistema el derecho aragonés –el Fuero- en sentido romanista, pues, tiznado de una mentalidad tradicionalista, ha tratado de mantenerse fiel a la esencia foral<sup>95</sup>, opinión a la que nos adscribimos sin con ello abjurar y anatemizar el derecho romano. Y ahí es donde radica precisamente nuestra hipótesis y propuesta, basada en la complementariedad no excluyente de ambos ingredientes, en cuya virtud el derecho foral puede preservar su esencia con el auxilio y ayuda incomparable que aportó en su momento y sigue aportando en la actualidad el derecho romano, el ordenamiento jurídico sin parangón en cuanto al grado de desarrollo y perfección que nos ha brindado la historia y del que seguimos nutriéndonos por su utilidad, calidad y adaptabilidad en pleno siglo XXI.

### **IV.3. La Edad Moderna**

A partir de la Edad Moderna, cuando surge la noción propiamente de Estado, el derecho civil va a ir desligándose del derecho romano<sup>96</sup> y se identifica con el derecho de cada Estado o nación, fenómeno que se conoce como el de la nacionalización y privatización del derecho civil<sup>97</sup>.

Esta tendencia común en toda Europa también aplica al caso español, toda vez que, merced a la consolidación y pujanza del derecho castellano y fruto entre otras razones de la política unificadora de los Reyes Católicos, el derecho caste-

---

<sup>95</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Op. Cit.* 1989, p. 43.

<sup>96</sup> A. HERNÁNDEZ GIL. *El concepto de Derecho civil*. Obras Completas I. Madrid. 1987, pp. 285, 286.

<sup>97</sup> L. DÍEZ-PICAZO. *El sentido histórico del Derecho civil*. RGLJ, XXXIX. 1959, pp. 631-642.

llano tiende a deslindarse del derecho común, retomando el testigo de la iniciativa legislativa que en su día comenzara Alfonso X el Sabio, para finalmente consumarse en el siglo XVI la identificación entre el derecho castellano y el derecho regio. Un derecho real que resultará victorioso de su agria pugna con el derecho romano, tanto en el plano doctrinal, como judicial<sup>98</sup>. Será más adelante, en el siglo XVIII, cuando el derecho castellano se erige en el verdadero derecho nacional ante su amplia expansión territorial, junto al predominio político de Castilla, por contar con el terreno abonado que supone la recopilación de todo su derecho. En esta línea podemos destacar la influyente obra *Instituciones de Derecho civil de Castilla*<sup>99</sup> en la que se llega a identificar el derecho español con el derecho civil, con la consiguiente reprobación del derecho romano. Así pues, en el siglo XVIII el derecho castellano, ahora derecho español, pasa a convertirse en un verdadero derecho común<sup>100</sup>, de la misma manera que en la Baja Edad Media lo fue el derecho romano-canónico.

Tras la Guerra de Sucesión y los famosos Decretos de Nueva Planta, el derecho castellano asume un papel de derecho supletorio en los territorios adversos a Felipe V en la contienda, entre ellos Aragón, para el supuesto de lagunas o deficiencias de los derechos peculiares. A tal fin se esgrimen como argumentos justificativos<sup>101</sup>, no solo la innegable voluntad política centralizadora borbónica, sino también una pretendida aureola de superioridad del derecho castellano frente al resto de los derechos forales.

Concretamente y, por lo que respecta a Aragón, el siglo XVI representa la uniformidad del derecho aragonés, una vez que, a petición de los turolenses, desaparece el Fuero de Teruel y se produce su integración en los fueros generales para todo Aragón. A lo largo de los siglos XVI y XVII el ordenamiento jurídico aragonés trata con denuedo de preservar su derecho frente a la tendencia expansiva del derecho castellano, a cuyo fin afronta su renovación con la aprobación de nuevos fueros fruto de la actuación de consuno entre el Rey y las Cortes, así

---

<sup>98</sup> F. DE CASTRO Y BRAVO. *Derecho civil de España*. Civitas. Madrid. 1984, pp. 150-158.

<sup>99</sup> I. JORDÁN DE ASSO; M. DE MANUEL. Imp. Andrés de Sotos. Madrid, 1786, en BIBLIOTECA VIRTUAL DE DERECHO ARAGONÉS (BIVIDA): <http://www.derechoaragones.es> (consultado con fecha 16/04/2020).

<sup>100</sup> M. AMORÓS GUARDIOLA. *Dos etapas en la evolución histórica del Derecho civil*. Libro Homenaje a R.M. Roca Sastre Vol. 1. Madrid. 1976, p. 551.

<sup>101</sup> G. VICENTE Y GUERRERO. *Fundamentación jurídica de los decretos de conquista de 1707. La reacción de los juristas aragoneses: Diego Franco de Villalba y su crisis legal*. AHDE, tomo LXXXVI, 2016, pp. 351-383.

como al protagonismo de una costumbre pujante<sup>102</sup>, lo cual implicará una cierta saturación jurídica, un fenómeno aderezado con la confusión añadida en torno al problema de la jerarquía normativa.

En todo caso, las bases fundamentales del ordenamiento jurídico aragonés se agrupan en 1476 bajo el título de Fueros y Observancias del Reino de Aragón siguiendo un procedimiento cronológico (volumen viejo), que se verá posteriormente sustituido por otro de corte más sistemático<sup>103</sup> consagrado en una obra dividida en nueve libros de acuerdo al modelo del *Codex* de Justiniano (1552)<sup>104</sup>, edición reeditada en varias ocasiones a lo largo de los siglos XVI y XVII, con incorporación de fueros posteriores en orden cronológico, de tal manera que tanto los fueros derogados, cuanto los actos de corte a partir de 1554 se editan en volúmenes aparte, razón por la cual en las ediciones posteriores al año 1576 esta compilación incorpora los fueros promulgados en cortes y completará su denominación bajo el título de Fueros, Observancias y Actos de Corte.

Mención especial requiere la ciencia jurídica aragonesa durante los siglos XVI y XVII, que presenta varias perspectivas<sup>105</sup>: desde la que se encuadra en la práctica judicial, con un claro tinte consuetudinario afrancesado, nacionalista y antirromanista; hasta la conformada por los estudiantes o profesores formados en universidades itálicas o hispanas –entre ellas, las de Huesca y Zaragoza–, con clara tendencia romanista, sin que ello suponga abjurar del carácter popular propio del ordenamiento jurídico aragonés.

Fruto del ingenio, la ciencia jurídica aragonesa se nutre de ilustres juristas que estudian y analizan los fueros recurriendo, ya a la técnica del repertorio perentado por orden alfabético<sup>106</sup>, ya a la de la exégesis o comentario<sup>107</sup>, o bien al

---

<sup>102</sup> Se establece el siguiente orden de prelación: la costumbre en todas sus formas (*praeter, secundum, contra legem*); los fueros y actos de cortes posteriores a 1437, según el orden cronológico; las Observancias de Díez de Aux, si no contravienen los fueros; los fueros y actos de corte entre 1247-1437, según preferencia cronológica; los Fueros de Aragón de 1247; y, por fin, el sentido natural y la equidad.

<sup>103</sup> J.A. ESCUDERO LÓPEZ. *Op. Cit.* 2012, p. 692.

<sup>104</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Op. Cit.* 1970, pp. 381, 383.

<sup>105</sup> M. ALONSO Y LAMBÁN. *Apuntes sobre juristas aragoneses de los siglos XVI y XVII*. Anuario de Historia del Derecho español XXXIII. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid. 1963, pp. 40 y ss., en BIBLIOTECA VIRTUAL DE DERECHO ARAGONÉS (BIVIDA): <http://www.derechoaragones.es> (consultado con fecha 18/04/2020).

<sup>106</sup> Destacan sobremanera en esta faceta durante el siglo XVI autores como Miguel del Molino y Jerónimo Portolés.

<sup>107</sup> Mencionamos en este apartado a Juan Ibando de Bardaxí y a Franco de Villalba.

instrumento del manual<sup>108</sup>, sin poder pasar por alto tampoco los aportes efectuados por la colección y el comentario de las decisiones judiciales<sup>109</sup>.

#### IV.4. La codificación

Tras la Guerra de Sucesión y los Decretos de Nueva Planta (inicios del siglo XVIII), Aragón pierde su capacidad legislativa y la potencialidad de evolucionar, motivo por el cual el derecho aragonés solo podrá aspirar a su mera conservación, cual reliquia o antigualla excepcional<sup>110</sup>, lo que, por añadidura, le privará de su facultad de autointegración y le empujará a recurrir ineludiblemente al derecho castellano, en calidad de supletorio<sup>111</sup>, capaz de renovarse y adaptarse por sí mismo a la realidad, con una consecuencia irreversible: su pretendida supletoriedad deja de operar a través de un sistema de heterointegración a partir de los principios del derecho aragonés, con la aplicación prácticamente directa del derecho supletorio (derecho castellano inicialmente, código civil después)<sup>112</sup>, cuyo objetivo último anhela la unidad del derecho civil español.

Llegados a este punto, podemos sostener que cuando comienza el proceso codificador, a finales del siglo XVIII e inicios del XIX, se ha consumado la fusión del derecho civil con el derecho de cada Estado<sup>113</sup> –proceso de nacionalización del derecho privado<sup>114</sup>–, lo que permitirá explicar la conexión estrecha entre el derecho civil y el contenido de los códigos civiles. Tal circunstancia repercutirá, sin lugar a dudas, en las relaciones de los ordenamientos jurídicos codificados con el derecho romano.

Así es, en Francia el estudio del derecho romano entra en crisis con la apa-

---

<sup>108</sup> Dignos de consideración tenemos en cuenta en este terreno a Jerónimo Martel (derecho público); Portolés y Andrés Serveto de Aninón (derecho privado); Pedro Molinos, Miguel Ferrer, Juan Francisco La Ripa (derecho procesal); Cuenca y Niño Español (derecho mercantil).

<sup>109</sup> Entre ellos resaltamos la aportación de Martín Monter de la Cueva (siglo XVI), José Sessé y Piñol y Juan Crisóstomo de Vargas Machuca (estos dos últimos en el siglo XVII).

<sup>110</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Op. Cit.* 2012, p. 61.

<sup>111</sup> Sobre las relaciones entre el Código civil como supletorio y los demás derechos nacionales, E. ROCA Y TRÍAS. *El Código civil como supletorio de los Derechos nacionales españoles*. Anuario de Derecho Civil. 1978, 2, p. 258.

<sup>112</sup> M.C. BAYOD LÓPEZ. *Op. Cit.* 2019, p. 127.

<sup>113</sup> C. ROGEL VIDE. *Derecho civil. Método y Concepto*. Reus. Madrid. 2010, pp. 175-196.

<sup>114</sup> R. ZIMMERMANN. *Estudios de Derecho privado europeo*. Civitas. Madrid. 2000, p. 26.

rición del *Code*, en la medida que se instaura un derecho basado en la legalidad frente al derecho de corte jurisprudencial romano que interpretaba la tradición según la realidad social<sup>115</sup>; por el contrario, en Alemania y, merced al influjo del genio jurídico de Savigny<sup>116</sup>, se impulsa el estudio del derecho romano a los fines de diseñar a partir de las fuentes romanas una dogmática del derecho privado, lográndose a través del movimiento de la Pandectística<sup>117</sup> una de las grandes paradojas de la historia del derecho privado moderno<sup>118</sup>, cual es que, si bien el Código civil alemán (BGB), formal y categóricamente pondría fin a la vigencia del derecho romano en Alemania, sin embargo, su contenido, impregnado de romanismo gracias a las construcciones abstractas elaboradas<sup>119</sup> entre otros por B.

---

<sup>115</sup> J. PARICIO SERRANO; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *Historia del derecho romano y su recepción europea*. Marcial Pons. Madrid. 2017, p. 180.

<sup>116</sup> R. ZIMMERMANN. *Op. Cit.* 2010, pp. 19-26.

<sup>117</sup> La Escuela histórica alemana se divide en dos grupos netamente diferenciados: por un lado, el ala romanista, liderada por Savigny; y por otro, la de los germanistas, cuyos seguidores consideraban que el derecho romano era un derecho extranjero que había desvirtuado y menoscabado el desarrollo del propio derecho germánico. El ala romanista presenta, por su lado, dos visiones que expresan la doble perspectiva que Savigny concibe del derecho romano basada en el binomio historia-dogma: una visión netamente histórica; y otra más dogmática, la Pandectística o Escuela histórica moderna, orientada a la aplicación práctica de sus normas. Al respecto, A. TORRENT RUIZ. *La Pandectística del siglo XIX, último gran andamiaje teórico de los fundamentos del derecho europeo*, en SDHI 81. 2015, pp. 469-514; R. BERNAD MAINAR. *La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno*. RIDROM n° 17, octubre de 2016, pp. 1-80.

<sup>118</sup> J. PARICIO SERRANO; A. FERNÁNDEZ BARREIRO. *Op. Cit.* 2017, p. 181.

<sup>119</sup> La vertiente dogmática de la Escuela histórica del derecho (pandectística o jurisprudencia de conceptos) encomienda al jurista la elaboración dogmática de un sistema de derecho privado integrado por construcciones jurídicas abstractas adaptadas a su tiempo sobre la base de las fuentes romanas justinianas, lo que propiciará un punto de encuentro entre romanistas y germanistas al entender que la enseñanza del derecho debe ir dirigida al estudio del derecho positivo nacional impregnado de elementos romanos.

Este movimiento reconducirá el derecho romano a una estructura dogmática a través del método inductivo, al construir con la supuesta argamasa de las fuentes justinianas unos conceptos propios, ajenos en puridad al derecho de Justiniano, si bien no incompatibles con él. Merced a esta labor, la codificación alemana integrará el derecho romano y el derecho germánico, de tal manera que su fruto máspreciado, el BGB, alcanzó una autoridad incuestionable y se convirtió en el canal privilegiado de irradiación de la cultura jurídica europea, con una contribución apodíctica a la dogmática moderna, tal como se corrobora, entre otros aportes, con la teoría del negocio jurídico, eximia obra de ingeniería jurídica y, sin lugar a dudas, una de las señas de identidad por antonomasia del derecho privado de nuestros días en la familia del *civil law*.

En tal sentido, B. WINDSCHEID. *Tratado de Derecho civil alemán*. Tomo I. Volumen I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1987; H.P. HAFERKAMP. *Geor Friedrich Puchta und die begriffsjurisprudenz*. Frankfurt a.M., 2004; G. MARINI. *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*. Giuffrè. Milano, 1960.

Windscheid, G. Hugo y G.F. Puchta, produciría el tránsito de un derecho romano no vigente a un incuestionable derecho romano vivo.

En efecto, la Pandectística, representante de la vanguardia de la ciencia jurídica alemana, cuenta entre sus logros con el hecho de que, agotada tras la promulgación de los primeros códigos iusnaturalistas la función tradicional del derecho romano, este volviera al centro del estudio y de la investigación, para consumarse, así, el tercer reencuentro del derecho romano a lo largo de la historia<sup>120</sup>, después del acaecido en el mundo antiguo con la civilización romana y, más tarde, el operado durante la Baja Edad Media por medio de los glosadores y posglosadores en las universidades italianas.

En lo que respecta a España, el Proyecto de 1851 de García Goyena fracasa, entre otras razones, por su afrancesamiento exacerbado y por el supuesto irrespeto a los derechos forales<sup>121</sup>, aspectos que se corregirán en la Ley de Bases de 1888<sup>122</sup> que, como su nombre indica, constituirá el asiento del futuro Código civil de 1889.

En lo concerniente a Aragón, podemos señalar que el sector jurídico autóctono no expresó su oposición foralista, sino que participó más bien del ideal codificador<sup>123</sup> y abogó por un código civil unificador que derogara los fueros aragoneses, al mismo tiempo que, sin ningún tipo de menosprecio y de renuncia, optara por respetar, junto con el de las demás regiones, el derecho civil aragonés<sup>124</sup>, ciertamente reputado y dotado de una aureola de superioridad en algunos aspectos. Por ello, desde Aragón se manifestó la adhesión al anhelado Código civil, aun a costa de la pérdida de algunas de sus peculiaridades, siempre que en

---

<sup>120</sup> R. ZIMMERMANN. *Op. Cit.* 2000, pp. 26, 27.

<sup>121</sup> J.L. LACRUZ BERDEJO. *Las Concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del Código civil*. Estudios de Derecho privado común y foral I. Boch. Barcelona. 1992, pp. 6-7.

<sup>122</sup> En virtud de su artículo 5, “*las provincias y territorios en que subsiste el Derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá solo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales*”. Información obtenida en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1888-3236> (consultado con fecha 26/04/2020).

<sup>123</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Comentario al artículo 1 de la Compilación aragonesa, en Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*. Tomo I (dir. J.L. Lacruz Berdejo). Diputación General de Aragón. Zaragoza. 1988, pp. 99 y ss.

<sup>124</sup> SAVALL Y DRONDA, P.; PENÉN DEBESA, S. *Discurso Preliminar*, en *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*. Zaragoza. 1866, p. 171 (ed. facsímil 1991, dir. J. Delgado Echeverría).

aquel se incluyera el denominado núcleo duro del derecho aragonés<sup>125</sup>, conformado por el derecho de viudedad, la junta de parientes, las capitulaciones matrimoniales y el régimen jurídico sucesorio.

Aprobado el Código civil, si bien este no comprendiera todo el derecho civil en vigor de aquel entonces en España, conserva en su integridad y “por el momento” los derechos forales, incluido el aragonés, bajo la promesa de la futura elaboración y aprobación de la fórmula de unos Apéndices del Código civil contentivos de las instituciones forales convenientes por conservar en cada uno de los territorios donde existen<sup>126</sup>. En una prueba más del carácter identitario que el derecho representa para Aragón, será el único territorio foral que dará cumplida cuenta de la encomienda realizada con la aprobación del Apéndice de 1925<sup>127</sup>. Con ello se produce la evidente paradoja por la que, en tanto que con la aprobación del Código civil comienza este su aplicación en Aragón, a salvo de las materias civiles reguladas en los Fueros y Observancias, sin embargo, el Apéndice de 1925 introdujo una disposición derogatoria en la que resultaba derogado el Cuerpo de Fueros y Observancias del Reino de Aragón<sup>128</sup>, de tal suerte que el derecho aragonés se redujo al contenido del Apéndice hasta el punto que, carente ahora de un sistema de fuentes, irrumpe como un derecho de carácter excepcional<sup>129</sup>, que precisará recurrir al Código civil como instrumento de integración para superar sus lagunas, lo que le conferirá a este la cualidad de un verdadero *ius commune*<sup>130</sup>.

---

<sup>125</sup> Al respecto, J. COSTA. *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*. Imp. Revista de Legislación. Madrid. 1883, en BIBLIOTECA VIRTUAL DE DERECHO ARAGONÉS (BIVIDA): <http://www.derechoaragones.es> (consultado con fecha 26/04/2020).

<sup>126</sup> Artículos 6º y 7º de la Ley de Bases de 1888. Información obtenida en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1888-3236> (consultado con fecha 26/04/2020).

<sup>127</sup> En torno al Apéndice aragonés de 1925 y sus respectivos Proyectos, J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón (1880-1925)*. Tomos I y II. Institución “Fernando el Católico” (IFC). Diputación de Zaragoza. Zaragoza, 2005. Sobre la valoración controvertida que suscita el Apéndice al Código civil de 1925, J.L. MOREU BALLONGA. *El apéndice foral aragonés de 1925 y encrucijadas del Derecho civil y de la cuestión territorial en España*, Ius fugit: Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos nº 15. 2007-2008, pp. 81-24.

<sup>128</sup> Artículo 78 del Apéndice de 1925, en [http://www.reicaz.org/textosle/boe\\_rdec/19251207/19251207.htm#dispin](http://www.reicaz.org/textosle/boe_rdec/19251207/19251207.htm#dispin) (consultado con fecha 26/04/2020).

<sup>129</sup> En efecto, el artículo 1 del Apéndice rezaba del siguiente tenor: “Según está preceptuado por los artículos 12 y 13 del Código civil, las disposiciones forales del presente Apéndice regirán en Aragón, no obstante lo establecido en aquella ley común acerca de los respectivos casos y asuntos”, en [http://www.reicaz.org/textosle/boe\\_rdec/19251207/19251207.htm#art01](http://www.reicaz.org/textosle/boe_rdec/19251207/19251207.htm#art01) (consultado con fecha 26/04/2020).

<sup>130</sup> J.A. SERRANO GARCÍA. *Apuntes sobre la codificación del Derecho civil aragonés*, en Azpilcueta, Cuadernos de Derecho nº 12, Donostia. 1998, p. 101.

Haciendo, pues, un balance de conjunto a propósito de la vigencia positiva del derecho romano tras la codificación civil europea, si bien se instaure un nuevo sistema de fuentes que deroga los textos romanos vigentes, sin embargo, las nuevas leyes que los sustituyen –Códigos civiles– toman de aquellos textos el sistema, la teoría jurídica de base<sup>131</sup>, no solo en sus líneas generales, sino incluso también en el detalle, sin con ello renegar de las modificaciones y añadidos producidos<sup>132</sup>, de tal forma que tradicionalmente se ha considerado que el derecho romano constituye la verdadera base y osamenta del derecho civil codificado de la Europa occidental<sup>133</sup>.

En todo caso, sin menospreciar el valor de la codificación en el devenir del derecho, puesto que incluso la misma noción *in genere* de Código se asocia con la idea de completitud, si partimos de que la esencia misma de la historia del derecho consiste en modificar y añadir lo existente, debemos objetivar y relativizar la relevancia del proceso codificador con relación al legado jurídico europeo preexistente de más de veintitrés siglos de experiencia, para entender que no constituye una era completamente nueva en la historia del derecho europeo<sup>134</sup>, sino que más bien “... *no será otra cosa sino un punto en el desarrollo histórico, concebible como algo más que una ondulación en la corriente, pero no más que una ola en la corriente*”<sup>135</sup>.

Y es que el movimiento codificador europeo ordena la tradición jurídica anterior<sup>136</sup>, lo que permite fusionar la tradición romanística con las derivaciones de los derechos nacionales, circunstancia que propiciará no solo la difusión de la cultura jurídica europea, sino también el encuentro de los derechos europeos.

---

<sup>131</sup> P. KOSCHAKER. *Europa und das Römische Recht*. Beck. Munich. 1966, p. 292.

<sup>132</sup> C.A. CANNATA. *Corso di Istituzioni di diritto romano*(I). Giappichelli. Torino. 2001, p. 11.

<sup>133</sup> A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ. *Fundamentos de Derecho Romano*. Centro de Estudios Financieros S.L. Madrid. 2011, p. 15.

<sup>134</sup> R. ZIMMERMANN. *Codification: History and Present Significance of an Idea*. *European Review Private Law*. Vol. 3. 1995, pp. 95 y ss., en R. ZIMMERMANN. *Op. Cit.* 2000, p. 36.

<sup>135</sup> B. WINDSCHEID, en ZIMMERMANN, R. *Europa y el Derecho romano*. Marcial Pons. Madrid. 2009, p. 51, nota al pie n° 37.

<sup>136</sup> PARICIO SERRANO, J.; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *Op. Cit.* 2014, p. 246.

A nuestro juicio, y no sin preterir la controversia<sup>137</sup>, la codificación no resulta el último respiro en la vigencia del derecho romano; a lo sumo, sería el último estertor de su segunda vida de aplicación directa<sup>138</sup>, razón por la cual hablamos de una continuidad lineal<sup>139</sup>, un tanto *sui generis*, de tal manera que la pérdida de su vigencia desde la caída del Imperio romano no implica en modo alguno la renuncia a su condición de derecho vivo, en la medida que a lo largo de la historia se ha inculcado en gran cantidad de ordenamientos jurídicos, hasta el punto de haberse delineado sobre su eje la familia romano-germánica del derecho<sup>140</sup>. En suma, la codificación, ni supone el punto final del *Ius commune*, ni la desactualización del derecho romano; más bien al contrario, pues, si bien cada país contará tras la codificación con su propio derecho nacional, el *Ius commune* logrará penetrar en buena parte de ellos, de tal manera que habrá de convertirse en la verdadera columna vertebral del derecho privado moderno.

## V. EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS: PERFECTA SÍNTESIS, GENUINA PECULIARIDAD

A partir de lo señalado con anterioridad, podemos afirmar que, tanto la presencia previa del Apéndice de 1925, cuanto la existencia de un Seminario *ad hoc*, autor de varios informes, individualizarían el proceso de gestación de la Compilación aragonesa de 1967 con relación al resto de las Compilaciones (País Vasco, Cataluña, Galicia, Baleares y Navarra), una prueba más que apunta a la singularidad del derecho aragonés y sus instrumentos normativos.

En efecto, la Compilación aragonesa de 1967 va más allá de la mera revisión del Apéndice, al presentar una nueva concepción en la codificación del derecho aragonés, mediante la adaptación de las leyes y costumbres tradicionales

---

<sup>137</sup> Frente a quienes responden afirmativamente en tal sentido, así A. TORRENT RUIZ. *Fundamentos del Derecho europeo (Derecho romano-Ciencia del derecho-Derecho europeo)*. Edisofer. Madrid. 2007, pp. 125 y 126, los hay que niegan tal atribución por las diferencias que detectan entre ambos elementos comparativos, no obstante reconocer algunas afinidades destacables, tal cual sucede con A. CANNATA. *Il diritto europeo e le codificazioni moderne*. SDHI n° 56. 1990, pp. 310-312.

<sup>138</sup> R. ZIMMERMANN. *Op. Cit.* 2010, p. 22.

<sup>139</sup> A. TORRENT RUIZ. *Op. Cit.* 2007, pp. 331, 332; A. MANTELLO. *Ancora sulle Smanie "romanistiche"*. Labeo48 n° 1. 2002, p. 16.

<sup>140</sup> K. ZWEIGERT; H. KÖTZ. *Introducción al derecho comparado*. Oxford University Press. México. 2002, pp. 83 y ss., 144 y ss.

a los nuevos tiempos, pero sin renunciar con ello a su espíritu genuino, puesto que, entre otros aspectos, permanece el mismo régimen de fuentes característico del ordenamiento civil aragonés y subsisten los principios fundamentales que lo informan<sup>141</sup>.

De ahí que alcanza una perfecta síntesis y logra un justo equilibrio entre su original carácter popular<sup>142</sup> y la alta calidad técnica y literaria que atesora, aderezada con una redacción muy depurada<sup>143</sup>, junto a una sobriedad del lenguaje tal que, en un dechado de concisión, precisión y eficacia, logra con lo menos decir lo más, a la vez que abarcar el mayor número de casos y supuestos. Además, constituye un verdadero sistema de derecho civil con fuentes propias y unos principios generales que cuentan con la potencialidad de integrar las normas aragonesas<sup>144</sup>, de tal manera que el Código civil resulta relegado en calidad de derecho supletorio, solo aplicable en defecto de norma aragonesa.

La flamante Compilación supone una nueva etapa en la historia del derecho aragonés y, entre sus logros<sup>145</sup>, cabe destacar que lo reelabora y reformula: rescata alguna institución jurídica silenciada por el Apéndice de 1925 –consorcio foral–; rectifica o modifica el régimen jurídico de algunas instituciones –testamento mancomunado, relaciones de vecindad–; desarrolla instituciones insuficientemente reguladas –junta de parientes, comunidad conyugal continuada, fiducia sucesoria, sucesión contractual–; así como actualiza algunos aspectos bien significativos (el régimen económico conyugal, incluida la posición jurídica de la mujer en el mismo, el derecho de viudedad, el tratamiento sucesorio de los hijos naturales e, incluso, el respeto al principio de troncalidad en el régimen de la sucesión intestada).

Fruto de estas novedades, rescates y desarrollos, el resultado se caracteriza por su peculiaridad, traducida en soluciones más sencillas y expeditas<sup>146</sup>, a partir de su propio contenido<sup>147</sup>, en el que destacan algunos aspectos, entre ellos los

---

<sup>141</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS. *Op. Cit.* 1967, pp. 36-38.

<sup>142</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Op. Cit.* 1977, p. 213; J. CASTÁN TOBEÑAS. *Op. Cit.* 1967, p. 18.

<sup>143</sup> M.C. BAYOD LÓPEZ. *Op. Cit.* 2019, p. 166.

<sup>144</sup> M.C. BAYOD LÓPEZ. *Op. Cit.* 2019, p. 218.

<sup>145</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS. *Op. Cit.* 1967, pp. 39 y ss.

<sup>146</sup> J.L. MERINO HERNÁNDEZ. *El Derecho Aragonés*. Revista En Aragón nº 1. Diciembre, 1992, pp. 12 y 13.

<sup>147</sup> J.A. SERRANO GARCÍA. *Panorámica del Derecho civil aragonés*. Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón. Año XXXI, nº 123. Octubre 1991, pp. 74 y ss.

que siguen<sup>148</sup>: a partir de los catorce años, los jóvenes aragoneses cuentan con una situación legal muy similar a la de los mayores, de tal modo que en muchas ocasiones pueden actuar por sí solos sin requerir de autorización; la libre administración del mayor de catorce años que con el beneplácito de sus padres vive independientemente de ellos; el acceso a la mayoría de edad por haber contraído matrimonio; el ejercicio de la autoridad familiar a cargo de abuelos o hermanos mayores; la contemplación de las parejas no casadas o, incluso, los segundos matrimonios de personas divorciadas; la actuación rápida y sencilla de la junta de parientes como alternativa a la intervención judicial; las servidumbres de luces y vistas; los pactos económicos del matrimonio –capítulos matrimoniales–, que pueden regular incluso aspectos relacionados con la sucesión; así como la enjundia que ofrece el derecho hereditario (testamento mancomunado, usufructo viudal universal, derecho expectante de viudedad, pactos sucesorios, legítima colectiva, sucesión intestada, beneficio legal de inventario, por ejemplo), que se ve tanto enriquecido, como complicado por la incidencia de instituciones jurídicas conexas tales como la troncalidad, la fiducia, el consorcio foral, la reversión de donaciones, las ventajas forales, o el mismo derecho de abolorio.

Todo ello nos muestra un derecho singular, autóctono y original<sup>149</sup>, que forma parte de la esencia de los aragoneses, en la medida que resulta conocido y aplicado en asuntos decisivos en la vida de las personas, porque así se ha hecho por padres y ascendientes desde siempre<sup>150</sup>, lo que permite señalar que el aragonés medio conoce más y mejor su derecho propio que los sujetos al Código civil o a otras legislaciones forales conocen el suyo<sup>151</sup>; basado en el personalismo exclusivo que otorga la vecindad civil aragonesa<sup>152</sup>; con una inspiración y desarrollo de corte popular, dotado a su vez de un profundo sentido social<sup>153</sup>; y construido sobre un amplio contenido<sup>154</sup> (derecho de la persona y de la familia, derecho de la sucesión por causa de muerte, derecho de bienes, derecho de obligaciones).

Si bien es cierto que algunas soluciones ya son coincidentes con las del

---

<sup>148</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Op. Cit.* 1977, pp. 227-229.

<sup>149</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS. *Op. Cit.* 1967, p. 19.

<sup>150</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA. *El Derecho*, en *Aragón ante el siglo XXI*. Ibercaja. Obra Social y Cultural. Zaragoza. 2002, p. 30.

<sup>151</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Op. Cit.* 1985, p. 93.

<sup>152</sup> J.L. MERINO HERNÁNDEZ. *Op. Cit.* 1978, p. 18.

<sup>153</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS. *Op. Cit.* 1967, p. 26.

<sup>154</sup> J.L. MERINO HERNÁNDEZ. *Op. Cit.* 1978, p. 14.

Código civil, o con el resto de las legislaciones forales, hay que señalar que buena parte de esas coincidencias lo han sido a través del modelo ejercido e instaurado por el derecho aragonés. Y es que, hasta este momento de convergencia natural y progresivo, el derecho foral aragonés se ha mostrado y lo sigue siendo un derecho de vanguardia, como lo demuestra el mayor protagonismo jurídico tradicional ejercido por la mujer en la vida familiar<sup>155</sup>, tanto en el ámbito de la autoridad familiar, como en el de la prestación del consentimiento en la administración y disposición de bienes –codisposición-, superando con ello una concepción atávica de su status jurídico, que reafirmaba su incapacidad, sustituida por otra más novedosa que presenta una percepción comunitaria que sustenta la vida familiar.

Además, gracias al influjo de la Compilación aragonesa, junto a la navarra, se reforma el Título preliminar del Código civil, en cuya virtud se rediseñará una nueva relación entre el derecho común y los derechos forales, superadora del viejo esquema claudicante, excepcional y de privilegio, para abanderar el pleno respeto a estos por parte del Código civil, que ahora funge como supletorio en sus territorios y que, a mayor abundamiento, mantiene el sistema de fuentes de los derechos forales al expresar que la mencionada reforma del Título preliminar del Código “*no altera lo regulado en las Compilaciones de los Derechos especiales o forales*”<sup>156</sup>, un planteamiento que constituirá el punto de partida en la Constitución de 1978 en lo concerniente a la regulación de los distintos derechos civiles coexistentes en España, tal como se reflejará propiamente en el artículo 149.1.8º del texto constitucional, y que originará, de alguna forma, el debilitamiento del Código civil como centro de gravedad sobre el que giraba el sistema de derecho civil español<sup>157</sup> ante la pluralidad legislativa instaurada en materia civil.

Tras la entrada en vigor de nuestra Carta Magna, el Tribunal Constitucional aclaró suficientemente el tenor del artículo 149.1.8º, en torno a la competencia legislativa autonómica para la “*conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales*”<sup>158</sup>, de tal manera que con ello se valida la facultad de los derechos forales para, no solo conservar y modificar lo ya existente, sino también desarrollar su contenido mediante la regulación de materias inexistentes, siempre que se trate de instituciones conexas con las ya reguladas.

---

<sup>155</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Op. Cit.* 1985, pp. 93, 94, 226.

<sup>156</sup> Tenor del artículo 2 del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, de reforma del Título preliminar del Código civil.

<sup>157</sup> M.C. BAYOD LÓPEZ. *Op. Cit.* 2019, pp. 229, 230.

<sup>158</sup> STC 881/1993, de 12 de marzo.

Tras el pronunciamiento del Alto Tribunal se abre el ciclo del ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas de las competencias legislativas en lo que al derecho civil foral respecta, detectándose un diferente ritmo, intensidad y método en dicho ejercicio entre los distintos territorios de derecho foral o especial. Concretamente, en lo que a Aragón concierne el proceso arranca en 1985 y concluye, hasta el momento, en 2011 con el Código del Derecho Foral de Aragón<sup>159</sup>.

El Código Foral constituye el resultado de recoger y configurar sistemáticamente<sup>160</sup>, con una factura propia de nuestro tiempo, un cuerpo legal contentivo de todas las normas legales del derecho civil aragonés, siguiendo casi en su totalidad el orden expositivo de las materias contemplado en la Compilación de 1967. El esqueleto del nuevo texto se articula a partir de tres aspectos fundamentales, que le siguen confiriendo un carácter genuino e identitario<sup>161</sup>: a) la competencia exclusiva y excluyente a cargo de las Cortes de Aragón sobre la materia de derecho civil, de acuerdo a lo establecido en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía; b) el gobierno de la convivencia de los aragoneses conforme al principio de la libertad civil<sup>162</sup> (*standum est chartae*), tanto en la familia como en las sucesiones, antes que por normas imperativas y prohibitivas, erigiéndose la persona en su virtud centro del derecho, que gobierna libremente su vida y la de su familia por encima de cualquier poder; y c) la cohesión familiar y la protección de “*la casa*” como unidad económica precisa de protección para las generaciones sucesivas, que fundamentará instituciones tales como el usufructo universal, la legítima colectiva, el testamento mancomunado, o el derecho de abolorio.

---

<sup>159</sup> En tal recorrido señalamos como hitos relevantes: reforma sobre equiparación de los hijos adoptivos (1988); sobre sucesión intestada (1995); Ley relativa a parejas estables no casadas (1999); LSCM (1999); LREMV (2003); LDP (2006); LDCE (2010).

<sup>160</sup> Los 599 artículos del Código se distribuyen en cuatro Libros (Derecho de la persona; de la familia; de sucesiones por causa de muerte; patrimonial) y un Título Preliminar (las normas en el Derecho Civil de Aragón). Los Libros, a su vez, se dividen en Títulos, Capítulos, Secciones y Subsecciones.

<sup>161</sup> *Introducción y antecedentes históricos del Código de Derecho Foral de Aragón*. Gobierno de Aragón. Departamento de Presidencia y Justicia. Zaragoza. 2013, pp. 71, 72, en BIBLIOTECA VIRTUAL DE DERECHO ARAGONÉS (BIVIDA): <http://www.derechoaragones.es> (consultado con fecha 3/05/2020).

<sup>162</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Op. Cit.* 1977, pp. 59, 60.

## VI. SUPERACIÓN DE UNA PRETENDIDA DIALÉCTICA DISYUNTIVA Y EXCLUYENTE ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

Aun cuando la pronta redacción de la Compilación de Huesca pudiera ser la raíz de la oposición que en Aragón se presentó a la recepción del derecho romano-canónico, hasta el punto de rechazar la aplicación de las leyes romanas por no estar los aragoneses sujetos al poder de Roma, no podemos obviar que el derecho romano, si bien no se utilizara como ley aplicable, tuvo en Aragón la consideración de razón escrita, circunstancia que le otorgaría una incidencia nada desdeñable y una penetración más que profunda<sup>163</sup>, pues, no en vano, en las universidades no será otro el derecho enseñado y, por ende, resultará a la postre el único conocido y aprendido por los juristas. Tal situación, paradójica cuando menos, permite vislumbrar una cierta pugnacidad entre el derecho popular, por un lado, y el derecho erudito, por otro<sup>164</sup>.

Si a ello añadimos que en las Observancias calará con fuerza el romanismo, merced a la labor de los juristas eruditos, podemos concluir que, en su virtud, el derecho romano-canónico incidirá de forma importante en el derecho aragonés<sup>165</sup>, toda vez que, aun a pesar de carecer aquellas de un valor oficial por no haber sido promulgadas, su prestigio y aplicación en la práctica les concederá un rango relevante en la trayectoria y recorrido del ordenamiento jurídico aragonés<sup>166</sup>.

Por lo tanto, a nuestro juicio, no resulta aventurado sostener que el derecho aragonés actual es el fruto de una trayectoria y evolución histórica en la que la incidencia romano-canónica constituye un ingrediente digno de consideración, lo que nos lleva a defender una relación no excluyente, sino más bien simbiótica, entre el derecho romano y el derecho civil aragonés.

Para constatar y dar fuerza al planteamiento apuntado, estableceremos, por un lado, una comparación de algunos de los caracteres que han venido informando históricamente, tanto al derecho romano como al derecho civil aragonés, al objeto de entretejer las debidas conexiones; y en un segundo apartado procederemos a revisar algunas instituciones jurídicas representativas de ambos ordenamientos jurídicos a los fines de señalar concomitancias y divergencias.

---

<sup>163</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Op. Cit.* 1977, p. 213.

<sup>164</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS. *Op. Cit.* 1967, pp. 18, 19.

<sup>165</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS. *Op. Cit.* 1967, p. 19.

<sup>166</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Op. Cit.* 1977, p. 214.

Así pues, comenzaremos por subrayar algunas de las notas características que han acompañado tradicionalmente al derecho romano y las pondremos en conexión con las propias del derecho civil aragonés:

a) El *civis romanus* sintió pasión por el derecho, puesto que Roma halló en el derecho un aliado de excepción en la solución de los problemas cuando se planteaban; en la misma medida, Aragón cuenta entre sus sellos de identidad el derecho, pues como es bien sabido, en palabras de Joaquín Costa, “*Aragón no se define por la guerra sino por el Derecho: todo él es una Academia de Jurisprudencia...*”<sup>167</sup>.

b) Tanto en Roma como en Aragón la tradición cuenta con una importancia significativa, lo que en el ámbito del derecho se traduce en el respeto y observancia de la costumbre. Ambos ordenamientos jurídicos se han nutrido del derecho consuetudinario: el derecho romano recogió las costumbres de los antepasados en la emblemática Ley de las XII Tablas<sup>168</sup>, en tanto que el derecho aragonés procede directa o indirectamente de la costumbre<sup>169</sup>, hasta el extremo de conservar en la actualidad la costumbre como fuente jurídica<sup>170</sup> y ser esta, en muchas ocasiones, el germen de muchas de las instituciones jurídicas reguladas<sup>171</sup>.

c) Sistema orgánico. Tanto el derecho romano como el derecho aragonés constituyen un sistema orgánico y completo en lo que al derecho privado se refiere, aun cuando este último se centre principalmente en el ámbito de la familia y de las sucesiones<sup>172</sup>.

d) Derecho privado. Si bien el ámbito de actuación del derecho romano se proyecta también al derecho público<sup>173</sup>, lo cierto es que su mayor protagonismo lo adquiere el derecho privado (personas, familia, patrimonio, sucesiones), al igual que sucede tradicionalmente en el derecho aragonés.

---

<sup>167</sup> J. COSTA MARTÍNEZ. *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*. Guara Editorial. Zaragoza. 1981, pp. 64, 65.

<sup>168</sup> F. SCHULZ. *Principios del Derecho Romano*. Civitas. Madrid. 2000, pp. 107-111.

<sup>169</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Op. Cit.* 1977, p. 224.

<sup>170</sup> Artículo 2 del CDFR. Al respecto, A.A.V.V. *Op. Cit.* 2012, pp. 84-88.

<sup>171</sup> Sobre la costumbre como germen de la legislación, R. BERNAD MAINAR. *Junta de parientes o autorización judicial: ex auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 29 de octubre de 1992*. Revista de Derecho Civil Aragonés. Año nº 1, Nº 1. 1995, pp. 137 y ss.

<sup>172</sup> J. LORENTE SANZ; L. MARTÍN-BALLESTERO. *La norma en el ordenamiento jurídico aragonés*. Consejo de Estudios de Derecho Aragonés. Zaragoza. 1944, pp. 41-45.

<sup>173</sup> A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho Público Romano*. Dykinson. Navarra, 2019.

e) Libertad individual y libertad civil. Roma consagra el principio de libertad del individuo como antídoto frente a la arbitrariedad del poder público<sup>174</sup>, y así establece en su sistema jurídico un engarce que gravita en torno al trípode integrado por el individuo, la libertad y el derecho privado<sup>175</sup>.

Por su lado, en el derecho aragonés la libertad individual encuentra acogida en el famoso adagio *standum est chartae*<sup>176</sup>, expresión de la soberanía popular<sup>177</sup> y principio informador por antonomasia del ordenamiento jurídico aragonés, cuya interpretación ha planteado controversia<sup>178</sup>, hasta el punto de llegar a plantear que la finalidad prioritaria del aforismo sería ejercer de freno frente a la aplicación sistemática del derecho romano (en su cualidad de razón escrita) por parte de los jueces<sup>179</sup>. En todo caso, la reverencia que el derecho aragonés efectúa al mencionado apotegma no resulta ilimitada<sup>180</sup>, aunque su limitación constituya más bien una excepción, puesto que el respeto que se confiere en Aragón a la iniciativa jurídica individual y grupal lleva a instaurar el lema “*prohibido prohibir*” sobre el que se asienta todo el derecho aragonés<sup>181</sup>.

*Mutatis mutandis*, el principio de libertad civil se halla presente en las diversas ramas del derecho romano (ámbito contractual, propiedad y demás derechos reales, sucesiones)<sup>182</sup>.

f) El respeto a la libertad civil en el derecho civil aragonés refleja un arraigado individualismo, con centro en el individuo<sup>183</sup>, en una clara réplica del egoísmo disciplinado al que se refería R.V. Ihering cuando hablaba del derecho romano<sup>184</sup>. Eso sí, al igual que sucedía en el derecho romano, bajo el poder corrector de las exigen-

---

<sup>174</sup> M.A. CIURO CALDANI. *Lecciones de filosofía del Derecho privado (Historia)*. Edit. Fundación para las investigaciones jurídicas. Rosario. 2003, pp. 24-25.

<sup>175</sup> F. SCHULZ. *Op. Cit.* 2000, p. 169.

<sup>176</sup> A.A.V.V. *Op. Cit.* 2012, pp. 90-101.

<sup>177</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Op. Cit.* 1977, p. 222.

<sup>178</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS. *Op. Cit.* 1967, pp. 23, 24.

<sup>179</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Op. Cit.* 1989, p. 44.

<sup>180</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Op. Cit.* 1970, p. 245.

<sup>181</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Op. Cit.* 1977, p. 223.

<sup>182</sup> F. SCHULZ. *Op. Cit.* 2000, pp. 169 y ss.

<sup>183</sup> L. DÍEZ-PICAZO. *Op. Cit.* 1959, pp. 616-619; J.L. MERINO HERNÁNDEZ. *Joaquín Costa y el derecho consuetudinario aragonés*. Fundación Matritense del Notariado. Madrid. 1990, pp. 38, 39.

<sup>184</sup> F. BETANCOURT SERNA. *El espíritu del Derecho romano*. Anuario de Historia del Derecho español n° 53, 1983, p. 559, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=134436> (consultado con fecha 7/05/2020).

cias del interés común, lo que en el derecho aragonés se traduce en la conciliación entre el principio de la libertad individual y el principio de la hermandad entre los hombres, a través de la institución jurídica tradicional de la Casa aragonesa<sup>185</sup>.

g) Unidad y conservación de la familia frente al posible exceso del ejercicio de la libertad civil, encarnada en el individuo, de tal manera que emerge el contrapeso de la necesaria estabilidad patrimonial y familiar para la conservación e indivisión de la propiedad familiar. No es de extrañar, por tanto, la importancia concedida en Roma a la familia y a la herencia como instrumento este *último* de la conservación de aquella (así lo acredita el orden seguido en las XII Tablas, tras las tres primeras procesales, en las Tablas IV y V, respectivamente, que regulan la familia y la herencia), del mismo modo que el derecho aragonés se centra fundamentalmente en las instituciones familiares y sucesorias orientadas tradicionalmente al objetivo preferente de la unidad y consistencia familiar, en aras de la conservación de la Casa aragonesa<sup>186</sup>.

h) Nacionalismo propio. El *ius civile Romanum* era privativo y exclusivo del pueblo romano, y solo se aplicó a los ciudadanos romanos<sup>187</sup> hasta la *Constitutio Antonina* de Caracalla (212 d.C.), razón por la cual surgirá el *ius gentium* para atender las relaciones jurídicas de los peregrinos; a su vez, el derecho aragonés participa de este carácter nacionalista<sup>188</sup> incluso como alegato de rechazo y oposición ante un *ius commune* más erudito y técnicamente superior<sup>189</sup>.

i) Normativismo. Un carácter este nacido en Roma *ab initio* de la costumbre, sin perjuicio de su derivación posterior a través de la intervención determinante de la jurisprudencia y de los emperadores<sup>190</sup>; en Aragón, dicho normativismo deriva, por un lado, del pacto suscrito tradicionalmente entre el monarca y el reino<sup>191</sup> y, por otro, de la creación y aplicación de las Observancias.

---

<sup>185</sup> L. MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA. *La casa en el Derecho aragonés*. Estudios de Derecho Aragonés. Zaragoza. 1944, p. 111.

<sup>186</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS. *Op. Cit.* 1967, p. 25; J.L. MERINO HERNÁNDEZ. *Op. Cit.* 1978, pp. 45, 46, 53, 54.

<sup>187</sup> R. BERNARD MAINAR. *Curso de Derecho privado romano*. Publicaciones UCAB. Caracas. 2001, p. 29.

<sup>188</sup> J.L. MERINO HERNÁNDEZ. *Op. Cit.* 1978, pp. 18,19.

<sup>189</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Op. Cit.* 1970, p. 246.

<sup>190</sup> Respecto del papel y protagonismo de la jurisprudencia y de las constituciones imperiales en el derecho romano, ver, respectivamente, R. DOMINGO, OSLÉ. *La jurisprudencia romana, cuna del Derecho*. Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Nº 81, 2. Madrid. 2004, pp. 371 y ss.; J.A. BUENO DELGADO. Los rescriptos imperiales como fuente del Derecho. *RIDROM [on line]*. 11-2013. ISSN 1989-1970. pp. 378-435.

<sup>191</sup> J. LALINDE ABADÍA. *Op. Cit.* 1970, p. 246.

j) Simplicidad, sencillez en las soluciones<sup>192</sup> y escasa legislación, cuando menos en sus primeros tiempos de existencia, criterios aplicables todos ellos a ambos ordenamientos jurídicos, si bien por razonamientos bien diferentes, puesto que en el derecho romano esta característica responde a sus grandes dosis de pragmatismo<sup>193</sup>, en tanto que en el derecho aragonés se debe principalmente a su carácter eminentemente popular<sup>194</sup>.

k) Importancia de la doctrina, bien sea a través de la jurisprudencia romana, en el sentido que fue considerada en Roma como ciencia o conocimiento del derecho a través de los jurisperitos, o bien por medio de su impronta en las Observancias en el derecho aragonés, tal como hemos señalado.

l) Valores extrajurídicos presentes en ambos ordenamientos, en muchas ocasiones, como principios informadores: así sucede en el derecho romano<sup>195</sup> con las nociones de *libertas*<sup>196</sup>, *fides*<sup>197</sup>, *bona fides*<sup>198</sup>, *iustitia*<sup>199</sup>, *aequitas*<sup>200</sup>, *humanitas*<sup>201</sup>, *utilitas*<sup>202</sup>; y en el derecho aragonés con la libertad<sup>203</sup>, la buena fe<sup>204</sup>, la causa justa<sup>205</sup>, la equidad<sup>206</sup> y la *fides* (presente, incluso, en la misma raíz de la fiducia aragonesa).

---

<sup>192</sup> F. SCHULZ. *Op. Cit.* 2000, pp. 89-91.

<sup>193</sup> Sobre el pragmatismo del derecho romano, R. BERNAD MAINAR. *Ius Romanum pragmaticum versus aequitas romana: una versión anticipada del binomio eficiencia/equidad, emblema del Análisis Económico del Derecho (AED)*. RIDROM. Número 22. Abril, 2019, pp. 72-101.

<sup>194</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS. *Op. Cit.* 1967, p. 21.

<sup>195</sup> Con relación al carácter universal de los valores jurídicos y extrajurídicos del derecho romano, su plena aplicación y vigencia en el derecho actual, F.P. CASAVOLA. *Diritto romano e diritto europeo*. *Labeo* n° 90. 1994, p. 162.

<sup>196</sup> F. SCHULZ. *Op. Cit.* 2000, p. 163.

<sup>197</sup> F. SCHULZ. *Op. Cit.* 2000, p. 243.

<sup>198</sup> F. SCHULZ. *Op. Cit.* 2000, p. 247 (D. 18, 1, 27; 41, 3, 48; 41, 10, 5, 1; 50, 16, 109).

<sup>199</sup> R. BERNAD MAINAR. *Op. Cit.* 2019, pp. 143 y ss.

<sup>200</sup> A.A.V.V. (Coord. Castresana, A.). *800 años de historia a través del Derecho romano*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca. 2018, pp. 23-29; R. BERNAD MAINAR. *Op. Cit.* 2019, pp. 101 y ss.

<sup>201</sup> F. SCHULZ. *Op. Cit.* 2000, p. 211 (D. 7,1, 25, 1; 8, 2, 23; 21, 1, 23, 8; 28, 2, 13; 28, 5, 29; 34, 5, 22; 44, 4, 7, 1).

<sup>202</sup> D. 50, 17, 23.

<sup>203</sup> En relación con la autonomía de la voluntad y el principio *standum est chartae*, en los artículos 3, 7, 9, 23, 71, 75, 77, 78, 94, 108-114, 185, 187, 193, 195-203, 215, 221, 226, 229, 248, 258, 267, 272, 276, 283, 291, 301, 307, 318, 319, 342, 368, 377, 405, 439, 462, 486, 537, Disp. Adicional 1ª del CDFFA.

<sup>204</sup> Artículos 4, 71, 189, 190, 198, 219, 232, 235, 249, 538, 568-569, Disp. Transitoria 7ª del CDFFA.

<sup>205</sup> Artículos 32, 99, 145, 226, 286, 365, 446, 450, 501, 502, 539 del CDFFA.

<sup>206</sup> Artículos 187, 202, 269 del CDFFA.

Por otro lado, si efectuamos una visión panorámica entre las instituciones jurídicas del derecho romano y del derecho civil aragonés, podemos establecer las concomitancias y divergencias que a continuación reseñamos.

Entre las similitudes y conexiones podemos detectar que determinadas figuras del ordenamiento jurídico aragonés han tomado el modelo pergeñado por los juristas romanos y posteriormente delineado por los glosadores y posglosadores. Destacamos, a título de ejemplo, las que siguen: el derecho sobre las cosas y las acciones reales<sup>207</sup>; la noción y esencia del derecho de usufructo<sup>208</sup>; la usucapión y el justo título para usucapir<sup>209</sup>; el retracto<sup>210</sup>; las relaciones de vecindad<sup>211</sup>; las servidumbres y sus principios<sup>212</sup>; la tutela<sup>213</sup>; la curatela<sup>214</sup>; la prodigalidad<sup>215</sup>; la adopción<sup>216</sup>; la *adrogatio*<sup>217</sup>, por su relación con la figura aragonesa del casamiento sobre bienes o acogimiento<sup>218</sup>; la fianza<sup>219</sup>; el enriquecimiento injusto<sup>220</sup>; la dación en pago<sup>221</sup>; las nociones de culpa, dolo y mala fe<sup>222</sup>; el derecho de retención<sup>223</sup>; la

---

<sup>207</sup> *Institutiones Gai* 4, 2, en su relación con los artículos 537 y ss. del CDFa.

<sup>208</sup> “*Usus fructus est ius alienis rebus utendi et fruendi salva rerum substantia*” (D. 7, 1, 1), en su relación con los artículos 283-302, 467, 478, 498, 562 del CDFa.

<sup>209</sup> D. 41, 3, 46; 41, 4; 41, 6-10, en relación con los artículos 211, 556, 561, 568-570, 583 del CDFa.

<sup>210</sup> *Codex* 4, 4, 54; D. 19, 5, 2 en relación con los artículos 211 f) y 586 del CDFa.

<sup>211</sup> Tabla VII, 8 (XII Tablas); D. 43, 27, 1; 43, 8, 2, 43; 7, 1, 30; 8, 5, 17; *Codex* 3, 34, 14, 1; 8, 10, 12, 4 en relación con los artículos 537 y ss. del CDFa.

<sup>212</sup> D. 8, 2, 1; 8, 1, 15, 1; 35, 2, 1, 9; 8, 3, 23; 7, 6, 5; 33, 2, 1; 8, 1, 8 en relación con los artículos 551 y ss. del CDFa.

<sup>213</sup> D. 26, 1, 1 en relación con los artículos 100 y ss.; 130 y ss. del CDFa.

<sup>214</sup> D. 26, 2, 12-14 en relación con los artículos 100 y ss.; 148 y ss. del CDFa.

<sup>215</sup> D. 27, 10, 1 en relación con el artículo 38 del CDFa.

<sup>216</sup> *Codex* 8, 47, 5; 8, 47, 10-11; *Institutiones* 1, 11, 4 en relación con los artículos 56, 93, 144, 168, 312, 472 del CDFa.

<sup>217</sup> *Institutiones Gai* 1, 99-107; D. 10, 2, 1.

<sup>218</sup> Artículo 201 del CDFa.

<sup>219</sup> *Institutiones Gai* 3, 121; *Novella* 4, 1; D. 46, 1, 26 y 36; *Institutiones* 3, 20, 4; D. 17, 1, 29 en relación con los artículos 15 d), 77, 79, 95, 98, 104, 284, 285, 287, 452 del CDFa.

<sup>220</sup> D. 12, 6, 26, 40, 45, 64 y 65; *Codex* 1, 18; D. 22, 3, 25, 1; 4, 5, 1, 1; 12, 6, 4, 7, 1; *Codex* 4, 6, 10; 5, 3, 15; D. 12, 5, 3; 12, 5, 4, 3; 12, 5, 7; 13, 1, 1; 13, 1, 6; 13, 2, 1 en relación con los artículos 226, 310 del CDFa.

<sup>221</sup> D. 12, 1, 2, 1; *Institutiones Gai* 3, 168; *Institutiones* 3, 29; *Novella* 4, 3 en relación con los artículos 265, 591 del CDFa.

<sup>222</sup> D. 50, 16, 213, 2 y 3; 46, 23, 8, 3; 17, 1, 29; 44, 7, 1, 5; 9, 2, 44; 16, 3, 1, 39; 4, 3, 1-4 y 7 en relación con los artículos 96, 106, 201, 218, 219, 249, 288, 301, 355 del CDFa.

<sup>223</sup> *Codex* 4, 34, 11 en relación con los artículos 294, 295 del CDFa.

sustitución fideicomisaria<sup>224</sup>; el legado<sup>225</sup>; la indignidad para suceder<sup>226</sup>; el derecho de acrecer<sup>227</sup>; la delación hereditaria<sup>228</sup>; la colación<sup>229</sup>; las acciones de nulidad del testamento<sup>230</sup> y de petición de herencia<sup>231</sup>; el derecho de transmisión hereditario<sup>232</sup>; la preterición<sup>233</sup>; la partición hereditaria<sup>234</sup>; la conversión del testamento<sup>235</sup>.

Todo ello no es óbice para que, aun así, se puedan señalar diferencias más que notables entre ambos ordenamientos jurídicos, lo que denota una sustantividad e identidad propia, sin perjuicio de la influencia ejercida por el derecho romano en el derecho civil aragonés.

En efecto, y sin ánimo exhaustivo por agotar el elenco, podemos enumerar las siguientes:

a) Más que notoria resulta la distinción entre la autoridad familiar aragonesa<sup>236</sup> y la *patria potestas* romana.

b) El vigor y potencialidad de la junta de parientes<sup>237</sup> como sistema de desbloqueo del tráfico jurídico, inexistente como tal en el derecho común<sup>238</sup>, salvo

---

<sup>224</sup> *Institutiones Gai* 2, 248, *Institutiones* 2, 23, 1; D. 1, 2, 2, 32; 28, 5, 46, 47; 30, 108, 12; 30, 123, 1; 31, 29 pr.; 32, 21 pr.; 34, 4, 3, 11 en relación con los artículos 277, 501 del CDFa.

<sup>225</sup> *Institutiones Gai* 2, 201 y ss. en relación con los artículos 238, 323, 330, 331, 333, 360, 373, 381, 385, 397, 437, 467, 468, 477-481 del CDFa.

<sup>226</sup> D. 34, 9, 3 en relación con los artículos 276, 328, 330-333, 336-339, 401, 462, 510 del CDFa.

<sup>227</sup> D. 50, 16, 142 en relación con los artículos 211, 323, 354, 437, 467, 481-483 del CDFa.

<sup>228</sup> D. 50, 16, 151 en relación con los artículos 317, 321, 322, 323, 344, 345, 348, 448, 517, 518, 520, 521-523, 526, 529-534, 536 del CDFa.

<sup>229</sup> D. 37, 6, 1, 15; 37, 7, 1; *Codex* 6, 20, 17, 19 y 20 en relación con los artículos 362-364 del CDFa.

<sup>230</sup> D. 28, 2, 29, 1-2-6 y 15; 28, 4, 3; 26, 6, 2, 2; 36, 6, 7, 1 en relación con los artículos 423-429 del CDFa.

<sup>231</sup> D. 5, 3, 11-12, 19; 5, 3, 20, 6; 5, 4, 6, 1, 38; *Codex* 3, 3, 9; 3, 31, 12, 3; *Institutiones Gai* 4, 34 en relación con el artículo 55 del CDFa.

<sup>232</sup> D. 29, 2, 27; *Codex* 2, 50, 1; D. 29, 2, 86 pr.; 29, 2, 30 pr.; *Codex* 6, 51, 1, 5; 6, 30, 18; 6, 52, 1; 6, 30, 19 en relación con los artículos 354, 387, 478, 481 del CDFa.

<sup>233</sup> *Institutiones Gai* 2, 124, 131 y 135; Reglas de Ulpiano 22, 14, 16 y 18; *Institutiones* 2, 13 en relación con los artículos 503-508 del CDFa.

<sup>234</sup> Tabla V, 6 (XII Tablas); *Institutiones Gai* 4, 17 a); D. 10, 2 en relación con los artículos 365-368 del CDFa.

<sup>235</sup> D. 28, 1, 29, 1; *Codex* 6, 36, 8, 1 en relación con el artículo 430 del CDFa.

<sup>236</sup> Artículos 63 y ss. del CDFa vs. Artículos 154 y ss. del Código civil español.

<sup>237</sup> Artículos 170 y ss. del CDFa. Al respecto, J.L. MERINO HERNÁNDEZ. *Op. Cit.* 1997, pp. 40-42

<sup>238</sup> Aun así, Roma conoció y utilizó la institución del tribunal doméstico. Al respecto, R. BERNAD MAINAR. *La junta de parientes en el derecho civil aragonés*. Colección El Justicia de Aragón. Zaragoza. 1997, pp. 26-27.

una tenue conexión con la figura del consejo de familia incorporado al Código civil español por influjo del *Code civil français*, con funciones reducidas exclusivamente al ámbito de la institución de la tutela.

c) El derecho aragonés asume la modalidad de comunidad romana por cuotas, pero no desdeña tampoco la propiedad germánica o en mano común<sup>239</sup>, extraña a la tradición romana.

d) Los pactos sucesorios del derecho aragonés constituyen un vivo ejemplo de la libertad civil en nuestro territorio<sup>240</sup>, en tanto que el derecho común, por influjo del derecho romano, los prohíbe (*votum mortis*).

e) Particularísima se presenta la legítima aragonesa<sup>241</sup>, puesto que, si bien se acerca al fundamento romano de restricción de la voluntad del testador, no asume el modelo romano de legítima individual, sino que adopta la modalidad de legítima colectiva, lo que pudiera conectar, no sin matizaciones, con la reserva familiar germánica.

f) La gran importancia y protagonismo que adquiere el testamento mancomunado<sup>242</sup> en la práctica notarial aragonesa, frente al carácter personalísimo del testamento romano y del derecho común, que prohíbe esta modalidad testamentaria.

g) El reconocimiento *ex lege* en el derecho aragonés de la responsabilidad del heredero *intra vires*<sup>243</sup>, sin tener que recurrir a la aceptación de la herencia a beneficio de inventario para evitar comprometer su propio patrimonio personal por el pago de las deudas de la herencia que acepta.

h) La troncalidad<sup>244</sup> y su incidencia en materia sucesoria, al tratar de salvaguardar el destino de los bienes en función de la procedencia de los mismos, todo ello sin perjuicio de la reserva legal prevista en el artículo 811 del Código civil.

i) El derecho de abolorio o de la saca<sup>245</sup>, como expresión muy genuina de los derechos de adquisición preferente para evitar que los bienes de la familia egresen de la misma, respetando su línea de procedencia.

---

<sup>239</sup> Artículos 362 y ss.; 210 y ss., 585 del CDFa, respectivamente, vs. artículos 392 y ss. del Código civil español.

<sup>240</sup> Artículos 377 y ss. del CDFa vs. artículo 1271, 2 del Código civil español.

<sup>241</sup> Artículos 486 y ss. del CDFa vs. artículos 806 y ss. del Código civil español.

<sup>242</sup> Artículos 417 y ss. del CDFa vs. artículo 669 del Código civil español.

<sup>243</sup> Artículo 355 del CDFa vs. artículos 999 y 1010 del Código civil español.

<sup>244</sup> Artículos 216, 517, 518, 526, 527, 528 del CDFa.

<sup>245</sup> Artículos 588 y ss. del CDFa vs. artículo 1521 del Código civil español.

Esta visión comparativa efectuada no hace sino reafirmar nuestro punto de partida e hipótesis sostenida, en cuya virtud el derecho civil aragonés se presenta como un ordenamiento jurídico *sui generis*, peculiar, que constituye un sello de identidad territorial, fruto de una evolución histórica, traducida en su versión actual en una amalgama de factores influyentes, entre los que emerge en su debida proporción el derecho romano, lo que permite superar, a nuestro juicio, el sesgo de antirromanismo que tradicionalmente ha venido informando la relación que media entre el derecho civil aragonés y el derecho romano. Una propuesta que, lejos de desvirtuar a uno de ellos en desmedro del otro, consolida, a nuestro juicio, la esencia de ambos ordenamientos y permite objetivar una dialéctica antagónica inoculada secularmente.

## VII. DERECHO ROMANO Y DERECHO CIVIL ARAGONÉS, PRESENTE Y FUTURO

Desde hace tiempo, uno de los retos que tiene ante sí el derecho civil español es la elaboración de un nuevo Código civil, ya sea en una versión *ex novo*, o bien por medio de una amplia reforma del existente, con el objetivo de aglutinar, condensar y articular el derecho privado nacional en su conjunto<sup>246</sup>. A tal fin, el derecho aragonés puede erigirse como modelo tras el proceso seguido en la confección del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA), que ha recurrido a la previa reforma parcial de las diversas ramas del derecho civil a través del recurso a la elaboración de leyes monográficas<sup>247</sup>, que derogaban sucesivamente la regulación correlativa comprendida en la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967.

Por ello, a partir del modelo implantado por el CDFA, el futuro Código civil español podría llevar a cabo su reforma por materias y libros, hasta ser totalmente consumada, ante la necesidad de adaptar su regulación a los nuevos tiempos fruto de una cambiante realidad social, así como también de dar acogida al derecho de la Unión Europea en calidad de derecho aplicable en nuestro país.

En efecto, ante un prolongado periodo de tiempo en el que el derecho civil se ha visto acompañado por un proceso de descodificación propiamente dicho, hecho

---

<sup>246</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA. *Retos de la dogmática española en el primer tercio del siglo XXI*, en *Retos de la dogmática española*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2011, pp. 53 y ss.

<sup>247</sup> Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte; Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas; Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad; Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona; Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial.

que, en honor a la verdad y en su justa medida, ha permitido encajar atinadamente los cambios sociales de calado producidos en muchos casos<sup>248</sup>, parece que nos encontramos actualmente en el momento oportuno para recodificar el derecho privado, no solo en España (a nivel estatal y en los territorios con derecho civil foral o especial), sino también en Europa, ante la expectativa en este último caso de hacer realidad la confección y aprobación posterior de un Código civil europeo.

Con relación a este último gran reto, todo se concentra en la ardua tarea de lograr la armonización y unificación del derecho privado europeo, del que forman parte tanto el derecho civil español como el derecho civil aragonés.

Como sabemos, el ingreso y pertenencia de España a la Unión Europea supone una modificación importante en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español, pues el ordenamiento jurídico comunitario pasa a formar parte de nuestro derecho y convive con él de conformidad a los principios de autonomía<sup>249</sup>, eficacia directa<sup>250</sup> y primacía<sup>251</sup>, en refrendo de la delimitación en las relaciones existentes entre el ordenamiento europeo y los ordenamientos jurídicos nacionales<sup>252</sup>.

Con base en este razonamiento, hemos de partir de la existencia de un derecho privado en la Unión Europea que, en lo que atañe al derecho civil, se traduce en una marcada tendencia a la europeización<sup>253</sup>, ya sea por la vía de la armonización

---

<sup>248</sup> M. PASQUAU LIAÑO. *Código civil y ordenamiento jurídico (otra reflexión sobre el devenir del Derecho civil)*. Comares. Granada. 1994, pp. 156 y ss.

<sup>249</sup> R. ALONSO GARCÍA. *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*. Civitas. Madrid, 1989, p. 33; G. ISAAC. *Manual de derecho comunitario general* (2ª ed. aumentada y puesta al día por RAMOS RUANO, G.L.). Ariel Derecho. Barcelona. 1983/1991, p. 112.

<sup>250</sup> Sentencia del TJCE *Van Gend & Loos*, de 5 de febrero de 1963, en cuya virtud el derecho comunitario “not only imposes obligations on individuals but is also intended to confer upon them rights” (fundamento 3º), en *50 aniversario de la sentencia Van Gend & Loos*. La Ley Unión Europea nº 1. 2013, p. 60.

<sup>251</sup> Sentencia del TJCE *Costa vs. ENEL*, de 15 de julio de 1964, en la que se reemplaza la expresión “nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional”, utilizada en la sentencia *Van Gend & Loos* 1964, por la calificación de “ordenamiento jurídico propio”, indicando además que tal ordenamiento jurídico constituye una “parte integral del sistema jurídico de los Estados miembros (...) el cual sus tribunales tienen la obligación de aplicar” “because of its special and original nature” por un texto legal interno, cualquiera que sea éste “however framed” (fundamento jurídico 3º). Al respecto, ECLI:EU:C:1964:66.

<sup>252</sup> A. REMIRO BROTONS; R. RIQUELME CORTADO; E. ORIHUELA CALATAYUD; J. DÍEZ HOCHLEITNER; L. PÉREZ PRAT DURBÁN. *Derecho internacional*. McGrawHill. Madrid. 1997, p. 18.

<sup>253</sup> R. ZIMMERMANN. *Europa y el derecho romano*. Marcial Pons. Madrid. 2009, pp. 46-49; M.A. LÓPEZ AZCONA. *La europeización del Derecho civil: crónica de un proyecto inconcluso*. Actualidad jurídica iberoamericana nº 8. 2018, pp. 475-542.

o, desde un plano mucho más ambicioso, de la unificación, en materias tales como las obligaciones y los contratos, el derecho de bienes, el derecho de la persona, o el derecho de la familia y de las sucesiones. Entendemos por armonización un grado variable e indeterminado de unificación jurídica que propone la obtención de afinidad entre las reglas jurídicas. La unificación, por su parte, constituye el proceso por el que se crea un derecho uniforme, en tanto que la armonización no supone sino un grado inferior de uniformidad del derecho: esta modalidad de armonización busca el establecimiento de reglas jurídicas con un fin común y una tendencia idéntica, de manera que no conoce grados de intensidad y solo contempla reglas de contenido idéntico<sup>254</sup>. Todo ello en aras de la construcción y consolidación de un derecho privado europeo, un proyecto que ya ha comenzado a pergeñarse y que, fruto del camino recorrido, se encuentra en vías de concreción<sup>255</sup>.

Es un hecho constatable que ha sido en el ámbito del derecho privado donde la unificación del derecho ha alcanzado un mayor avance<sup>256</sup>, ante la posibilidad de encontrar algunos principios comunes. Sin embargo, la unificación total de los derechos, uno de los fines básicos sobre los que se asienta el derecho comparado, resulta un ideal de difícil alcance<sup>257</sup>, frente el recurso a la armonización jurídica, que se presenta como un proyecto más realista y factible, como un proceso previo a la unificación del derecho. Y es que, ineludiblemente, en una época actual<sup>258</sup> marcada por el post-positivismo, se ha de comenzar identificando los elementos comunes y divergentes involucrados en la pretensión unificadora para que, una vez detectados, se puedan integrar en un derecho uniforme, tal cual si se tratara de un nuevo derecho natural integrado por principios afines (*ius commu-*

---

<sup>254</sup> A. MALINTOPPI. *Les relations entre l'unification et l'harmonisation du droit et la technique de l'unification ou de l'harmonisation par la voie d'accords internationaux*. *Annuaire Unidroit*. 1967-1968, pp. 43-67.

<sup>255</sup> R. BERNAD MAINAR. *El protagonismo de la doctrina y de la ciencia jurídica en la unificación del Derecho europeo de contratos*. *RIDROM*. Número 20. Abril, 2018, pp. 192 y ss.; J.P. PÉREZ VELÁZQUEZ. *El proceso de modernización del derecho contractual europeo*. Dykinson. Madrid. 2013, pp. 153 y ss.

<sup>256</sup> M.P. PÉREZ ÁLVAREZ. *La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho privado europeo*. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* n° 14. 2006, p. 234.

<sup>257</sup> Sobre el particular, K. ZWEIGERT; H. KÖTZ. *Introducción al derecho comparado*. Oxford University Press. México. 2002, pp. 26 y ss.

<sup>258</sup> J. BASEDOW. *Rechtssicherheit im europäischen Wirtschaftsrecht - Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz im Lichte der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung*. *ZEuP* 4. 1996, pp. 570 y ss.

ne)<sup>259</sup>, en una reedición, *mutatis mutandis* y, con las matizaciones pertinentes del caso, del *Ius commune* medieval<sup>260</sup>.

Entre los métodos más conocidos para la armonización o unificación del derecho resaltamos, por supuesto, la legislación, aun cuando se pueda cuestionar si se trata del instrumento ideal al efecto<sup>261</sup>, puesto que, amén de sus bondades, constituye un freno en la libertad de creación y desarrollo del derecho nacional y, además, requiere de modificaciones de ajuste y adaptación del derecho nacional a su realidad peculiar.

Junto al instrumento de la legislación, habría que añadir la jurisprudencia como método unificador y armonizador del derecho, una experiencia ya conocida con antelación, por ejemplo, en algunos Estados federales con un derecho común (Suiza) o, incluso, entre los Estados independientes que cuentan con una legislación común en determinadas materias (caso de los países nórdicos mediante la suscripción de convenios, sobre todo, en sede de derecho internacional privado). Al hilo de la legislación y de la jurisprudencia, existen otros medios habilitados *ad hoc*, como son las reglas que establecen condiciones generales, tal cual sucede en el ámbito del comercio internacional, cuyos conflictos, en ocasiones, se han resuelto mediante la práctica del arbitraje.

El derecho comparado adquiere en este escenario una nueva dimensión, que rebasa el mejor conocimiento del derecho nacional en aras del logro de una mayor perfección, en una visión endogámica y nacionalista del mismo. Así, debe traspasar los predios internos de los ordenamientos jurídicos nacionales y enfilarse su objetivo en un plano comparativo externo más ambicioso, cual es irradiar su influjo en el marco regional y continental<sup>262</sup>, meta que podría realizarse por áreas particulares del derecho (contratos, daños, obligaciones, sociedades, familia), al margen de un sistema jurídico en particular o de un país concreto, y con una fina-

---

<sup>259</sup> R. ZIMMERMANN. *Op. Cit.*, 2010, p. 135.

<sup>260</sup> Históricamente, ya contamos con algún tipo de precedentes en este sentido: Proyecto franco-italiano de obligaciones de 1927, inspirador del Código civil venezolano en esta materia tras la reforma de 1942; *Restatement of the law of contracts* (1932) de los Estados Unidos, merced a la labor realizada por el American Law Institute, obra que se ha desarrollado ya en una segunda edición (1981); o también en el caso representado por los países escandinavos, un verdadero ejemplo de integración legislativa. Sobre esta última manifestación en el área de los países nórdicos, K. ZWEIGERT; H. KÖTZ. *Op. Cit.* 2002, p. 298.

<sup>261</sup> H. COING. *Ius commune nationale Kodifikation und Internationale Abkommen; Drei historischen Formen...*, en *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione*, en Actas del Congreso Internacional de Bari. 1979, I, pp. 171 y 172.

<sup>262</sup> D. COING; R. SACCO. *New Perspectives for a Common Law of Europe*. Cappeletti Ed., Publications of the European University Institute. Leyden/London/Sijthoff, 1978.

lidad bien definida, esto es, el reconocimiento y creación de un derecho privado común patrimonio de los países involucrados en el intento unificador.

En este sentido, el papel de la historia se magnifica ante cualquier proceso de unificación jurídica<sup>263</sup>, y en el recorrido deberá ir acompañada ineludiblemente del auxilio del derecho comparado, de tal manera que el método histórico-comparativo permitirá estudiar el derecho de los sistemas jurídicos implicados a los fines de crear las bases necesarias del futuro derecho unificado<sup>264</sup>. Aun así, tampoco parece ser plenamente satisfactoria la propuesta inclusiva del método histórico-comparativo<sup>265</sup>, si no se enfoca hacia una vertiente iuspositivista, puesto que la ausencia de este factor finalista lo torna deficiente e insuficiente.

Así pues, a nuestro juicio, todos los ingredientes expuestos resultan complementarios, en modo alguno incompatibles y excluyentes, razón para sostener que la perspectiva histórico-comparada debe conducirnos a una meta concreta circunscrita al ámbito del derecho positivo, lo cual exigirá, evidentemente, la concurrencia en esta iniciativa, tanto de historiadores (entre ellos, por supuesto, romanistas), como de comparatistas y expertos en el derecho positivo.

Por ello, ante el reto planteado procede la conformación de un trípode integrado por la ciencia jurídica, la legislación (junto a la jurisprudencia) y la formación legal, sin prescindir del factor político-económico que, por su importancia y pragmatismo, se erigirá en el brazo ejecutor de toda iniciativa que se acometa sobre el particular. Urge, por ende, la necesidad de una actuación conjunta de las instituciones políticas, la experiencia histórica y la ciencia jurídica, en la medida que todo conocimiento histórico debe ir compaginado con la mentalidad jurídica europea actual, traducida en un estudio de derecho comparado<sup>266</sup>.

---

<sup>263</sup> Tengamos en cuenta el precedente representado por la recopilación del *droit commun française* laborada por algunos autores galos en los siglos XVI y XVII (Dumoulin, Coquille, Domat), o de la propia legislación cantonal suiza realizada por Huber en 1893, pues a través de ambos trabajos históricos previos se logró preparar, facilitar y acelerar las futuras codificaciones francesa (1804) y helvética (1911), respectivamente. Al respecto, M. OLIVIER-MARTIN. *La coutume de Paris: trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*. Paris, 1925; J. KOHLER. Eugen Huber und das schweizer Zivilgesetzbuch, en *RheinZ* n° 5, 1913, pp. 1 y ss.

<sup>264</sup> Con relación a la conexión entre el derecho común europeo y el método histórico comparativo, R. ZIMMERMANN. *Estudios de Derecho privado europeo* (trad. VAQUER ALOY, A.). Madrid, Civitas. 2000, pág. 29; *Op. Cit.* 2010, p. 136.

<sup>265</sup> C.A. CANNATA. *Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo*, en Studi in memoria di G. Impallomeni. Milano. 1999, p. 53.

<sup>266</sup> R. ZIMMERMANN. *Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé*. Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDC). 2007, p. 451.

Precisamente es ahí donde se sobredimensiona la utilidad del pensamiento jurídico romano que, gracias al método histórico-comparativo, permite incorporar un determinado sustrato ideológico racional en el ámbito jurídico (*ars iuris* o *Juristenrecht*). En todo caso, el papel conferido al derecho romano en la importante tarea de elaborar los fundamentos del nuevo *ius commune* no ha de ser exclusivo ni excluyente, pues deberá contar también con el auxilio del derecho intermedio y moderno, así como del de otras ramas del derecho<sup>267</sup>.

Y es que la construcción del futuro derecho privado europeo tiende a detectar los puntos convergentes y las bases comunes de su esencia<sup>268</sup>, bajo un concepto de unidad. Sirva de ejemplo en este sentido y entre otros aspectos, la necesidad de abordar el derecho patrimonial bajo un concepto de unidad<sup>269</sup>, como sucede con el régimen jurídico de las obligaciones y de los bienes, pues difícilmente se puede integrar el derecho de los contratos sin abordar al mismo tiempo la armonización de los diversos sistemas de transmisión de la propiedad<sup>270</sup>, a los fines de evitar los desajustes y distorsiones entre el derecho legal y el derecho real aplicado.

En este cometido unificador tendente a la consecución de un derecho supranacional el protagonismo de la ciencia jurídica moderna resulta determinante: se trata de detectar y seleccionar los principios jurídicos comunes de los distintos Estados miembros de la Unión<sup>271</sup>, a los fines de superar el paulatino distanciamiento producido entre los diferentes derechos positivos nacionales tras un proceso codificador decimonónico de marcado carácter nacionalista.

Esta nueva cultura jurídica europea, evidentemente, requiere un nuevo prototipo de jurista, capaz de superar el particularismo jurídico; de adaptarse a la nueva realidad europea poliédrica, globalizada y multifuncional<sup>272 273</sup>; y de detectar cuáles son, a título de elemento y factor de cohesión, las raíces comunes de la familia romanística del derecho, mediante la identificación de las bases conceptuales

---

<sup>267</sup> A. TORRENT RUIZ. *Op. Cit.* 2007, p. 37.

<sup>268</sup> R. ZIMMERMANN. *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, en *Juristenzeitung* 1992, p. 8.

<sup>269</sup> A. PAU PEDRÓN. *La convergencia de los sistemas registrales en Europa*. Madrid. Cuadernos de Derecho Registral. 2004, pp. 9-17.

<sup>270</sup> R. BERNAD MAINAR. *Hacia una versión convergente de los modelos tradicionales de transmisión de las cosas muebles*. RCDI nº 774. 2019, p. 1744.

<sup>271</sup> J. PARICIO; A. FERNÁNDEZ BARREIRO. *Historia del Derecho romano y su recepción europea*. Sexta edición. El Faro. Madrid. 2002, pp. 285 y ss.

<sup>272</sup> A. MANTELLO. *Ancora sulle Smanie "romanistiche"*. *Labeon*º 48. 2002, pp. 15 y ss.

<sup>273</sup> A. TORRENT RUIZ. *Op. Cit.* 2007, p. 350.

susceptibles de combinar, conjugar y conciliar el presente, el pasado y el futuro, una misión esta última en la que deben estar involucrados juristas exponentes del derecho positivo, historiadores del derecho y comparatistas<sup>274</sup>.

En cuanto a la intervención de historiadores y comparatistas en el proceso de construcción del derecho privado europeo y, destacando desde el inicio que, tanto el momento, como el recorrido histórico considerados distan en gran medida en lo que a la consecución del *Ius europaeum* se refiere, podemos señalar que el recurso a la experiencia del *Ius commune* se empodera, puesto que no solo suministra instrumentos metodológicos para detectar elementos estructurales entre los diferentes sistemas jurídicos, sino que, a su vez, alumbró en la labor comparativa dirigida al encuentro de la solución más oportuna y conveniente en cada caso. Todo ello, claro está, sin pretender copiar literal y sistemáticamente soluciones pretéritas ya aplicadas para replicarlas en la solución de situaciones actuales diferentes<sup>275</sup>.

Efectivamente, la ruta por recorrer en este proceso es ahora bien distinta, toda vez que consiste en recuperar los elementos esenciales de una unidad jurídica que ha formado parte de la historia cultural europea<sup>276</sup>; se trata, en suma, de contar con la experiencia del *Ius commune* en la configuración de la columna vertebral del futuro Código de derecho privado europeo. Una experiencia traída a colación por el carácter universal<sup>277</sup> e intemporal<sup>278</sup> del *Ius commune*, como lo demuestra el hecho de que todavía actualmente se dicten decisiones por parte de los tribunales de la Unión Europea en las que su *ratio decidendi* acoge principios y valores propios del derecho romano y del *Ius commune*<sup>279</sup>.

A tal fin, es conveniente partir del derecho europeo, más desde la perspectiva de la plasmación de una nueva ciencia jurídica europea, que desde la concepción

---

<sup>274</sup> M.R. MARELLA. *La funzione non sovversiva del diritto privato europeo*, in *Harmonisation Involves History?* (a cura di O. Troiano, G. Rizzelli, M.L. Miletti). Giuffrè. Milano. 2004, pp. 203 y ss.

<sup>275</sup> A. COCKRELL. *Studying Legal History in South Africa: The Lesson of Lot's Wife*. ZEuP 5. 1997, pp. 438 y ss.

<sup>276</sup> A. PÉREZ MARTÍN. *El Derecho común y la Unión Europea*. Anales de Derecho de la Universidad de Murcia nº 13. Murcia. 1995, p. 192.

<sup>277</sup> R. ZIMMERMANN. *Op. Cit.*, 2009, p. 17.

<sup>278</sup> G. BROGINNI. *Significato de la conoscenza storica del diritto per il giurista vivente*, en P. Caroni/G. Dilcher (eds.), *Fra norma e tradizione. Quale storicità per la storia giuridica?*, Köln/Weimar/Wien. 1998, p. 66.

<sup>279</sup> R. ZIMMERMANN. *Op. Cit.* 2009, p. 18.

de un nuevo sistema de normas<sup>280</sup>, lo que conduce necesariamente a delimitar la verdadera función del *Ius commune* en la formación de una nueva ciencia jurídica europea.

*Mutatis mutandis*, podemos encontrar ante esta coyuntura algunas notas de coincidencia entre los países que conforman la Unión Europea y el fenómeno jurídico del *Ius commune*: a) una gramática común<sup>281</sup>; b) unos materiales jurídicos constructivos bastante similares<sup>282</sup>; c) unos valores políticos coincidentes, encarnados en el sistema democrático<sup>283</sup>; y d) unos principios jurídicos próximos y afines<sup>284</sup>.

Y es que todo intento legislativo europeo uniformador que no refleje la identidad cultural europea nace capitidismuido, al propiciar tantas interpretaciones doctrinales y judiciales cuantos sean los sistemas jurídicos que integren el proyecto unificador<sup>285</sup>. Por ello, en este recorrido el derecho romano no debe contar con un cariz meramente instrumental, sino más bien fungir como un eslabón de unión en aras de la convivencia armónica entre las reglas antiguas y modernas del derecho privado<sup>286</sup>.

---

<sup>280</sup> Francia e Italia apuestan por prestar confianza al modelo legislativo emanado del sector político; Alemania prefiere invocar mejor el modelo doctrinal, partiendo de una pretendida superioridad del sistema propio. Al respecto, L. VACCA. *Diritto europeo e indagine histórico-comparatistica*, en *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*. Atti del Convegno internazionale Alghero, 4-6 novembre 2004 (a cura di Birocchi, I.; Matone, A). Viella. Roma. 2006, p. 542.

<sup>281</sup> P. REMY. *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*. Thèmes et commentaires. Dalloz. Paris. 2003, p. 10.

En contra, A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN. Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión europea. SDHI n° 64. 1998, pp. 532 y ss.

<sup>282</sup> A. WIJFFELS. *Qu'est-ce que le ius commune?*, en *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*. Bruylant. Louvain-la-Neuve. 2005, pp. 643-661.

<sup>283</sup> La correspondencia de la normatividad y los componentes extrajudiciales de la realidad social legitiman el derecho, tal como se produjo en la época del *Ius commune* entre la tradición romanística y los valores ético-sociales del momento. De igual manera, el nuevo *Ius commune* constituye el marco referencial, tanto de los derechos nacionales, como del derecho de la UE. Al respecto, PARICIO SERRANO, J.; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *Op. Cit.* 2014, pp. 250, 251.

<sup>284</sup> L.M. ROBLES VELASCO. *El futuro Código europeo de contratos, ¿Una nueva recepción?* RLDROM n° 4. 2010, pp. 81, 82.

<sup>285</sup> C.A. CANNATA. *Op. Cit.* 1997, pp. 3 y ss.

<sup>286</sup> K.W. NÖRR. *Das römische Recht zwischen Technik und Substanz: Bemerkungen zu seiner Rolle am Ende des 20. Jahrhunderts*, en *Zeitschrift für europäisches Privatrecht I*. 1994, p. 76; del mismo autor, *Zur romanistischen Tradition im modernen Europa*, Index XXIII. Jovene. Napoli. 1995, pp. 55 y ss.

Por tal razón y del mismo modo que desde el siglo XIII surgió en Europa la convicción de la existencia de un derecho común sobre el que se construyó una ciencia del derecho racionalizadora de la diversidad de experiencias jurídicas concretas<sup>287</sup>, podemos aspirar en nuestros días, dada su necesidad y utilidad, a confeccionar una ciencia jurídica capaz de unificar el derecho privado común europeo. Difícilmente se puede unificar el derecho sin antes converger en cuanto al modo de pensar-repensar el derecho<sup>288</sup>, tarea en que la ciencia jurídica se reivindica<sup>289</sup> frente a la solución legislativa meramente política, gestora de un derecho burocrático y, por ende, ajena a una realidad fruto de su dilatada trayectoria histórica.

Por lo tanto, sin llegar a proponer como solución al respecto la actualización del derecho romano, ni la resurrección de la pandectística alemana –neopandectismo–, sin embargo, no podemos desdeñar la lección que la historia nos brinda en este terreno y ubica al jurista en su doble concepto de jurista e historiador<sup>290</sup>.

De ahí que Europa no pueda en modo alguno soslayar los tres pilares sobre los que se ha forjado el legado del derecho romano a lo largo de su historia, habida cuenta de que sobre ellos mismos se cimenta y, sin duda, se cimentará el nuevo derecho europeo de las sociedades democráticas más desarrolladas<sup>291</sup>, a saber: a) concebir el derecho cual creación política autoritaria que formula y hace prevalecer sus postulados con pretensión de validez universal e igualitaria; b) enfocar su razón de ser como una creación espiritual capaz de gestar un patrimonio espiritual; y c) configurarse como el resultado de una creación técnica, atendida su verdadera connotación científica.

En virtud de lo anteriormente señalado, procede reconducir la situación en la actualidad y, por lo que al ámbito del derecho concierne, abogar en favor del criterio que postula abanderar el cuarto reencuentro del derecho romano con la

---

<sup>287</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI. *Gli insegnamenti storico-giuridici e gli orizzonti europei*, en *La nuova giurisprudenza comentata*. 2003/2, p. 13.

<sup>288</sup> M. TALAMANCA. *Le Istituzioni fra diacronia e sistema*. Index 18. 1990, p. 16.

<sup>289</sup> P. RESCIGNO. *Lo "schuldrecht" del código civil tedesco: l'esperienza di un secolo*, en *A l'Europe du troisième millenaire. Mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*, I. Giuffrè. Milano. 2004, pp. 137 y ss.

<sup>290</sup> T. MAYER-MALY. *Antike Elemente in der allgemeinen Rechtslehre des Decretum Gratiani*, en *Recherche Gallo III*. Napoli. 1997, pp. 211-217.

<sup>291</sup> F. WIEACKER, en A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Fundamentos de Derecho Romano*. Centro de Estudios Financieros S.L. Madrid. 2011, p. 16.

historia<sup>292</sup>, tras el acaecido en primer lugar a través de la civilización romana, proseguido en el Medioevo, con los glosadores y comentaristas, y culminado en el siglo XIX, gracias al movimiento de la Pandectística alemana<sup>293</sup>.

## VIII. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

El planteamiento de una relación armónica, complementaria y, en modo alguno, excluyente entre el derecho romano y el derecho civil aragonés, lejos de representar una pérdida de identidad de este último, debe ser entendida, a nuestro juicio, como una apuesta y propuesta vigente en la actualidad con proyección al futuro. Y ello a pesar de que, tradicionalmente, se considera que Aragón constituyó el bastión refractario por excelencia frente al derecho romano. Para comprender tal reticencia, no podemos prescindir del aspecto ideológico y político en que se dejaba entrever un rechazo al objetivo de todo imperio de imponer en su territorio un único derecho (*unum imperium, unum ius*), tal cual sucedió con el Imperio de Roma, el efímero sueño imperial de Carlomagno o la voluntad de réplica por parte del reino de Castilla tras la Reconquista.

Sin embargo, no podemos pasar por alto que la interrelación entre los derechos romano y canónico en la Alta Edad Media constituye la expresión armónica de la cultura jurídica europea y el exponente de la identidad básica del orden ético-social, tanto de los pueblos europeos, como de los sectores creadores y difusores de la cultura. En esta dirección abonaría el sentido de su completud y depuración –*ratio scripta*–, su talante tradicional mas no rígido, la formación romanista de los juristas de la época, y su superioridad técnica, como lo demuestra el hecho de que el derecho aragonés histórico, en un claro signo de romanización instrumental, también se explica a través de conceptos romanos, del mismo modo que se ordenan sus preceptos de conformidad al orden de las rúbricas de los libros del Digesto, hasta el punto que la cultura jurídica de los foristas es la cultura del derecho común europeo.

A ello habría que añadir, además, el importante y decisivo papel de las Observancias en la historia y confección del derecho aragonés, puesto que a través de ellas se logra conservarlo, interpretarlo y clarificarlo, gracias a labor de los lugar-

---

<sup>292</sup> A. TORRENT RUIZ. *Op. Cit.* SDHI 81.2015, p. 479.

<sup>293</sup> R. BERNAD MAINAR. *La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno*. RIDROM. Número 17. Octubre, 2016, pp. 1-80.

tenientes del Justicia de Aragón, avezados romanistas instruidos bajo el espíritu medieval de la Escuela de Bolonia, razón por la cual el derecho romano contará con un vehículo de romanización y de penetración propicio. Una vez más, pues, como demuestra este caso, la fuerza de los hechos se impondría a la pretendida y aparente postura oficial.

Más adelante, a lo largo de los siglos XVI y XVII, el ordenamiento jurídico aragonés trata con denuedo de preservar su derecho frente a la tendencia expansiva del derecho castellano, de tal suerte que cuando comienza el proceso codificador, a finales del siglo XVIII e inicios del XIX, se ha consumado la fusión del derecho civil con el derecho de cada Estado y, desde Aragón se manifiesta la adhesión al anhelado Código civil, aun a costa de la pérdida de algunas de sus peculiaridades.

Tras la codificación civil europea, si bien se instaura un nuevo sistema de fuentes que deroga los textos romanos vigentes, sin embargo, los nuevos Códigos civiles toman de aquellos textos el sistema y la teoría jurídica de base, de tal forma que tradicionalmente se ha considerado que el derecho romano constituye la base del derecho civil codificado de la Europa occidental, razón por la que sostenemos que la codificación no constituye el último respiro en la vigencia del derecho romano, sino todo lo contrario, toda vez que, si bien cada país contará con su propio derecho nacional, el *Ius commune* logrará penetrar en buena parte de ellos, hasta convertirse en la verdadera osamenta del derecho privado moderno.

En lo que al derecho aragonés respecta y, tras la experiencia del Apéndice de 1925, la Compilación aragonesa de 1967 va más allá de la mera revisión del Apéndice, pues presenta una nueva concepción en la codificación del derecho aragonés, mediante la adaptación de las leyes y costumbres tradicionales a los nuevos tiempos, sin con ello renegar de su espíritu genuino. De ahí que alcanza una perfecta síntesis y logra un justo equilibrio entre su original carácter popular y una alta calidad técnica y literaria, merced a una redacción muy depurada, y una sobriedad del lenguaje, dechados de concisión, precisión y eficacia. Todo ello nos muestra un derecho singular, autóctono y original, que forma parte de la esencia de los aragoneses, en la medida que resulta conocido y aplicado en asuntos decisivos de la vida doméstica, lo que le ha conferido un carácter de vanguardia, y le ha conducido a erigirse en modelo legislativo.

En esta misma línea argumentativa podemos señalar que el derecho aragonés actual es el fruto de una trayectoria y evolución histórica en la que la incidencia romano-canónica constituye un ingrediente digno de consideración, lo que nos lleva a plantear una relación no excluyente, sino más bien sincrética, entre el

derecho romano y el derecho civil aragonés, lo cual no significa, en modo alguno, abjurar de su carácter *sui generis*, peculiar, hasta el punto de haberse erigido en verdadero sello de identidad, fruto de un recorrido histórico, que se traduce en su versión actual.

Precisamente y, con relación a uno de los retos que tiene ante sí el derecho civil español, cual es la elaboración de un nuevo Código civil, el derecho aragonés enarbola el modelo seguido en la confección del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA) mediante el sistema de reforma previa parcial de las diversas ramas del derecho civil a través de leyes monográficas, que luego se amalgaman armónicamente en un resultado de conjunto.

A su vez, siguiendo con otros retos planteados a nivel más general, no podemos olvidar el relativo a la codificación europea, sobre todo en escenarios más que convulsos en nuestros días (nacionalismo, populismo, brexit), en los que la misma idea de Europa se halla en revisión, al mismo tiempo que la contribución europea permite blandir la reconstrucción económica frente a acontecimientos extraordinarios, por excepcionales y sobrevenidos (pandemia, COVID-19). En este caso el derecho civil aragonés no debe quedarse al margen del reto de la codificación europea, puesto que es un hecho más que notorio que ha sido precisamente en el ámbito del derecho privado donde la unificación del derecho ha alcanzado un mayor nivel de intensidad.

Ineludible y evidentemente, frente a este desafío, en una época marcada por el post-positivismo, se ha de comenzar identificando los elementos comunes y divergentes para que, una vez identificados, se puedan integrar en un derecho uniforme, contribuyendo con ello a la formación de unas bases, cual si se tratara de un nuevo derecho natural integrado por principios afines (*ius commune*), en una reedición, *mutatis mutandis* y, con las matizaciones pertinentes, de la experiencia del *Ius commune* medieval.

En esta tesitura, el derecho comparado adquiere una nueva dimensión, tras rebasar los predios de los sistemas jurídicos nacionales y proyectarse a un plano comparativo externo. Además, el papel de la historia se agiganta fruto de este proceso de unificación jurídica y, en este recorrido, historia y derecho comparado caminan al unísono, de tal manera que el método histórico-comparativo se reivindica ante la necesidad de escudriñar el derecho comparado en su dimensión histórica para apuntalar las bases del futuro derecho unificado. En todo caso, si este método mixto no se enfoca hacia una perspectiva positivista y pragmática, resultará deficiente e insuficiente. En este empeño, ingredientes como la ciencia jurídica, la legislación unida a la jurisprudencia, y la formación legal, se tornan

imprescindibles, debidamente orquestados por un factor político-económico que, a la postre, se erigirá en el brazo ejecutor de este magno proyecto.

Por ello, el resurgimiento de la reconsideración de la experiencia del *Ius commune* puede vigorizarse si el derecho europeo se concibe más bien como la plasmación de una nueva ciencia jurídica europea, y no tanto como un nuevo sistema de normas. Sirva, pues, lo señalado para empoderar el papel de la ciencia jurídica como referente inexcusable de la mera decisión legislativa, gestora de un derecho burocrático ajeno a la verdadera realidad proveniente de una profusa y enjundiosa trayectoria histórica.

De nuevo el derecho romano y el derecho civil aragonés se encontrarán a lo largo de su historia, concretamente ante el proceso de unificación del derecho privado europeo, en la medida que la ciencia jurídica europea y su sustrato eminentemente romanista constituirán en tal cometido un elemento común de apoyo imprescindible.

Así es, el derecho civil aragonés integra el elenco de ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia romanística del derecho, dadas las conexiones que mantiene con la variante del derecho romano-francés y del derecho romano-germánico; a su vez, el carácter vanguardista asumido por el derecho civil aragonés en lo que al ámbito del derecho civil español se refiere, marcando en ocasiones pautas y criterios, lo posiciona como modelo de actuación y soluciones, fruto de la práctica y adaptación a la realidad, sin que ello represente una pérdida de su esencia, pues, trayendo a colación al respecto las palabras del maestro Lacruz Berdejo, “*la readaptación de la solución histórica, es ella misma histórica*”.

Esta es la tendencia que el derecho privado europeo ha de seguir en su proceso unificador, a partir del modelo representado por la ciencia jurídica europea, con raíces en una larga y profusa trayectoria histórica, mediante el rescate y puesta en valor de los principios e instituciones jurídicas que, tradicionalmente y con la necesaria actualización, han configurado uno de los cimientos sobre los que se ha erigido la civilización occidental<sup>294</sup>, junto a la filosofía política griega y al código moral judeocristiano.

Y todo ello a pesar de que el proyecto europeo padezca en nuestros días el flagelo de la incertidumbre, fruto de puntuales turbulencias, convulsiones y procelosidades. Aun así, nos atrevemos a vaticinar y sostenemos que cualquier

---

<sup>294</sup> H. ARENDT. *La condición humana* (trad. Ramón Gil Novales). Paidós. Barcelona. 1993, pp. 37 y ss.

atisbo de convergencia jurídica europea que se precie en el ámbito del derecho privado, alcanzado el ineludible beneplácito político, social y económico sobre el particular, pasará, sin lugar a dudas, por el protagonismo e intervención de la ciencia jurídica europea que, a modo de sólida aleación, logre casar los distintos ingredientes del derecho europeo. Para ello habrá que esgrimir en calidad de acreedor privilegiado y preferente el blasón que en su momento representó el *Ius commune* respecto de la cultura jurídica occidental, de la que seguimos siendo beneficiarios hoy, transcurridos más de diez siglos desde su gestación.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO GARCÍA, R. *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*. Civitas. Madrid, 1989.

ALONSO LAMBÁN, M. *Las formas testamentarias en la alta edad media de Aragón*. Revista de Derecho Notarial nº 5-6, julio-diciembre, 1954, pp. 241-399.

- *Apuntes sobre juristas aragoneses de los siglos XVI y XVII*. Anuario de Historia del Derecho español XXXIII. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid. 1963, pp. 40 y ss.

ALPA, G. *Derecho privado europeo: bases establecidas y planes de acción*. Revista de Derecho Privado. 2003, marzo-abril, pp. 224 y ss.

AMORÓS GUARDIOLA, M. *Dos etapas en la evolución histórica del Derecho civil*. Libro Homenaje a R. M. Roca Sastre. Vol. 1. Madrid. 1976, pp. 493 y ss.

ARENDT, H. *La condición humana* (trad. Ramón Gil Novales). Paidós. Barcelona, 1993.

A.A.V.V. (Coord. PANERO GUTIÉRREZ, R. *El Derecho Romano en la Universidad del siglo XXI. Catorce siglos de historia y catorce siglos de tradición*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.

A.A.V.V. (Coord. CASTRESANA, A). *800 años de historia a través del Derecho romano*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2018.

A.A.V.V. *Manual de Derecho civil aragonés*. (Dir. J. Delgado Echeverría). El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2012.

BASEDOW, J. *Rechtssicherheit im europäischen Wirtschaftsrecht - Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz im Lichte der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung*. ZEuP 4. 1996, pp. 570 y ss.

BAYOD LÓPEZ, M.C. *El Derecho civil aragonés en el contexto europeo de Derecho privado. Evolución histórica y relaciones con el Derecho civil español*. Institución “Fernando el Católico” (IFC). Zaragoza, 2019.

BELLOMO, M. *L'Europa del diritto comune*. Il Cigno Galileo Galilei Ed. di Arte e Scienza. Roma, 1996.

BERNAD MAINAR, R. *De la legítima romana a la reserva familiar germánica*. RIDROM [on line]. Número 14. Abril, 2015, pp. 1-63.

- *Junta de parientes o autorización judicial: ex auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 29 de octubre de 1992*. Revista de Derecho Civil Aragonés. Año nº 1, Nº 1. 1995, pp. 137 y ss.
- *Curso de Derecho privado romano*. Publicaciones UCAB. Caracas, 2001.
- *La fructífera experiencia del ius commune ante el apasionante reto de la unificación del derecho privado europeo*. RIDROM. Número 19. Octubre, 2017, pp. 243 y ss.
- *Ius Romanum pragmaticum versus aequitas romana: una versión anticipada del binomio eficiencia/equidad, emblema del Análisis Económico del Derecho (AED)*. RIDROM. Número 22. Abril, 2019, pp. 72-101.
- *El protagonismo de la doctrina y de la ciencia jurídica en la unificación del Derecho europeo de contratos*. RIDROM. Número 20. Abril, 2018, pp. 192 y ss.
- *La Junta de Parientes en el Derecho civil aragonés*. Colección El Justicia de Aragón. Zaragoza, 1997.
- *Manual de historia del derecho*. Publicaciones UCAB. Caracas, 2012.
- *La pandectística alemana: columna vertebral impercedera del iusprivatismo moderno*. RIDROM. Nº 17. Octubre, 2016, pp. 1-80.
- *Hacia una versión convergente de los modelos tradicionales de transmisión de las cosas muebles*. RCDI nº 774. 2019, pp. 1721-1778.

BERNAD SEGARRA, L.; BUIGUES OLIVER, G. *Las ideas jurídico-políticas de Roma y la formación del pensamiento jurídico europeo*. Publicaciones. Universidad de Valencia. Valencia, 2008.

BERNAL, B.; LEDEZMA, J. *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas*. 3ª edición. Porrúa, México, 1986.

BETANCOURT SERNA, F. *El espíritu del Derecho romano*. Anuario de Historia del Derecho español nº 53, 1983, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=134436> (consultado con fecha 7/05/2020).

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DERECHO ARAGONÉS (BIVIDA): <http://www.derechoaragones.es>.

BIROCCHI, I. *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*. Torino. Giacchippelli, 2002.

- *La formazione dei diritti patri nell'Europa moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico, prassi ed insegnamento*, en *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*. Atti del Convegno internazionale Alghero, 4-6 novembre 2004 (a cura di Birocchi, I.; Matone, A). Viella. Roma. 2006, pp. 41 y ss.

BRETONE, M. *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*. Le nuove frontiere del diritto, 1. 1979, pp. 85 y ss.

- *La storia del diritto romano e la romanistica come storia*, en *Diritto e tempo nella tradizione europea*. Roma-Bari, 2004.

BROGINNI, G. *Significato de la conoscenza storica del diritto per il giurista vivente*, en (P. Caroni/G. Dilcher eds.). *Fra norma e tradizione. Quale storicità per la storia giuridica?* Köln/Weimar/Wien 1998, pp. 59 y ss.

BUENO DELGADO, J.A. *Los rescriptos imperiales como fuente del Derecho*. RIDROM [on line]. 11-2013. pp. 378-435.

BUSSANI, M.; MATTEI, U. *Alla ricerca del nucleo comune del diritto privato europeo*, en Studi in onore di Pietro Rescigno, I. Teoria Generale e Storia del Diritto. Milano. Giuffrè. 1998, pp. 185 y ss.

- *Making European Law. Essays on the common core Project*. Trento, 2000.

CALASSO, F. *Introduzione al diritto comune*. Giannotta. Catania, 1951.

CANNATA, C.A. *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*. Tecnos. Madrid, 1996.

- *L'unificazione del diritto europeo, la scienza giuridica e il metodo stori-comparatistico*, en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva stori-comparatistica. Materiale per un corso di diritto romano*. A cura di Letizia Vacca, Torino. Giappichelli. 1997, pp. 3 y ss.

- *Legislazione, prassi, giurisprudenza e dottrina dal XVIII al XX secolo come premesse per l'avvenire del diritto privato europeo*, en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle sperienze moderna. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo III*, Jovene. Napoli. 1997, pp. 11-47.

- *Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo*, en *Studi in memoria di G. Impallomeni*. Milano. 1999, pp. 47 y ss.
- *Il diritto europeo e le codificaciones moderne*. SDHI n° 56. 1990, pp. 390 y ss.
- *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea I*. Torino, 1976.

CANNATA, C.A.; GAMBARO, A. *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea II*, 4ª edición. Torino, 1989.

CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Gli insegnamenti storico-giuridici e gli orizzonti europei*, en *La nuova giurisprudenza comentata*. 2003/2, pp. 1-15.

- *Diritto romano, diritti europei, storia della scienza giuridica e la didattica nelle nostre università*. *Bullettino del Istituto de Diritto Romano* 40-41, 3. 1998-1999 (2005), pp. 743-754.

CARAVALE, M. *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*. Monduzzi. Bologna. 2005, pp. 1-63.

CASAVOLA, F.P. *Diritto romano e diritto europeo*. *Labeon*° 90. 1994, pp. 161-169.

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Aragón y su derecho (Reflexiones ante la nueva Compilación civil)*. Institución "Fernando el Católico". Zaragoza. 1967, pp. 13 y ss.

CAVANNA, A. *Storia del diritto moderno in Europa*. Giuffrè. Milano, 1982.

CIURO CALDANI, M.A. *Lecciones de filosofía del Derecho privado (Historia)*. Edit. Fundación para las investigaciones jurídicas. Rosario, 2003.

COCKRELL, A. *Studying Legal History in South Africa: The Lesson of Lot's Wife*. *ZEuP* 5. 1997, pp. 438 y ss.

COING, H. *Die Rezeption des römischen Rechts*, in *Frankfurt a. M. Ein Beitrag zur Rezeptionsgeschichte*, 2ª edición. Frankfurt, 1962.

- *Derecho privado europeo I* (trad. Pérez Martín, A.). Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 1996.
- *Europäisches Privatrecht*, II, 19. (Jahrhundert, Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemaligen gemeinrechtlichen Ländern). München, 1989.
- *Ius commune nationale Kodifikation und Internationale Abkommen; Drei historischen Formen ...*, en *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione*, en *Actas del Congreso Internacional de Bari*. 1979, I, pp. 171 y ss.

COING, D.; SACCO, R. *New Perspectives for a Common Law of Europe*. Cappeletti Ed., Publications of the European University Institute. Leyden/London/Sijthoff, 1978.

CORRAL LAFUENTE, J.L. *Historia contada de Aragón*. Librería General S.A. Zaragoza, 2000.

COSTA, J. *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*. Imp. Revista de Legislación. Madrid, 1883 (Guara editorial. Zaragoza, 1981).

CUENA BOY, F. *Derecho romano y dogmática*. Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad (CIAN) n.º. 9. 2006, pp. 319 y ss.

DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho civil de España*. Civitas. Madrid, 1984.

DE HOSPITAL, J. *Observancias del Reino de Aragón*. CAI. Zaragoza, 1977.

DE LA MATA, A. *Un paso más hacia la unificación del derecho privado europeo*. Aranzadi Civil n.º 1. 2003, pp. 2077-2105.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Derecho Foral Aragonés*. Primer Encuentro de Jóvenes. Aragón 84. Albarracín, 16-30 julio. Gobierno de Aragón. Zaragoza. 1985, pp. 87-96.

- *El Derecho*, en *Los Aragoneses*. Colección Fundamentos 57. Istmo. Madrid. 1977, pp. 211-233.

- *El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*. Alcrudo Editor. Zaragoza, 1977.

- *El "Vidal Mayor"*, en *Aragón en el Mundo*. Caja de Ahorros de la Inmaculada. Zaragoza, 1988.

- *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*. 4ª ed. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2012.

- *Retos de la dogmática española en el primer tercio del siglo XXI*, en *Retos de la dogmática española*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2011, pp. 53 y ss.

- *Comentario al artículo 1 de la Compilación aragonesa*, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*. Tomo I (dir. Lacruz Berdejo, J.L.). Diputación General de Aragón. Zaragoza. 1988, pp. 99 y ss.

- *Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón (1880-1925)*. Tomos I y II. Institución "Fernando el Católico" (IFC). Diputación de Zaragoza. Zaragoza, 2005.

DÍEZ-PICAZO, L. *El sentido histórico del Derecho civil*. RGLJ, XXXIX. 1959, pp. 631-642.

D'ORS, A. *Ius europeum, L'Europa e il diritto romano*. Studi in memoria di Paolo Koschaker, I. Milano, 1950.

DOMINGO OSLÉ, R. *La jurisprudencia romana, cuna del Derecho*. Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas N° 81, 2. Madrid. 2004, pp. 371 y ss.

DURÁN GUDIOL, A. *Los condados de Aragón y Sobrarbe*. Guara Editorial S.A. Zaragoza, 1988.

ESCUADERO LÓPEZ, J.A. *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas*. 4ª ed. Edisofer. Madrid, 2012.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1992.

- *Revitalización de la idea de un derecho común europeo*. Revista de Estudios histórico-jurídicos. Valparaíso. 1989-1990, pp. 171 y ss.

- *La dimensión político-cultural del humanismo jurídico*. SCDR n° 12. 2000, pp. 69 y ss.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. *Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión europea*. SDHI n° 64. 1998, pp. 532 y ss.

- *Ciencia jurídica europea y derecho comunitario: Ius romanum. Ius commune. Common Law. Civil Law*. Religión y cultura, n° 245-246, 2008, pp. 401-438.

- *La recepción del Derecho romano en Europa*. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho n° 41. 2014, pp. 4-13.

- *Fundamentos de Derecho Romano*. Centro de Estudios Financieros S.L. Madrid, 2011.

- *Derecho Público Romano*. Dykinson. Navarra, 2019.

- *Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión europea*. SDHI n° 64. 1998, pp. 532 y ss.

FERRAJOLI, L. *Scienze giuridiche*, en STAIANO, C. *La cultura giuridica del Novecento*. Lasterza. Roma-Bari. 1996, pp. 559 y ss.

FONT RIUS, J.M. *La recepción del Derecho romano en la Península Ibérica durante la Edad Media*. Recueil de memoires et travaux, Montpellier (6). 1967, pp. 85-104.

FUENTESECA, P. *La recepción de la idea imperial en la Edad Media española y sus raíces romanas*, en Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias con

motivo de sus bodas de oro con la enseñanza (1936-1986). Tomo II. Madrid. 1988, pp. 747-772.

- *Estudios de Derecho romano*. Fundación Registral. Madrid, 2009.

GALGANO, F. *La Globalización en el espejo del derecho*. Rubinzal Culzoni. Santa Fe de Argentina, 2005.

GAMBARO, A.; SACCO, R. *Sistemi giuridici comparati*. Giappichelli. Torino, 1996.

GARCÍA GALLO, A. *El Derecho local y el común en Cataluña, Valencia y Mallorca*, en *Diritto comune e Diritti locali nella storia dell'Europa*. Acti del convegno di Varenna (12-15 giugno 1979). Giuffrè. Milano. 1980, pp. 229 y ss.

- *Manual de historia del derecho español I*. Madrid, 1982.

GIARO, T. *Diritto romano attuale. Mappe mentali e strumenti concettuali*, en *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*. Roma, 2005.

GORLA, G. *Diritto comparato e diritto comune europeo*. Giuffrè. Milano, 1981.

GROSSI, P. *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*. *Rivista Diritto Civile*. 1996, I, pp. 281 y ss.

- *L'Europe du droit*. Seuil. Coll. Faire l'Europe. 2011, pp. 81 y ss.

HAFERKAMP, H.P. *Geor Friedrich Puchta und die begriffsjurisprudenz*. Frankfurt a.M., 2004.

HALPERIN, J.L. *L'approche historique et la problématique du ius commune*. *Revista International de Droit Comparé*. Volumen 52 n° 4. 2000, pp. 717-731.

HERNÁNDEZ GIL, A. *El concepto de Derecho civil*. Obras Completas I. Madrid, 1987.

HINOJOSA MONTALVO, J.R. *Los judíos en la España medieval: de la tolerancia a la expulsión*, en M<sup>a</sup> de los Desamparados Martínez San Pedro (ed.). *Los marginados en el mundo medieval y moderno*. Instituto de Estudios Almerienses. Almería. 2000, pp. 25-41.

IHERING, R. *El espíritu del derecho romano*. Comares. Granada, 1998.

ISAAC, G. *Manual de derecho comunitario general* (2<sup>a</sup> ed. aumentada y puesta al día por RAMOS RUANO, G.L.). Ariel Derecho. Barcelona, 1983/1991.

ISÁBAL, M. *Sobre el Apéndice Foral Aragonés*. *Revista de Derecho Privado*. Año XIII, n° 150. Madrid. 1926, pp. 83-92.

KOHLER, J. *Eugen Huber und das schweiser Zivilgesetzbuch*, en RheinZ n° 5, 1913, pp. 1 y ss.

KOOPMANS, T. *Hacia un nuevo ius commune*, en The common law of Europe and the future of legal education. Le Droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique. Deventer/Cambridge, 1992.

KOSCHAKER, P. *Europa y el Derecho romano*. Munich, 1947 (trad. española, Madrid, 1955).

- *Europa und das Römische Recht*. Beck. Munich, 1966.

KUNKEL, W-J. *Historia del Derecho romano*. Ariel. Barcelona, 1994.

- *Derecho privado romano* (trad. 2ª edición). Barcelona, 1937, 1966.

- The reception of Roman Law in Germany: an interpretation, en *Pre-reformation Germany*. G. Strauss, Londres, 1972.

- *Römischen Rechtsgeschichte*. 12ª edición. Köln-Wien, 1990.

LABRUNA, L. *Ius europaeum commune*, en *Quaestiones iuris Festschrift J.W. Wolf*. Berlín. 2000, pp. 151 y ss.

LACRUZ BERDEJO, J.L. *Contribución a la metodología del Derecho privado en Aragón*. Anuario de Derecho Aragonés II. 1945, pp. 103-136.

- *El régimen matrimonial de los fueros de Aragón*. Anuario de Derecho Aragonés III. 1946, pp. 15 y ss.

- *Las Concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del Código civil*. Estudios de Derecho privado común y foral I. Boch. Barcelona. 1992 (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Año 1974, pp. 289 a 302).

LALINDE ABADÍA, J. *Iniciación histórica al derecho español*. Ariel. Barcelona. 1970, pp. 168 y ss.

- *La presencia visigoda en el derecho aragonés*. Anuario de Historia del Derecho Español. Tomo XLII. Madrid. 1972, pp. 645 y ss.

- *Situación del derecho romano en el sistema jurídico aragonés*. Revista de Historia del Derecho. Volumen II. Homenaje al profesor M. Torres López. Universidad de Granada. 1977-1978, pp. 169-188.

- *Los Fueros de Aragón*. Librería General. Zaragoza, 1985.

- *El Derecho común en los territorios ibéricos de la Corona de Aragón*. Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común. Murcia. 26/28 de marzo, 1985, pp. 145-178.

- *Derecho y fuero*, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* (dir. J.L. Lacruz Berdejo). Gobierno de Aragón. Zaragoza. 1988, pp. 11-88.
- *Perfil histórico de la foralidad aragonesa*. Conferencia (4 de abril de 1989). I Ciclo de Aproximación al Derecho aragonés. Colectivo Universitario de Cultura Aragonesa, pp. 35-42.
- *El modelo jurídico europeo del siglo XIII*. RHDE núms. 5-6. 1993-1994. Instituto de Derecho común europeo, Universidad de Murcia, pp. 17 y ss.
- *Equitas, Dreito y Drecho en el Reino de Aragón*, en *Los Fueros de Teruel y Albarracín*. Actas de las Jornadas de Estudio celebradas en Teruel y Albarracín los días 17, 18 y 19 de diciembre de 1998, pp. 7-16

LÓPEZ AZCONA, M.A. *La europeización del Derecho civil: crónica de un proyecto inconcluso*. Actualidad jurídica iberoamericana n° 8. 2018, pp. 475-542.

LÓPEZ GONZÁLEZ, G. *Carlomagno y la tradición cristiana de Europa según Christopher Dawson*. Mar Oceana n° 17, 2004, pp. 57-66.

LÓPEZ SUSÍN, J.I. *El Derecho aragonés. Una constante en nuestra identidad*, en *Aragón puertas abiertas* (Coord. José Luis Acín). Lunweg. Barcelona, 2006.

LORENTE SANZ, J.; MARTÍN-BALLESTERO, L. *La norma en el ordenamiento jurídico aragonés*. Consejo de Estudios de Derecho Aragonés. Zaragoza. 1944, pp. 41-45.

MALINTOPPI, A. *Les relations entre l'unification et l'harmonisation du droit et la technique de l'unification ou de l'harmonisation par la voie d'accords internationaux*. Annuaire Unidroit. 1967-1968, pp. 43-67.

MANTELLLO, A. *Ancora sulle Smanie "romanistiche"*. Labeo 48 n° 1. 2002, pp. 7-36.

- *Di certe smanie "romanistiche" attuali*, en *Diritto romano attuale IV*. 2000, pp. 37 y ss.

MARELLA, M.R. *La funzione non sovversiva del diritto privato europeo*, in *Harmonisation Involves History?* (a cura di O. Troiano, G. Rizzelli, M.L. Miletto) Giuffrè. Milano, 2004, pp. 203 y ss.

MARINI, G. *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*. Giuffrè. Milano, 1960.

MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, L. *La casa en el Derecho aragonés*. Estudios de Derecho Aragonés. Zaragoza, 1944.

MARTÍNEZ DÍEZ, G. *En torno a los Fueros de Aragón de las Cortes de Huesca de 1247*. Anuario de Historia del Derecho Español nº 50. 1980, pp. 69-72.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F. *Ius commune, Utrumque ius: Tiempos de Derecho único, tiempos de juristas*. GLOSSAE. European Journal of Legal History 13, pp.371-423.

MAYER-MALY, T. *Antike Elemente in der allgemeinen Rechtslehre des Decretum Gratiani*, en *Ricerca Gallo III*. Napoli. 1997, pp. 211-217.

MERCOGLIANO, F. *Su talune recenti opinioni relative ai fondamenti romanistici del diritto europeo*. Index 33. 2005, pp. 83 y ss.

MERINO HERNÁNDEZ, J.L. *Aragón y su Derecho*. Guara editorial. Zaragoza, 1978.

- *Influencia del pensamiento de Costa en el moderno Derecho aragonés*, en Jornadas “El pensamiento de Joaquín Costa” 10-16 septiembre 1996. Monzón. CEHIMO. Huesca, 1997.

- *Joaquín Costa y el derecho consuetudinario aragonés*. Fundación Matritense del Notariado. Madrid, 1990.

MOLHO, M. *Difusión del Derecho pirenaico en el reino de Aragón*. Boletín de la Academia de Buenas Letras de Barcelona nº 28. 1959-1960, pp. 265-352.

MOLITOR, E.-SCHLOSSER, H. *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*. (trad. Martínez Sarrión). Bosch. Barcelona, 1982.

MONASTERI, P.G.; GIARO, T.; SOMMA, A. *Le radici comuni del diritto europeo, Un cambiamento di prospettiva*. Carocci. Roma. 2005, pp. 19 y ss.

MORALES ARRIZABALAGA, J. *La intervención de la Corte del Justicia y las Cortes del reino en la reformulación del Fuero de Aragón*. Cuarto Encuentro de estudios sobre El Justicia de Aragón. Zaragoza, 16 de mayo de 2003. Zaragoza. El Justicia de Aragón, 2003, pp. 133-153.

- *Formulación y hermenéutica de la foralidad aragonesa (1247-1437)*. *Estudios de Derecho Aragonés*. Cuadernos de cultura aragonesa. Zaragoza. 1994, pp. 69-92.

MORELLI, G. *Dal diritto comune ai codici*. 2ª edición. Bonomo. Bologna, 2003.

MOREU BALLONGA, J.L. *El apéndice foral aragonés de 1925 y encrucijadas del Derecho civil y de la cuestión territorial en España*. *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos* nº 15. 2007-2008, pp. 81-24.

NADAUD, S. *Recherche sur le processus de codification européenne du droit civil*. Thèse Limoges. 2007, nº 466.

- NICHOLAS, B. *Introducción al Derecho Romano*. Civitas. Madrid, 1987.
- NÖRR, K.W. *Das römische Recht zwischen Technik und Substanz: Bemerkungen zu seiner Rolle am Ende des 20. Jahrhunderts*, en *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* I. 1994, pp. 67 y ss.
- *Zur romanistischen Tradition im modernen Europa*, Index XXIII. Jovene. Napoli. 1995, pp. 55 y ss.
- OLIVIER-MARTIN, M. *La coutume de Paris: trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*. Paris, 1925.
- OPPETIT, B. *Retour à un droit commun européen*, en *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*. Société du Législation Comparée. Collection Droit privé comparé et européen. Paris. 2003, pp. 15 y ss.
- PARICIO, J. *Historia y fuentes del Derecho Romano*. 2ª edición refundida. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1992.
- *El derecho romano en la encrucijada*. El Faro. Madrid, 2001.
  - *El legado jurídico de Roma*. Marcial Pons. Madrid, 2010.
- PARICIO, J., FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *Historia del Derecho romano y su recepción europea*. Marcial Pons. Madrid, 2014 y 2017.
- PARRA LUCÁN, M.A. *Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa*. Actualidad Civil nº 3. 2002, pp. 1163 y ss.
- PASA, B. *Crónica de Derecho privado europeo*. Anuario de Derecho Civil nº LXV. 2012, fasc. 1, pp. 1309 y ss.
- PASQUAU LIAÑO, M. *Código civil y ordenamiento jurídico (otra reflexión sobre el devenir del Derecho civil)*. Comares. Granada, 1994.
- PAU PEDRÓN, A. *La convergencia de los sistemas registrales en Europa*. Cuadernos de Derecho Registral. Madrid. 2004, pp. 9-17.
- PÉREZ MARTÍN, A. *El Derecho común y la Unión Europea*. Anales de Derecho de la Universidad de Murcia nº 13. Murcia. 1995, pp. 183 y ss.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P. *La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho privado europeo*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid nº 14. 2006, pp. 201 y ss.
- *El proceso de modernización del derecho contractual europeo*. Dykinson. Madrid, 2013.

PLANITZ, H. *Principios de derecho privado germánico*. Olejnik. Santiago de Chile, 2019.

PUGLIESE, G. *Aspetti del diritto comune europeo*, en Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla, II, Milano. 1994, pp. 178 y ss.

RAINER, M. *Corso di sistemi giuridici comparati*. Giappichelli. Torino, 2004.

RANIERI, F. *Hacia los orígenes del derecho civil europeo. Algunas observaciones sobre las relaciones entre pandectística alemana y doctrina civilista italiana en materia de negocio jurídico*. Revista de Derecho Privado n° 28. Enero-junio 2015, pp. 13-43.

REMIRO BROTONS, A.; RIQUELME CORTADO, R.; ORIHUELA CALATAYUD, E.; DÍEZ HOCHLEITNER, J.; PÉREZ PRAT DURBÁN, L. *Derecho internacional*. McGrawHill. Madrid, 1997.

REMY, P. *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*. Thèmes et commentaires. Dalloz. Paris, 2003.

REOUX-ZAGAME, M.F. *La méthode du droit commun; réflexions sur la logique des droits codifiés*. Revue d'histoire des Facultés de droit et de science juridique, n° 10-11. 1990, pp. 133 y ss.

RESCIGNO, P. *Lo "schuldrecht" del código civile tedesco: l'esperienza di un secolo*, en *A l'Europe du troisième millenaire. Mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*, I. Giuffrè. Milano, pp. 137 y ss.

ROBLES VELASCO, L.M. *El futuro Código europeo de contratos, ¿Una nueva recepción?* RIDROM n° 4. 2010, pp. 56 y ss.

ROCA Y TRÍAS, E. *El Código civil como supletorio de los Derechos nacionales españoles*. Anuario de Derecho Civil. 1978, 2. pp. 227-286.

ROGEL VIDE, C. *Derecho civil. Método y Concepto*. Reus. Madrid, 2010.

SAVALL Y DRONDA, P.; PENÉN Y DEBESA, S. *Discurso Preliminar*, en *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*. Zaragoza. 1866 (ed. facsímil 1991, dir. Delgado Echeverría, J.).

SCHIAVONE, A. *Linee di storia del pensiero giuridico romano*. Giappichelli. Torino, 1994.

SCHIPANI, S. *Derecho romano. Codificación y unificación del derecho. Instituciones*. (trad. Hinestrosa, F.). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1983.

SCHULZ, F. *Principios del Derecho Romano*. Civitas. Madrid, 2000.

SERRANO GARCÍA, J.A. *Panorámica del Derecho civil aragonés*. Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón. Año XXXI, n° 123. Octubre 1991, pp. 63 y ss.

- *Apuntes sobre la codificación del Derecho civil aragonés*, en Azpilcueta. Cuadernos de Derecho n° 12, Donostia. 1998, pp. 93-114

SOLIDORO MARUOTTI, L. *La tradizione romanistica nel diritto europeo. I. Dal crollo dell'Imperio romano d'Occidente alla formazione del ius commune*. Giappichelli Editore. Torino, 2001.

- *La tradizione romanistica nel diritto europeo. II. Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*. Giappichelli Editore. Torino, 2003.

SORDI, B. (Coord.). *Codici. Una riflessione di fine millennio*. Milano. 2002, pp. 263 y ss.

STEIN, P. *El Derecho romano en la historia de Europa*. Siglo XXI España Editores. Madrid, 2001.

TÁCITO, C.C. *Germania (De origine et situ Germanorum)*, [https://onemo-relibrary.com/index.php?option=com\\_djclassifieds&format=raw&view=download&task=download&fid=6642](https://onemo-relibrary.com/index.php?option=com_djclassifieds&format=raw&view=download&task=download&fid=6642)(consultado con fecha 18/04/2020).

TALAMANCA, M. *L'Antichità e i diritti dell'uomo*, en *Convenzione del Consiglio di Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali in onore di Paolo Barile*. Atti dei Convegni Lincei. Roma. 2001, pp. 41 y ss.

- *Le Istituzioni fra diacronia e sistema*. Index 18. 1990, pp. 25-36.

TORRENT RUIZ, A. *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del Derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*. Edisofer. Madrid, 2007.

- *La Pandectística del siglo XIX, último gran andamiaje teórico de los fundamentos del derecho europeo*, en SDHI 81. 2015, pp. 469-514.

- *Derecho público romano y sistema de fuentes*. Edisofer. Zaragoza, 2002.

- *El Derecho romano como instrumento para la crítica del Derecho positivo*. Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo. Volumen I. 1988, pp. 753 y ss.

- *El derecho musulmán en la España medieval*, en RIDROM n° 8. 2012, pp. 143-227.

- *Una aproximación a la legislación visigótica hispana*. RIDROM n° 18. 2017, pp. 1-61.

TORRES AGUILAR, M. *Manual de historia del derecho*. Tecnos. Madrid, 2016.

TROMPENAARS, B.W.M. *Pluriforme unificatie en uniforme interpretatie, In het bijzonder de bijdrage van Uncitral aan de internationale unificatie van het privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1989.

VACCA, L. *I precedenti e i responsi dei giuristi*, en *Lo style della sentenza e l'utilizzazione dei precedenti*. Torino. 2000, pp. 37 y ss.

- *Diritto europeo e indagine histórico-comparatistica*, en *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*. Acti del Convegno internazionale Alghero, 4-6 novembre 2004 (a cura di Birocchi, I.; Matone, A). Viella. Roma. 2006, pp. 541 y ss.

- *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, en *Harmonisation Involves History? Il diritto europeo al vaglio della comparazione e della historia*. Giuffrè. Milano, 2004.

VALDITARA, G. *Note per un diritto del XXI secolo*. Index nº 33. 2005, pp. 79 y ss.

VALENZUELA LA ROSA, J.; SANCHO DRONDA, J.J. *El Apéndice Foral a través de la Jurisprudencia*. Anuario de Derecho Aragonés III. 1946, pp. 375-462.

VAQUER ALOY, A. *La vocación europea del Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo*. La Ley nº 5535, Jueves 2 de mayo de 2002 (D. 119, t. III), pp. 1603-1605.

VICENTE Y GUERRERO, G. *Fundamentación jurídica de los decretos de conquista de 1707. La reacción de los juristas aragoneses: Diego Franco de Villalba y su crisis legal*. AHDE, tomo LXXXVI, 2016, pp. 351-383.

VILLEY, M. *La formation de la pensée juridique moderne*. Leviathan. PUF. Paris, 2003.

WESENBERG, G.; WESENER, G. *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa* (trad. J.J. de los Mozos). Lex Nova. Valladolid, 1998.

- *Aufstieg, Blüte und Crisis der Kodifikationsidee*, en *Festschrift Boehmer*. Bonn. 1964, pp. 34 y ss.

WIEACKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2ª edición. Göttingen, 1967.

- *Historia del Derecho privado en la Edad moderna*. Comares. Granada, 2000.

- *Humanismus und Rezeption*, en *Gründer und Bewahrer*, 1959.

WIJFFELS, A. *Qu'est-ce que le ius commune?*, en *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*. Bruylant. Louvain-la-Neuve. 2005, pp. 643-661.

WINDSCHEID, B. *Tratado de Derecho civil alemán*. Tomo I. Volumen I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1987.

ZIMMERMANN, R. *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010.

- *Europa y el derecho romano*. Marcial Pons. Madrid, 2009.

- *Le droit comparé et l'europeanisation du droit privé*. Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDC). 2007, pp. 451-483.

- *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*. Juristenzeitung. 1992, pp. 8-20.

- *The Law of obligations. Roman Foundations of civilian Tradition*. Cape Town-Wetton-Johannesburg. Juta&Co Ltd.,1990.

- *The Law of obligations*. Chapter 9: Emptio Venditio II. 2.<sup>a</sup> ed. Clarendon Press. Oxford, 1996.

- *Usus hodiernus Pandectarum*, in *Europäische Rechts und Verfassungsgeschichte: Ergebnisse und Perspektiven der Forschung* 61 (a cura di Schulze, R.). 1991, pp. 70 y ss.

- *Codification: history and present significance of an idea*, en *European Review of Private Law (ERPL)*. 1995, pp. 95-120.

- *Civil Code and Civil Law-The europeanization of private law within the European Community and the reemergence of a European legal science*. Columbia Journal of European Law. 1994/1995 n° 1, pp. 63 y ss.

- *Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law*, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 1993, pp. 4-51.

- *Estudios de Derecho privado europeo* (trad. de VAQUER ALOY, A.). Madrid. Civitas, 2000.

- *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (trad. E. Arroyo). Bosch. Barcelona, 2008.

ZWEIGERT, K; KÖTZ, H. *Introducción al Derecho comparado*. Oxford. University Press. México, 2002.

## DISCURSO DE CONTESTACIÓN

A cargo del

Excmo. Sr. Dr. Don José Luis Merino Hernández

Excelentísimas e ilustrísimas autoridades,  
Queridos compañeros y queridas compañeras Académicas  
Señoras y señores.

Cuando conocí a Rafael Bernad, me di cuenta de que estaba en presencia de un hombre que ama el Derecho y su enseñanza. Y de forma muy especial, el Derecho civil aragonés.

Nacido en el zaragozano Herrera de los Navarros, hace ahora 57 años, se licenció en la Universidad de Zaragoza, en 1988, y obtuvo la calificación de Sobresaliente *Cum Laude* en la defensa de su tesis doctoral, “La Junta de Parientes en el Derecho Civil Aragonés”, también en la Universidad de Zaragoza, en 1997.

Ha ejercido la enseñanza durante 25 años, como Catedrático de Derecho Civil y Derecho Romano, en las Universidades Andrés Bello y Central, en la Universidad de Carabobo y en la Católica de Táchira, todas ellas en Venezuela. En la actualidad desempeña el cargo de Director del Grado de Derecho en la Facultad de Comunicación y Ciencias Sociales, de la Universidad San Jorge, de Zaragoza.

Es además Investigador Principal del Grupo de Investigación *Economius-J*, de dicha Universidad. A lo largo de su trayectoria, sus líneas de investigación se han centrado en el Derecho civil aragonés, Historia del Derecho europeo y latinoamericano, régimen legal de las instituciones jurídicas patrimoniales de Derecho privado y, en la actualidad, el Análisis Económico del Derecho.

Es autor de numerosas obras jurídicas, entre otras:

-Su tesis doctoral, “La Junta de Parientes en el Derecho Civil Aragonés”, publicada en la Colección *El Justicia*, en 1997.

-“Aproximación histórica al estudio del Derecho Internacional Privado”, publicada por la UCAB, en 1999.

-“Derecho Romano. Familia y Sucesiones”, publicada por la UCAB en el año 2000.

-“La interpretación jurídica en el Derecho Romano y en el Derecho actual”, Caracas, 2004.

-Y más recientemente, “La relación jurídica obligatoria, columna vertebral del derecho civil patrimonial”, publicada por la editorial Aranzadi, en 2019.

Ha participado en numerosos proyectos de investigación jurídica, ha sido Director de tesis doctorales, trabajos fin de master y de especialización en temas relacionados con el Derecho privado.

Ha sido ponente en numerosos congresos nacionales e internacionales, y es Miembro de Comités Científicos de distintas revistas jurídicas especializadas.

Y entre otras muchas distinciones, en los años 2000 y 2016, obtuvo el Premio de Investigación de la Universidad Católica Andrés Bello, de Venezuela.

Dadas las distintas materias a que dedica su actividad jurídica investigadora y docente, no es de extrañar el tema elegido para su discurso de ingreso en la Academia, “Derecho Romano y Derecho Civil aragonés: objetivación de una dialéctica antagónica”, en el que da muestras sobradas de los profundos conocimientos que tiene en cada una de las materias que aborda.

\* \* \*

Comienza su discurso nuestro nuevo Académico recogiendo la afirmación que, puesta de manifiesto especialmente a partir de la proclamación de la autonomía, se ha hecho indiscutible en Aragón: que el Derecho es un signo de identidad de nuestra Comunidad. Como señala el 1.3 del Estatuto de Autonomía aragonés, “la Comunidad Autónoma de Aragón, dentro del sistema constitucional español, ostenta por su historia una identidad propia en virtud de sus instituciones tradicionales, el Derecho foral y su cultura”.

Una identidad basada, esencialmente, en lo jurídico. Pero no sólo en una juridicidad histórica, representada por el cuerpo de Fueros y Observancias, sino, lo que es más importante, en un modo propio de hacer el Derecho, con aportaciones legislativas singulares que le hacen diferenciarse de otros ordenamientos civiles.

Y un Derecho que, lejos de ser el producto de un ensayo de laboratorio jurídico, goza de plena aceptación por parte del ciudadano aragonés, que lo ha incorporado a su acervo vital.

Partiendo de ese reconocimiento de la identidad jurídica aragonesa, el prof. Bernad, en una primera parte de su discurso, trata, si no de combatir, sí, al menos, de cuestionar otra afirmación que, al respecto, se ha venido repitiendo por algunos juristas aragoneses, especialmente, a partir de mediados del siglo XX, a propósito de la promulgación de la Compilación del Derecho civil de Aragón, en 1967. Un cierto sector de la civilística aragonesa no ha dejado de afirmar que el Derecho aragonés, tradicionalmente, ha mantenido un claro rechazo hacia el Derecho romano, el *ius commune*, y que, en su mayor parte, los viejos fueros tienen su origen en el Derecho germánico, a través del Derecho visigótico. Un tópico, en palabras del prof. Bernad, que él se propone esclarecer, demostrando “la relación existente entre ambos ordenamientos jurídicos, el derecho romano y el derecho civil aragonés”.

No obstante, comienza por reconocer la influencia germánica en determinadas instituciones forales, tales como la comunidad conyugal de bienes y ganancias, el carácter colectivo de la legítima aragonesa, los bienes troncales o de estirpe, los fideicomisos familiares, los pactos sucesorios, el testamento mancomunado, ”e, incluso -afirma-, la figura del consejo doméstico, uno de los posibles antecedentes que se han esgrimido sobre los orígenes de la junta de parientes”.

Instituciones éstas que mantienen hoy su vigencia y que constituyen el núcleo del actual Derecho foral aragonés. Como señala el prof. Lalinde, citado por el prof. Bernad, “unos textos que, aún hoy, constituyen la esencia del Derecho civil aragonés en la práctica cotidiana de los despachos profesionales, en los juzgados y tribunales”. Lo que puedo ratificar por mi experiencia como Notario en Aragón durante casi 44 años, toda mi carrera profesional.

Siempre se ha dicho que ese rechazo al Derecho romano-canónico -el *ius commune*- se produce en Aragón muy temprano, en la elaboración de la llamada Compilación de Huesca, de 1247. En su primera redacción -el “Vidal Mayor”- aparecen instituciones y criterios jurídicos romanos, junto a los propios germánicos. Y ello hizo que, a petición de la Corte se elaborase un segundo texto legal -el “Vidal Menor”- en el que se eliminan los conceptos del *ius commune*, para dejar una compilación mucho más asequible y popular.

Al respecto, resulta interesante preguntarse, como hace el prof. Bernad, por la causa última que llevó a los compiladores de 1247 a rechazar el contenido romanístico inserto en el primer texto compilado.

En relación con ello, creo que son muy esclarecedoras las palabras con que se inicia el prólogo del Vidal Mayor, en la edición de Gunnar Tilander (Lund, 1956): “Nos don Iaymes, por la gracia de Dñs rey d’Aragón et de Maillorgas et de Ualencia, conte de Barçalona et de Urgel et seynnor de Montpessler, acabadas las gananntias de la nuestra conquista...proueydo el tiempo de las armas et entendientes prouehar al tiempo de la paz, el nuestro entendimiento a los fueros d’Aragón por los quoales fueros el dito regno sea gouernado”.

Unas frases que demuestran claramente dos cosas: una, que el Rey de Aragón, como cualquier otro regente a lo largo de la Historia, necesitaba de un Código de leyes para gobernar, unas leyes en las que basar sus actos -sus “feitos”- y con las que regir la conducta de sus vasallos; pero también, y muy principalmente, que esas leyes habían de ser los fueros de Aragón, las normas dadas por sus antecesores desde la fundación del Reyno, en 1035, aplicadas en las distintas urbes que, paulatinamente, iban conquistando a los musulmanes, ajenas al “*ius commune*” que representaba el Derecho romano justiniano.

Como acertadamente dice nuestro nuevo Académico, “no podemos preterir el aspecto ideológico y político del rechazo aragonés al Derecho romano. En efecto, por su través se hacía patente el desiderátum de todo imperio, cual es imponer en su territorio un único derecho (*unum imperium, unum ius*), en una clara expresión de la utilización del derecho como instrumento del poder político”.

Y siguiendo con su argumentación, añade: “En la medida que el Derecho romano-canónico constituiría el ingrediente principal del Derecho castellano, el Derecho romano era concebido para los aragoneses como el derecho imperial que pretendía contribuir por su través a la unificación política anhelada por Castilla”.

Desde mi punto de vista, ese rechazo aragonés al Derecho romano-canónico no lo era sólo como una forma de oponerse a los intentos anexionistas del Reino de Castilla, a través del rechazo del Derecho castellano romanizado, sino también, en la medida en que ese “*ius commune*” pretendía erigirse -como reconoce el prof. Bernad- en un Derecho universal para todos los pueblos europeos, ese rechazo real suponía una radical autoafirmación política.

No obstante ese rechazo al Derecho romano, tiene razón el prof. Bernad cuando afirma que el Derecho aragonés medieval no era un puro Derecho germánico, pues los fueros que lo integraban no tenían una identidad única, sino que en su evolución, al unísono con la evolución de la sociedad aragonesa, sufrieron influencias de otros ordenamientos, sobre todo, en los llamados Fueros de Frontera -como Calatayud, Teruel o Daroca-.

Influencias concretamente del Derecho castellano, del judío o del musulmán. Pero también, curiosamente, del Derecho visigótico, como creo que sucedió con la mayoría de edad por matrimonio, regulada en el Fuero de Teruel, y cuyo origen probablemente se encuentre en el Fuero Juzgo (texto romance de la *Lex Visigotorum*), y que es incorporado al Derecho turolense por influencia de los mozárabes que llegaban, desde el sur de la Península, a repoblar la ciudad de Teruel.

Desde la promulgación de la Compilación de 1247, los reyes aragoneses, por el conocido procedimiento del pacto con sus cortesanos -los cuatro brazos: nobleza, clero, caballeros y burgueses-, fueron incrementando el acervo foral, aprobando una serie de normas en distintas reuniones de Cortes, respondiendo unas veces a criterios propios, ajenos a injerencias de otros ordenamientos jurídicos, especialmente, el romano-canónico, pero en otras ocasiones influido por éste.

Pero casi simultáneamente a la creación del Fuero, nacía en Aragón la Observancia: la interpretación que los juristas prácticos le daban, con criterios doctrinales basados, principalmente, en la costumbre y la jurisprudencia. Muchas de esas observancias vinieron a corregir, enmendar y ampliar los propios fueros.

Por ejemplo, la regulación foral de las ventajas se vio especialmente precisada por la Observancia número 44 de las de Jaime de Hospital, *De iure dotium*, que determinaba que, en sus ventajas, la mujer viuda pudiera separar de la masa hereditaria del marido para sí, mula de cabalgar, pero no mulo o rocín, “quia femininum non concipit masculinum”.

En otras ocasiones, la Observancia corregía el Fuero. Así, la número 20, también de las de Jaime de Hospital, *De iure dotium*, negaba el usufructo de viudedad regulado en la Compilación de 1247, al hombre viudo que tuviera concubina (en el texto compilado sólo se hacía referencia a la mujer que tuviera “manifeste fornicatorem”).

La ausencia de la colación hereditaria se estableció *ex novo* en la Observancia 24 *De iure dotium*, basándose en criterios jurisprudenciales (“de foro” en terminología de los observadores).

En el mismo sentido, creando nuevo Derecho, las Observancias *De testamentis* contienen una regulación pormenorizada de los testamentos, y regulan de forma especial el testamento mancomunado.

Esas Observancias, dice el prof. Bernad, fueron una importante vía de introducción del Derecho romano-canónico en el aragonés, en la medida en que entre los observadores había juristas educados en la Escuela romanista de Bolonia, y en la interpretación del Fuero aportaban, aunque sin mencionarlo directamente, no poco del *ius commune*.

Y ello, sin olvidar la influencia que el notariado aragonés, integrado por prestigiosos juristas educados también en la escuela de Bolonia, tuvo, en su práctica jurídica, en la difusión de ese *ius commune*.

Las Observancias, especialmente a partir de las más importantes, las encomendadas por el rey Juan II al Justicia de Aragón, Martín Diez D'Aux, en 1428, y aprobadas en las Cortes celebradas en Teruel, en 1437, llegaron a convertirse en Derecho positivo en Aragón (como se deduce de la cita que se hace en el Apéndice de 1925 al “Cuerpo de Fueros y Observancias”).

Sobre dicha base, el prof. Bernad llega a una primera conclusión con una hipótesis y propuesta consistente en afirmar “la complementariedad no excluyente” de ambos ordenamientos -el clásico aragonés y el romano-canónico-, “en cuya virtud el Derecho foral -dice- puede preservar su esencia con el auxilio y ayuda incomparable que aportó en su momento el *ius commune*”.

Aportaciones -dice- que dieron como resultado la existencia de una serie de importantes similitudes entre el Derecho aragonés y el romano-canónico: el carácter que el derecho tiene como signo de identidad, el respeto y la observancia de la costumbre, la libertad individual, la conservación e indivisión de la propiedad familiar o la simplicidad y sencillez en las soluciones jurídicas propuestas.

Y, sobre todo, a partir de la moderna elaboración del Derecho civil aragonés, primero con la Compilación del Derecho civil de Aragón, de 1967, y ahora con el Código del Derecho foral de Aragón, de 2011, la confluencia entre ambos ordenamientos es mayor, como lo demuestra, al decir del prof. Bernad, un buen número de figuras que el Código aragonés ha tomado del modelo pergeñado por los juristas romanos y posteriormente delineado por los glosadores y posglosadores. Y cita una serie de figuras jurídicas que no voy a enumerar.

Por todo ello, concluye el prof. Bernad afirmando que “el Derecho aragonés actual es el fruto de una trayectoria y evolución histórica en la que la incidencia romano-canónica constituye un ingrediente digno de consideración...lo cual no significa, en modo alguno -dice-, abjurar de su carácter *sui generis*, peculiar, hasta el punto de erigirse en verdadero sello de identidad, fruto de un recorrido histórico, que se traduce en su versión actual”.

En otro orden de cosas, cuando se analiza la historia de los fueros aragoneses, uno se da cuenta de que la misma ha sido un constante batallar de juristas y políticos aragoneses contra el intento de expansión del Derecho castellano en Aragón y contra el espíritu centralista unificador que se inicia abiertamente con los Decretos de Nueva Planta, de Felipe V, y que seguirá con el proyecto de Código civil español de 1851, y el definitivo Código de 1889. El sistema de Apéndices

-que Aragón aceptó en solitario, en 1925- y el de Compilaciones -nacido del Congreso de Derecho civil de 1941- han sido, hasta ahora, los dos últimos intentos de plasmar ese espíritu en un Código civil único. Sin embargo, la Constitución de 1978 cerró el paso a ese intento unificador con lo que ha dado en llamarse la “constitucionalización de los derechos civiles forales o territoriales”, al permitir su art. 148 que las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio puedan conservarlo, modificarlo y desarrollarlo con nuevas leyes aprobadas en sus respectivos Parlamentos Autónomos.

Pero cerrado este largo capítulo histórico de defensa de la foralidad frente a los intentos uniformadores con el Derecho castellano, se abre ahora una etapa nueva que hace pensar en ese Derecho universal que en otros tiempos representaba el Derecho romano-canónico. Al respecto, en la última parte de su discurso, el prof. Bernad, aboga por un ordenamiento civil único para toda Europa, basado, principal aunque no exclusivamente, en el *ius commune*. Sería lo que él llama “el cuarto reencuentro del derecho romano con la historia”, tras el acaecido primero a través de la civilización romana, después en el Medioevo, con los glosadores y comentaristas, y por fin, en el siglo XIX, gracias al movimiento de la Pandectística alemana.

Abiertamente, el prof. Bernad piensa que la implantación de una cultura europea, objetivo primordial de la Unión Europea, debe conducir a la promulgación de un Código civil único para toda Europa. Para ello -dice- habría que comenzar por un intento de armonización de los principios básicos en los que se inspiran las diferentes legislaciones civiles europeas, tomando de cada una de ellas aquellas normas que puedan ser asumidas por todos los países, para culminar con la unificación del Derecho para todos los estados integrantes de la Unión.

Un ideal ambicioso que, como el mismo prof. Bernad reconoce, es muy difícil de llevar a cabo, máxime en estos momentos del renacer, en varios países europeos, de un nacionalismo disgregador.

Desde mi punto de vista, y con ello termino, creo que de la misma manera que la erección de un imperio conlleva como exigencia ineludible la promulgación de un código de leyes propio, éste sólo es posible en los estados uniformes, con capacidad suficiente para extenderlo a todo su territorio. Creo que mientras la Unión Europea no consiga dar un paso decisivo hacia su unión política, aprobando la hasta ahora malograda Constitución europea, el posible Código único no será una realidad.

Muchas gracias y mis mejores deseos a nuestro nuevo Académico prof. Dr. Rafael Bernad Mainar.



# **LA CONTRATACIÓN SERIADA Y SUS PATOLOGÍAS. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. UN ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA**

Excmo. Sr. Don Juan Ignacio Medrano Sánchez

## **PRELIMINAR**

### **1. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores**

#### **(i) La doble finalidad de la Directiva.**

La contratación seriada o en masa se caracteriza, entre otros particulares, por no contraerse a un espacio nacional. Antes al contrario tiende, especialmente en la contratación *on line*, a desconocer los perímetros territoriales.

En la comunidad europea era necesario eliminar las barreras jurídicas que representaban obstáculos al desarrollo del tráfico jurídico comunitario. Lo que exigía lograr un notable grado de uniformidad jurídica entre los distintos países si se pretendía alcanzar un verdadero y libre tráfico de bienes y de servicios .

Por otro lado, se contemplaba la absoluta necesidad de intensificar la protección del consumidor cuyo papel en la contratación estandarizada queda reducido al de ser un mero adherente a unas condiciones generales y, en no poca medida, también a las condiciones particulares. Encontrándose, por tanto, en una situación de grave vulnerabilidad contractual.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores tiene su base legal en el antiguo artículo 100 A del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea TCE (que después sería el 95) así como en el artículo 135 TCE que constituyó el soporte jurídico

fundamental de la articulación de una política de consumo por la Comunidad Europea. Concretamente el artículo 153 TCE disponía en su apartado 3, letra a):

*“La Comunidad contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante: a) medidas que adopte en virtud del artículo 95 en el marco de la realización del mercado interior”.*

De acuerdo con este precepto se aprobó la citada Directiva 93/13/CEE que perseguía, por tanto, una doble finalidad: por un lado, la consecución de un mercado interior sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales se encontrara garantizada. Y de otro homogeneizar las legislaciones de consumo de los distintos Estados, debido a que las normativas sobre las cláusulas de los contratos celebrados entre profesionales y consumidores eran muy heterogéneas con intensidades de protección muy diversas, lo cual implicaba que los mercados nacionales de venta de bienes y prestación de servicios a los consumidores fuesen muy diferentes y a que pudieran producirse importantes distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de los servicios, en especial, cuando la comercialización se realiza en otros Estados miembros.

#### **(ii) La transposición de la Directiva.**

En orden a la realización de la transposición de la mencionada Directiva a nuestro derecho interno el Consejo de Estado, en Dictamen 2939/1996, de 31 de octubre, establecía tres posibilidades: a) elaborar una Ley especial, transponiendo de forma separada y específica la Directiva; b) modificar parcialmente la entonces vigente Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), a los solos efectos de la transposición de la Directiva; y c) incorporarla a una nueva Ley sobre condiciones generales de contratación (LCGC).

Esta última vía, a juicio del alto órgano consultivo, era la más adecuada, ya que “permitiría extender la protección a los pequeños y medianos empresarios frente a los clausulados generales de las grandes empresas, aprovechando la propuesta del Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación elaborada por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación”.

Finalmente la transposición de la Directiva 93/13/CEE a nuestro ordenamiento jurídico interno tuvo lugar, aunque no de manera completa, en un primer momento mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, que regula las condiciones generales de la contratación (en adelante LGCC), cuya disposición adicional primera contenía la modificación de la LGDCU, dando nueva redacción a su artículo 10 al que se le añadía un nuevo artículo 10 bis.

En definitiva, dos son los textos legales –LGDCU y LCGC- con los que se quiso hacer efectiva la transposición al derecho interno de la Directiva 93/13/CEE, y que constituyeron el marco normativo interno de protección de los consumidores frente a la inclusión de cláusulas abusivas, por parte de los empresarios o profesionales, en las condiciones generales de contratación de los denominados comúnmente como contratos en masa.

El mismo Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 3194/97, consideró que la Directiva sobre cláusulas abusivas “parece haber querido conciliar dos modelos de protección: uno de ellos –modelo alemán-, trata de llevar a cabo una protección de todo contratante, incluidos los empresarios, frente a las condiciones generales de contratación; el otro, -modelo francés- pretende proteger a los consumidores frente a todo tipo de cláusulas abusivas, incluidas las que no son condiciones generales de contratación. El resultado final ha sido una norma que no protege a todo contratante, sino sólo a los consumidores, ni frente a todo tipo de cláusulas abusivas, sino solamente frente a las que no hayan sido negociadas individualmente”.

### **(iii) El contenido de la Directiva.**

Desde la perspectiva de la tutela del consumidor, la Directiva perfilará la contratación que pretende someter a control, la no negociada individualmente, y tendrá como objetivo el de frenar la imposición por parte del prestador de servicios de un clausulado estandarizado abusivo y desproporcionado para el mero adherente consumidor. Cláusulas abusivas serán aquéllas que, pese a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato (art. 3). Se incluyó en la Directiva un anexo “no exhaustivo” de cláusulas que pueden ser abusivas.

La apreciación de abusividad, además, se debía realizar, según las previsiones de la Directiva, atendiendo a la globalidad de las circunstancias concurrentes al tiempo de su celebración (art. 4.1). Y, esto será uno de los elementos polémicos de la Directiva, se previno que tal abusividad no pueda referirse a la correspondencia entre precio y valor de la prestación: “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 proporcionar como contrapartida, por otra“. Es decir que, en principio, la adecuación del precio al valor de bien o contraprestación que le corresponde a ese precio quedan fuera de la valoración de su carácter abusivo, del control de contenido que pudieran realizar los tribunales. El principio de libertad de pacto, como un valor del Derecho de la Unión, como

también lo es en nuestro derecho interno, se concentra en esa inatacabilidad del precio.

El control de la abusividad no opera, por tanto, sobre precio a pagar al prestador del servicio. La Directiva sentará una distinción entre el tratamiento de los elementos esenciales del contrato y los que no lo son, operando respecto de estos últimos siempre el control de contenido. Sin embargo, para que la abusividad se pueda valorar, cuando se pueda, respecto a los elementos esenciales del contrato, tiene que centrarse en la estructura normativa de los derechos y obligaciones de las partes. Aunque sí, a través de el control de esa estructura normativa se pueda terminar incidiendo en el precio. El ejemplo de las cláusulas suelo puede ayudar a clarificar esta aspecto: el tipo de interés es intocable por un tribunal. Pero sí se puede analizar la equidad y justicia material del marco jurídico que conduce a la determinación de ese precio.

El art. 4.2 de la Directiva incluyó una matización a ese límite del control de contenido de los elementos esenciales. Pero tal limitación la formuló con un alcance que no terminó de precisar. Esa excepción a la limitación del control de contenido no opera cuando las cláusulas “se redacten de manera clara y comprensible”. Y sí en caso contrario. A partir de aquí surgirá la polémica: hay que aclarar si la exclusión del control de contenido en cuanto a la relación precio/valor de la prestación no impide tal control, ante la falta de transparencia, o, por contra, concluir que tal control de contenido, entendido en dichos términos, estos es, control de la equidad entre precio y bien o servicio prestado, no es jurídicamente posible en ningún caso y solo cabe el control de la estructura normativa que sirve para terminar concretando el precio. La polémica estaba servida.

Nuestra jurisprudencia ha terminado construyendo, a partir de los textos legales, una triple estructura protectora del adherente. Que si se trata de un consumidor alcanza un nivel de protección particularmente intenso, y con el que se quiere asegurar una contratación en la que el adherente de un consentimiento informado. Y eso se alcanza creando tres barreras de protección: los requisitos de inclusión (aplicables también al no consumidor), los de transparencia cualificada, y el control de contenido o de abusividad.

## PRIMERA PARTE

### I.- TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD: LA HISTORIA DE UN ENREDO JURÍDICO.

El legislador, conforme a la interpretación y estructura que ha establecido la jurisprudencia, ha diseñado tres controles o barreras con las que se pretende defender al consumidor: el control de inclusión, el de transparencia y el de contenido o de abusividad.

El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato. La LCGC se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el art. 5 para establecer los requisitos de incorporación; y en el art. 7 para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato<sup>1</sup>.

Se debe aplicar en primer lugar el filtro negativo del art. 7 LCGC; y si se supera, es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El primero de los filtros mencionados, el del art. 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de

---

<sup>1</sup> Conforme al art. 5 LCGC:

- a) Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes.
- b) Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.
- c) No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.
- d) La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

A su vez, a tenor del art. 7, no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que:

- a) El adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, si ello fuera necesario conforme al art. 5.
- b) Sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

la celebración. La sentencia 241/2013, de 9 mayo, consideró suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión.

El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.

En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

### **1. La transparencia. La comprensibilidad del clausulado no negociado.**

En el marco de ese escenario aflorará primero en la doctrina jurisprudencial interna y después en la del TJUE, el concepto y requisito de transparencia, primero adjetivada con las nociones de material o cualificada, en contraposición a los requisitos de inclusión, ya recogido en la LCGC, que en un primer momento fue llamado de transparencia formal. En los primeros momentos la jurisprudencia identificó esos requisitos de inclusión como transparencia formal, equiparación que debió considerarse que inducía a confusión, de manera que con posterioridad, con acierto entiendo, reservó la noción de transparencia a la inicialmente calificada como material o cualificada.

La noción de transparencia se conecta con la comprensibilidad de lo pactado. Lo que en las previsiones de la Directiva de 93/13 se proyecta con particular relevancia sobre los elementos esenciales del contrato, en términos tales que el adherente o consumidor comprenda el alcance económico de lo que ha pactado.

Conforme a la jurisprudencia del TS y del TJUE, entre otras SSTs 241/2013, de 9 de mayo, 464/2014, de 8 de octubre, 593/2017, de 7 de noviembre, 705/2015, de 23 de diciembre, 247/2019, de 6 de mayo, y 334/2020, de 22 de junio, y SST-JUE de 30 de abril del 2014 (caso Kásler), de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y 20 de septiembre de 2017 (caso Ruxandra Paula Andricius y otros), el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga “antes de la celebración del contrato” de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dicha celebración. De forma que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica

que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo de este.

Respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pase inadvertida al consumidor porque se les da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato. También se ha declarado en reiteradas ocasiones (por todas, sentencia 355/2018, de 13 de junio), que no existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor suficientemente informado.

El adecuado conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Así se puso también de relieve en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, en que el TS afirma que en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia.

## **2. La transparencia como deber de conducta del predisponente.**

En la sentencia del TS de 8 de septiembre 2014 (ponente Orduña Moreno), la transparencia se configura como un deber jurídico de conducta del predisponente, que de no cumplirse acarreará alguna consecuencia jurídica o sanción. En palabras de la citada STS, 8.9.2014, la exigencia de transparencia “*responde a un previo y especial deber de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales*”. En concreto –añade el tribunal–, “*el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada*”.

Y ello pese a la evidente vinculación que tendría que tener la transparencia, es decir, la comprensibilidad del condicionado no negociado con el consenti-

miento del adherente, pues este consentimiento habría de suponer que el adherente conoce y acepta incluir el contenido contractual predispuesto por el prestador de servicios. Lo que, parecería, debería llevar la problemática de esa falta de transparencia a la esfera propia de las patologías en el consentimiento contractual. No será ese el planteamiento de la jurisprudencia ni, definitivamente por el legislador.

Y en la conocida STS de 9 de mayo de 2013, el control de transparencia material se perfila como el “*parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta*” que “*cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo*”.

Y al tiempo de definir esa función de control, la STS de 23/12/2015 advertirá que la misma debe garantizar “*que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él la prestación que va a recibir de la otra parte*” y salvaguardar “*la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto*”.

En descripción más reciente “la transparencia debe concebirse como un valor transversal —de la ciudadanía, de las Instituciones, y del sistema normativo— que nos incorpora plenamente en la Agenda de la Unión Europea, singularmente en la llamada «Europa de los ciudadanos» y en el desarrollo de su modelo de protección genérica de los consumidores, y que se ha convertido ya en incuestionable para acometer con eficacia las imprescindibles reformas estructurales orientadas hacia una rápida y sólida recuperación económica. Y el mecanismo que posibilita su control, según resulta aplicado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), se presenta como la nueva clave de bóveda en la futura arquitectura de nuestro sistema jurídico que en ninguno de sus ámbitos —ni privado ni público— se encuentra actualmente proyectado desde la premisa del control de la transparencia”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> La transparencia como valor transversal. Una aplicación concreta al índice de referencia de los préstamos hipotecarios” Carolina del Carmen Castillo Martínez, en “Actualidad Civil”, mayo 2021

Acababa de nacer en esos momentos, en los que el legislador nacional no había afrontado de manera completa las consecuencias de la falta de transparencia prevenidas en la Directiva, la polémica sobre alcance de ese deber de conducta del predisponente. A saber si su infracción convierte la cláusula no negociada en abusiva, o si serían, si es que las tenía, otras las consecuencias por el incumplimiento de ese deber de conducta del predisponente. Problema que no se resolvió hasta la modificación del art. 83 TRLPCYU por la ley 5/2019, reguladora de los contratos del crédito inmobiliario (en lo sucesivo LCCI).

### **3. La relación entre transparencia y abusividad.**

El concepto de transparencia hace referencia, como se ha dicho, a la comprensibilidad del condicionado general del contrato no negociado, el que el predisponente utiliza en la contratación generalizada con su clientela. Se ha configurado, además, como un específico deber de conducta del predisponente.

La abusividad se refiere, por el contrario, al desequilibrio en las obligaciones y derechos de las partes, en perjuicio del adherente. Un condicionado general puede ser transparente y pese a ello ser abusivo. O a la inversa: puede no ser transparente y pese a ello no ser abusivo, no existir desequilibrio en su contenido. Desequilibrio que se refiere al aspecto jurídico. No a la proporcionalidad, según el mercado, entre servicio y precio, por más que el desequilibrio jurídico pueda tener, que lo tendrá ordinariamente, unas consecuencias patrimoniales.

Siendo conceptos diferentes, un criterio minoritario defendió que la falta de transparencia y de comprensibilidad objetiva de alguna de las cláusulas configuraba un comportamiento abusivo que permitía el control de contenido por los tribunales: admitido para las cláusulas relativas al objeto del contrato la posibilidad de un control de la abusividad cuando no son transparentes. Este control no debe detenerse si se cumplen los requisitos de transparencia, sino que deben ir más allá y referirse a su contenido<sup>3</sup>. Este criterio caló en la jurisprudencia del TS, que lo recogió para un supuesto concreto de falta de transparencia en el tráfico jurídico, en particular en el ámbito de los préstamos hipotecarios. Y en concreto en el mecanismo que limitaba la repercusión excesiva en las subidas y bajadas de los tipos de interés, fijando un techo, a partir del cual la subida tales tipos de interés variable no se repercutían al cliente. Pero a la inversa, fijando de modo paralelo un suelo, de suerte que alcanzado el mismo por la tendencia bajista de los tipos de interés, la misma no beneficiaría al prestatario.

---

<sup>3</sup> Pertñez Vilchez, Francisco, “las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia”, edit Aranzadi, 2004.

Pero ese no era el criterio mayoritario en la doctrina. Alonso Pérez, M<sup>a</sup> Teresa<sup>4</sup> explicaba, a propósito de la STS de 9 de mayo de 2013, el criterio doctrinal mayoritario en ese momento sobre la relación entre transparencia y abusividad: “parece claro, por tanto, que no cabe deducir, como ha hecho la mencionada sentencia, el carácter abusivo de una cláusula, del mero hecho de que no sea transparente. En definitiva, tanto si es transparente como si no lo es, el carácter abusivo habrá que derivarlo de la comprobación de si la cláusula suelo genera, en contra de la buena fe, un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato”<sup>5</sup>.

El art. 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<sup>6</sup> previno que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se refería 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. Este precepto, que no se contenía en las propuestas previas de la Directiva de 1990 y 1992 fue introducido por la preocupación de que los jueces pudieran controlar el equilibrio de los precios. En realidad, según el citado art. 4.2 de la Directiva, la exclusión del control del contenido, del carácter abusivo de estas cláusulas no era absoluta, dado que estaba condicionada a una obligación de transparencia; en concreto, a su redacción clara y comprensible.

La STS 9 de mayo de 2013 (párrafo 207), dedujo que el artículo 4.2 de la Directiva, interpretado a sensu contrario, implicaba que las cláusulas atinentes a la definición del objeto principal del contrato pueden ser declaradas abusivas si no se sujetan a una redacción transparente. Se anticipó así una noción de transparencia inexistente de manera previa en nuestro ordenamiento jurídico, que se

---

<sup>4</sup> Alonso Pérez, María Teresa, Cláusulas frecuentes en préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda: cláusula suelo, cláusula de vencimiento anticipado y cláusula de intereses moratorios excesivamente elevados, Vivienda y crisis económica “, Edit Thomson Reuters, 2014, pág. 149 y ss.

<sup>5</sup> Alonso Pérez, María Teresa recordaba en el mismo trabajo la postura de autores como Cámara Lafuente, Sergio, que consideraba que el último inciso del art. 4.2 de la Directiva debe considerarse como un requisito de incorporación.

<sup>6</sup> Que no se terminó de transponer hasta la reforma del TRLCU operada por la Ley 5/2019, que dio nueva redacción a su art. 83, a cuyo tenor, “las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

configuraba con un alcance diferente al previo requisito de claridad en los términos en los que se incorporan las cláusulas de contratación seriada. Acaba de nacer en la aplicación de los tribunales lo que inicialmente se vino a denominar, ya se ha advertido, la transparencia material, no en contraposición pero si diferenciada de la transparencia formal, que en la terminología actual, afortunadamente, ha recuperado su denominación inicial: la referida a los requisitos de incorporación<sup>7</sup>.

Aunque se atribuye a la sentencia de 9 de mayo de 2013 la identificación de transparencia con abusividad, existían ya sentencias que se introducían en la materia, eso sí con un cierto grado de imprecisión sobre la cuestión, ya que el criterio esencial era el de que el control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato. Tal control de contenido solo era posible por la vía de los requisitos de inclusión y transparencia (STS 18 de junio de 2012).

La STS 9 de mayo de 2013, en definitiva, consagra con claridad el criterio jurisprudencial de que el carácter abusivo de las cláusulas atinentes al objeto principal del contrato no ha de fundarse en el equilibrio objetivo entre el precio y la contraprestación, control que no sería conforme con los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y del Derecho de la Unión, sino que ha de ser un control de transparencia. Hasta aquí se puede decir que la sentencia no introduce nada que no hubiera sido afirmado antes. Pero lo novedoso es que aclaraba que este deber de transparencia nada tiene que ver con la claridad y la comprensibilidad de la cláusula en sí misma considerada, sino que ha de valorarse si mediante la

---

<sup>7</sup> La STJUE 3.6.2010 consideró que no era contraria al derecho comunitario una normativa nacional que permitiera controlar las cláusulas relativas al objeto principal del contrato aun cuando hubieran sido redactadas de manera clara y comprensible (art. 4.2 Directiva 13/1993). Y conforme a la STJUE 1.4.2004, compete al juez nacional determinar si una cláusula reúne los requisitos exigidos para ser abusiva. Tras la referida STJUE 3.6.2010 fueron varias las sentencias del Tribunal Supremo que resolvieron sobre el eventual carácter abusivo de ciertas cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato. En ocasiones, el TS eludió el problema, calificando las cláusulas comprometidas como ajenas al precio y, por lo tanto, plenamente sujetas al control de contenido, como el resto de cláusulas del contrato. Es el caso de las resoluciones que declaran abusivas las cláusulas de redondeo al alza en los contratos de préstamo (SSTS 4.11.2010, 29.12.2010, 2.3.2011 y de la STS 12.12.2011), sobre la cláusula que impone en la compra de un vuelo un cargo por la emisión del billete de embarque. También la STS 13.3.2012 consideró que la cláusula que en ciertos contratos de suministro de canales de televisión impone al cliente alquilar un aparato de descodificación no formaba parte del objeto principal, por lo que declara su carácter abusivo con arreglo al art. 89.4 TR-LGDCU, que tiene por tales, las que imponen la contratación al consumidor de bienes o servicios accesorios no solicitados. Otras resoluciones por contra consideraron que las cláusulas sometidas a examen eran abusivas por una falta de transparencia. En este sentido, la TS 25.11.2011 consideró abusiva la cláusula que repercute al comprador el pago del impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos (plusvalía) por no haberse ofrecido desde el principio una completa información a los compradores.

inclusión de una cláusula dada en el contrato, la onerosidad del contrato, es decir, el acuerdo sobre el precio y la contraprestación, resulta distinto, en perjuicio del consumidor, del que legítimamente creía haber pactado el cliente o consumidor.

En este sentido, la STS 9 de mayo de 2013 define el escenario en el que deben ser controladas las cláusulas atinentes al objeto principal del contrato. Pero siendo esa sentencia el referente más conocido sobre esta cuestión en realidad no fue la más contundente. Aportó la noción de transparencia material como concepto referenciable a la comprensibilidad de las condiciones generales y apuntó la asociación de ese concepto con la abusividad. Y situarnos en la comprensibilidad es colocarnos casi de inmediato en el error en el consentimiento, con un deslinde casi inexistente entre ambos. En el error en el consentimiento se basó la masiva anulación de comercialización de productos financieros, al presumirse el mismo en aquéllos supuestos en los que se incumplieron los deberes legales de información y de formación que la legislación sectorial exigía como deberes de conducta de las entidades bancarias, siquiera no en relación al “consumidor” sino al “cliente”. Figura esta última que paulatinamente viene adquiriendo cada día más peso como sujeto merecedor de una protección que trasciende de la mera condición de consumidor.

Sería la posterior sentencia del TS 08 de septiembre de 2014 (ROJ: STS 3903/2014) la que sentó con más contundencia la diferencia entre el inicialmente denominado control de transparencia formal y el control de transparencia material: “en el ámbito del Derecho de la contratación...el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales” y que “el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013 , C- 427/11 y de 14 de marzo de 2013 , C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)”.

Señalando además, en cuanto a su alcance, que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no podía quedar

reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la fórmula empleada sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, contempla a estos efectos la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014, C-26/13 <sup>8</sup>.

Y la relación entre falta de transparencia con abusividad se hará singularmente patente en la STS 29 de abril de 2015 ( ROJ: STS 2207/2015): “que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá.

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (« la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible »), *porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sus-*

---

<sup>8</sup> Sentencia que determina que “El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que la cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente par el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas de su cargo”.

*tancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.*

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración del equilibrio objetivo entre precio y prestación, *que con carácter general*, no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación, citando a continuación el TS pronunciamientos propios (STS nº 138/2015, de 24 de marzo) como del TJUE que habían recogido esa distinción entre transparencia formal y material <sup>9</sup>.

#### **4. La trascendencia jurídica de la transparencia.**

Bien se verá que si la transparencia pretende lograr un condicionado general en la contratación no negociada comprensible para un consumidor medio (un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz), este requisito, de creación jurisprudencial, se aproximará y mucho al error

---

<sup>9</sup> En el ámbito de la Unión Europea, la STUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que « la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical » (apartado 71), que « esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva » (apartado 72), que « del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo ». La STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove, tras declarar en su apartado 41 que a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia, reviste una importancia esencial para el consumidor la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad predisponente ha de cumplir la prestación pactada de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él, condiciona en su fallo la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que « la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él ».

en el consentimiento. De hecho ese es el cauce que se siguió en las acciones ejercitadas por los inversores minoristas para lograr la anulación de sus contratos de adquisición de productos financieros que tuvieran cierta complejidad y en cuya comercialización las entidades bancarias no tuvieron cuidado ni de informar ni de que las condiciones generales de esos contratos, por ellas predisuestas, tuvieran una especial claridad. Esa falta de información y de transparencia permitió a la jurisprudencia que resolvió esa litigiosidad en masa afirmar que la falta de transparencia permitía presumir el error del consentimiento. En definitiva se pretende lograr en el adherente un consentimiento informado.

Con la expresión control de transparencia material (o solo transparencia: la jurisprudencia, como se ha anticipado, fue abandonando esa terminología que diferenciaba entre transparencia formal -la relativa a los requisitos de inclusión- y la transparencia material, quedando reservado el concepto de transparencia a esta última) se trata de garantizar que a la hora de contratar el adherente tenga un efectivo conocimiento del objeto principal o parte económica del contrato, porque sólo así cabe hablar de un consentimiento auténticamente libre, formado y emitido con plena libertad de saber.

Este requisito de la transparencia del condicionado general, como comprensivo de la carga jurídica y económica del mismo fue, como se ha explicado, obra de la jurisprudencia <sup>10</sup>.

Podría pensarse que, como en otros muchos aspectos, el TS siguió los criterios del TJUE, que el art. 4bis LOPJ le obliga a acatar. Pero no fue así sino, cabalmente, lo contrario. habría de ser primero el TS el que construyó el perfil de transparencia como requisito del condicionado contractual no negociado propio de la contratación seriada y dicho concepto terminaría calando en la doctrina del TJUE.

El TJUE, en su Sentencia de 3 de marzo de 2020 (relativa al índice de variabilidad de los intereses remuneratorios vinculado al IRPH), en el asunto C-125/18, no aclaró su posición sobre la relación entre transparencia y abusividad, aunque esta idea de solidarizar a la falta de transparencia la abusividad se puede encontrar en la STJUE de 28 de julio de 2016 (asunto C 191/15), donde señala que «en particular, el carácter abusivo de esa cláusula puede resultar de una formulación que no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible enunciada en el artículo 5 de la Directiva 93/13. Dada la situación de inferioridad en que se halla el consumidor con respecto al profesional en lo que se refiere, en particular, al nivel de información, esa exigencia debe ser objeto de una interpretación extensiva.» E igualmente, en su

---

<sup>10</sup> Aunque, en rigor, su origen es posible residenciarlo en la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes que, pese a no contar con una formulación legal en nuestro Derecho, sí ha sido abordada por la doctrina estudiosa de la contratación estandarizada.

sentencia de 3 de octubre de 2019 (asunto C 621/17), considerando en su apartado 49 que «la transparencia de una cláusula contractual, que exige el artículo 5 de la Directiva 93/13, es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva». Hay autores que consideran que se podría argumentar igualmente la abusividad y nulidad de las cláusulas cuando no superan el control de transparencia por contravenir el «equilibrio subjetivo» deseado por las partes.

Y esta relación entre la falta de transparencia y abusividad se acogería otra vez por el TS en la sentencia de 20 de enero de 2017 (ROJ 124/2017), en la que se afirmaría que “este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque *la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contraste con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados*”.

El TS citará expresamente en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C-308/15 ), que afirmará en su parágrafo 49 que: «el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ». Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es lo que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor<sup>11</sup>.

De modo similar MIQUEL GONZÁLEZ señalaría que «naturalmente, la falta de transparencia debe entrañar algún perjuicio para el consumidor, pero éste no ha de consistir en un desequilibrio económico objetivo entre las prestaciones, sino que basta que el contrato en su normal ejecución suponga para él una mayor carga económica respecto de la que razonablemente podía ser prevista, aunque esté jus-

---

<sup>11</sup> Añadiendo finalmente que “ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No corresponde a los tribunales la configuración de un tertium genus que no ha sido establecido legislativamente, porque no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores”

tificada objetivamente». E igualmente, hacia esta abusividad por alterar subrepticamente las condiciones económicas que creía legítimamente haber alcanzado el consumidor, aboga Pertíñez Vílchez, quien entiende que la infracción de los deberes de información puede conllevar «la nulidad de una determinada cláusula del contrato por ser abusiva por una falta de transparencia (art. 82 TR-LGDCU), por alterar subrepticamente el acuerdo que creía legítimamente haber alcanzado el consumidor con el prestamista respecto de su obligaciones económicas, a la vista de la información precontractual incompleta aportada por ésta.». En mi opinión, estos criterios doctrinales encubren una clara equiparación entre la falta de transparencia y la abusividad.

## II. LA POSICIÓN DEFINITIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

### 1. Las sentencias del Tribunal Supremo sobre el IRPH, números 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre.

La polémica sobre la relación entre la transparencia y la abusividad se había agudizado en relación a la utilización como referente de la variabilidad de los tipos de interés el IRPH, lo que llevó al planteamiento de una cuestión prejudicial que fue resuelta por el TJUE en su sentencia de 3 de marzo de 2020 (C-125/2018), sentencia que sentó un confuso criterio sobre el tema, pues si bien precisó con claridad los criterios de la norma que regulaba el IRPH en el sentido de considerar que no era derecho interno imperativo y que estaban sometidas al control de transparencia<sup>12</sup>, por contra no terminó de aclarar con el adecuado detalle la relación entre la abusividad y la transparencia.

Ello movió a alguna doctrina a mantener el alcance de la falta de transparencia en la abusividad, en el sentido de que de faltar aquélla, y en el caso del índice IRPH faltaba, era abusiva si suponía un perjuicio al consumidor. Así Per-tinez Vilchez advertía que “la falta de transparencia de una de estas cláusulas no supone per se su nulidad, sino sólo en cuanto que sea instrumental a un perjuicio material para el consumidor, consistente en la alteración subrepticia del acuerdo económico que creía haber alcanzado a partir de una información precontractual incompleta o, en términos similares, en una privación de la posibilidad de

---

<sup>12</sup> “...el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de las mismas, y que (44) habida cuenta de tal situación de inferioridad, la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo. En este contexto incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en el artículo 3, apartado 1, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13, determinar si, dadas la circunstancias propias del caso concreto, la cláusula en cuestión cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que impone dicha Directiva...”, añadiendo que (45) sin embargo, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, puesto en relación con su artículo 8, permite a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esta Directiva que «la apreciación del carácter abusivo» no abarca las cláusulas previstas en aquella disposición, siempre que tales cláusulas se hayan redactado de forma clara y comprensible”. Para terminar concluyendo que (46) “Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que esa misma exigencia de redacción clara y comprensible figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13, que prevé que las cláusulas contractuales deben respetarla «siempre»...”, de lo que deduce “que la referida exigencia se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 71)”.

comparar correctamente la oferta en el mercado”<sup>13</sup>. Lo que cabalmente ya es un afirmación diferente de la que la mera falta de transparencia supone un perjuicio y arrastra a la nulidad del la cláusula. Pero que acaba mezclando todo, la transparencia con el error de consentimiento y con la abusividad.

Las cuatro sentencias citadas del TS que resolvieron sobre la abusividad del índice del IRPH (cinco si se tiene en cuenta la relativa a viviendas de protección oficial) tuvieron la virtud de aclarar y fijar la posición definitiva del TS sobre la relación entre la transparencia material y el carácter abusivo de las cláusulas que configuran una condición general<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Francisco Pertíñez Vilchez: “El devenir de la cláusula IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020: transparencia, carácter abusivo e integración”. *Diario La Ley* 4 de septiembre de 2020.

<sup>14</sup> Previamente la STS identificará el concepto de cláusula general: “

i) El art. 1 LCGC dice que son condiciones generales de la contratación “las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

ii) La sentencia 649/2017, de 29 de noviembre, con cita de sentencias anteriores, recuerda que para que se dé el requisito de la “generalidad” de las condiciones generales de la contratación: “Las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin, ya que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse”. También que: “La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario”. iii) Además, la protección específica prevista para los consumidores se aplica a las “cláusulas no negociadas individualmente” ( arts. 80 y 82 TRLGCU). Añade el art. 80.2 TRLGCU que “el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”. El art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente “cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión”.

v) La doctrina de esta sala ha aclarado que: “a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios” ( sentencia 649/2017, de 29 de noviembre, con cita de otras anteriores, y seguida por las posteriores, 489/2018, de 13 de septiembre, 422/2019, de 16 de julio). De acuerdo con esta jurisprudencia, para que una cláusula pueda considerarse negociada en un contrato suscrito por un profesional o empresario con un consumidor es necesaria una prueba suficiente de los hitos en que el proceso de negociación se plasmó ( sentencia 24/2018, de 17 de enero).

v) Recuerda la sentencia del pleno de esta sala 669/2017, de 14 de diciembre, con cita de otras anteriores, que es posible que una cláusula que se refiere al objeto principal del contrato se haya incluido en el clausulado general y se configure como una condición general de la contratación. También que es posible que una cláusula que recae sobre el objeto principal del contrato no haya sido objeto de negociación individual.

Así lo había venido considerando también el TJUE en diversas sentencias relacionadas con intereses remuneratorios de préstamos a consumidores ( STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16).

En cierta forma puede decirse que el TS volvió así a la casilla de salida, y frente a las variadas interpretaciones que se han pretendido hacer del art. 4.2 de la Directiva, la prevalente es la que entiende que el control de contenido o de abusividad de los elementos esenciales del contrato (recordando que solo en su aspecto normativo) únicamente puede hacerse con relación a lo no transparente, que así no quedan en modo alguno equiparados, sino que este último, en palabras del TS, es antecedente de la abusividad. Otra de las singularidades es que citan sentencias del TJUE que son referentes de los defensores de la equivalencia entre transparencia o falta de la misma y abusividad. Citará además la STS de 9 de mayo de 2013, así como la STJUE de 26 de enero de 2017, caso Banco Primus.

El TS reconocerá sí que en algunas ocasiones se han asimilado en la doctrina del TS falta de transparencia y abusividad (STS 9/5/2012, 24 de marzo de 2015, 29 de abril de 2015 y 8 de junio de 2017, todas ellas referidas a cláusulas suelo), pero ello se explica porque tales condiciones entrañaban un elemento engañoso al aparentar un interés variable cuando era fijo solo variable al alza: “provocan subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación al consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación”.

Es llamativo en ese sentido el voto particular a esas sentencias. En dicho voto particular no se hace cuestión que la mera falta de transparencia no conlleve, per se, la abusividad de una cláusula. Pero sí entiende que las mismas, las relativas al IRPH, lo son por la circunstancia de que, al igual que en las cláusulas suelo, la falta de transparencia permite encubrir una situación de desequilibrio en los derechos y obligaciones. Y en el caso, y a la vista de la norma nacional, entiende que se causó al consumidor un perjuicio, que el voto particular concreta en que se obstaculizara que el prestamista buscara en el mercado otras opciones.

Pero en este sentido, el TS en todas sus sentencias parece anticiparse a esa argumentación del voto particular, advirtiendo que “la redacción actual del art. 83 TRLCU no es óbice para ello, pues no estaba en vigor cuando se concertó el contrato de préstamo hipotecario, ya que se introdujo por la Ley 5/2019, de 5 de marzo, y por tanto no es aplicable para resolver el presente recurso, por lo que no procede ahora su interpretación, *aunque sí conviene puntualizar que en la nueva redacción del precepto el “perjuicio de los consumidores” aparece expresamente contemplado al tratar de la nulidad de las cláusulas no transparentes*”.

## **2. La transparencia hoy. La relación entre los distintos niveles de protección legal frente a la cláusula no negociada.**

La situación y valoración de la transparencia hoy ha quedado determinada por la fijación de su relevancia tanto por el TJUE como por el legislador nacional. Respecto al derecho interno en atención a la nueva redacción dada por la Ley 5/2019 al art. 83.2 TRLGDCU. Y respecto al TJUE, por cuanto en autos de fecha 7 de noviembre de 2021 (C-655/20 y C-79/21), se confirmó la diferenciación entre transparencia y abusividad afirmada en las cuatro sentencias del TS de 12 noviembre de 2020.

En esas resoluciones, el TJUE, por fin y de manera tajante precisa frente a la cuestión que se le plantea de si “cuando un órgano jurisdiccional nacional considera que una cláusula contractual que tiene por objeto la fijación del modo de cálculo de un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, en el sentido del artículo 4, apartado 2, o del artículo 5 de dicha Directiva, le incumbe examinar si esa cláusula es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva”, concluyendo<sup>15</sup> “que la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí sola, carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13”.

Y respecto a la normativa interna representada por el nuevo art. 83.2 TRLGDCU, es de destacar que, primero, el precepto no diferencia entre cláusulas esenciales y las que no lo son. De suerte que así como en las esenciales, el control de transparencia era previo y necesario y solo si tenía un resultado negativo, habría acceso a la realización del segundo control, el de contenido y de abusividad, y en la cláusulas no esenciales se prescindía del control de transparencia; ahora en ambos el control de transparencia pasa a ser relevante por cuanto si no se supera ese control puede, al margen de la abusividad, declararse la nulidad del clausulado afectado por su oscuridad, en la medida en la que cuando cause un perjuicio conllevará la nulidad de dicho clausulado.

---

<sup>15</sup> Contestación que basa en “... puede deducirse de la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60). Así, del punto 3, segundo guion, del fallo de esa sentencia se desprende que los artículos 3, apartado 1, y 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, en caso de que un órgano jurisdiccional nacional considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses aplicables a un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, disposición con la que fundamentalmente se corresponde el requisito de transparencia contemplado en su artículo 5, le incumbe examinar si tal cláusula es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva”.

Y la segunda precisión que conviene hacer, es que la respuesta a esa falta de transparencia que cause un perjuicio, no será la atribución de una acción resarcitoria con la que se compense al consumidor ese perjuicio, si no que se genera la nulidad de la cláusula, con la correspondiente liquidación ex-art. 1303 CC. Y de una nulidad parcial, y en muchos casos de naturaleza financiera. Lo que aplicado a un contrato que mantiene su vigencia y mantiene su dinámica propia puede representar notables dificultades que es posible no encuentren satisfactoria respuesta en el art. 1303 CC. Precepto prevenido para la nulidad total del contrato, y no para una nulidad parcial.

Es posible que cuando el TS advierte en las sentencias del IRPH sobre la nueva redacción del art. 83-2 TRLGPCU no solo está recordando que esa norma en su actual redacción no era aplicable a supuestos de hecho anteriores sino, acaso, que no existía perjuicio. En el caso, al menos el apreciado en el voto particular, el que se privó al cliente de cotejar las propuestas con otras del mercado.

### **3. El anteproyecto de ley de modificación del TRLGDCU: el futuro control de contenido.**

El Ministerio de Consumo elaboró un anteproyecto de ley con el que habilitaba a los jueces a realizar siempre y en todo caso un control de contenido. Sean o no cláusulas esenciales y estén o no redactadas de modo transparente. La reforma pretende que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato (el precio y su contraprestación, así como la adecuación entre uno y otra) sean objeto de control de abusividad por los tribunales. También cuando están redactadas y se presentan al consumidor de modo claro y comprensible. Queda la duda, una vez más, si el legislador se representa de manera adecuada lo que de verdad supone el control de contenido, que no puede suponer en ningún caso que los tribunales fiscalicen al precio.

Esta expansión en el control de los tribunales de las cláusulas abusivas, que tiene un claro sesgo ideológico, es posible dado el carácter de mínimos de la Directiva 93/13, de modo que los Estados Miembros pueden establecer reglas más favorables para el consumidor (art. 8 de la Directiva 93/13).

El art. 4.2 de la Directiva 93/13 dispone, como ya se ha explicado, que “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 comprensibles”.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto expresa que la reforma pretende descartar explícitamente para el Derecho español la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13, de modo que queden sujetas a control de abusividad las cláusulas de determinación del precio u objeto principal y la relación entre el precio que paga el consumidor y los bienes o servicios que el consumidor recibe: “... se lleva a cabo una modificación [...] para la indicación expresa de que el control de las cláusulas abusivas puede versar sobre cualquier elemento de la relación contractual, incluido el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y bienes o servicios prestados como contrapartida”.

Al tratarse de una norma que «restringe» el alcance del control de abusividad, rechazarla en Derecho español estaría permitido por la propia Directiva 93/13.<sup>16</sup>

Ya en fase de anteproyecto esta reforma recibió severas críticas. Lo que es de destacar es que si esta propuesta termina en ley, que es previsible que sí, se habrá terminado produciendo una singular paradoja, pues ahora transparencia y abusividad intercambian los papeles y quedan desconectados el uno del otro. La transparencia pierde ese protagonismo jurídico que se le había pretendido dar fuera del que era su espacio natural, la del error en el consentimiento, la de la anulabilidad, para tratar de convertirla en eje central de la protección al consumidor. Se había predicado incluso habiéndose pretendido, ante una potencial reforma de la Constitución como una suerte de derecho fundamental de los consumidores.

Antes al contrario, ahora se exigirá siempre que esa transparencia opere en perjuicio del consumidor. Sometido pues a una compleja identificación del daño y de la pertinente relación de causalidad. Lo relevante será el carácter abusivo de la cláusula, que conllevará inexorablemente la expulsión del contrato. Y es muy probable que en tribunales se termine confundiendo al alcance del control de contenido y que se entre abiertamente a controlar la equidad de la correlación del precio con el servicio. El peligro existe.

---

<sup>16</sup> El proyecto introduce así un inciso en el actual art. 82 TRLGDCU: «Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente, independientemente del elemento de la relación contractual que se regule en las mismas, que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»

## SEGUNDA PARTE

### I. EL CLIENTE COMO NUEVO REFERENTE DE PROTECCIÓN. LOS CONFLICTOS ASOCIADOS A NORMAS SECTORIALES.

#### 1.- La paulatina superación de la tutela del consumidor.

Se tiende a asociar la contratación seriada o estandarizada con la protección al consumidor. Pero lo cierto es que, fuera de la polémica de la aplicabilidad de la transparencia material a la contratación entre empresarios (negada por la jurisprudencia como ahora se verá), lo cierto es que la conflictividad que se ha solventado en los tribunales se ha referenciado más a supuestos ajenos a lo que es el “acto de consumo” enfocándose hacia la mera condición de cliente que, por la razón que sea, se encuentra en una situación de desigualdad. Será así en algunas normas sectoriales y en ciertas aptitudes de los tribunales que tienden a proteger a la parte contractual más débil, sea consumidor o no. Pero será también en la ley de condiciones generales en la que a todo adherente, sea o no consumidor, se le protegerá con la exigencia de que esas cláusulas generales reúnan unos requisitos mínimos que permitan ser reconocibles, en lo que se ha venido en llamar los requisitos de inclusión.

#### 2. La tutela del inversor.

Los conflictos que han generado un mayor número de procesos judiciales, litigiosidad en masa y en los que la falta de información y de transparencia se han planteado en los tribunales han sido los referidos al inversor de productos financieros, sometidos a una normativa sectorial en la que la protección se concentraba en el inversor que reunía la condición de minorista en contraposición a la posición del inversor profesional. Según el art. 203 LMV<sup>17</sup>.

Señalaba la STS 327/2016, de 4 de febrero de 2016, que “la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis. 3 de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210

---

<sup>17</sup> Conforme al art. 203 LMV “las empresas de servicios y actividades de inversión clasificarán a sus clientes en minoristas, profesionales y contrapartes elegibles. Igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios y actividades de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios.

El concepto de minorista es residual: lo es el que no reúne la condición de profesional, siendo estos aquellos inversores “a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos”.

y siguientes del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre ), acentuó tales obligaciones y las sistematizó de un modo más completo, pero no supuso una regulación realmente novedosa en relación a los principios fundamentales que rigen la materia”.

La STS 633/2015 de 13 de noviembre definirá el contenido del deber de informar al cliente afirmando que :“partiendo de la base de que profesionalidad y confianza son los elementos imprescindibles de la relación de clientela en el mercado financiero, en este tipo de contratos [los de servicios financieros] es exigible un estricto deber de información: el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro”.

A dicho deber de informar se adiciona el deber de la entidad de informarse respecto de las circunstancias del cliente: los test de conveniencia e idoneidad. El art. 19 de la Directiva MIFID, bajo el título “Normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes”, pretende desarrollar “dos grupos de reglas diferentes: información previa de los productos, y conocimiento del cliente: el deber de recabar de su cliente información suficiente como para asesorarlo convenientemente. El deber de las entidades de servicios de información de conocer a sus clientes se ha plasmado en nuestro ordenamiento en el art. 212 TRLM y se concreta en la realización de determinadas pruebas al inversor con la finalidad que las entidades se aseguren “en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes”. Los artículos que le siguen, el 213 y 214 TRLMV, se encargan de regular los llamados test de conveniencia y test de idoneidad. A través de estos test la entidad deberá valorar el nivel de conocimiento y experiencia en materia financiera del que dispone su cliente, valorando si puede llegar a comprender la naturaleza y los riesgos inherentes al producto o servicio de que se trate. La realización de uno u otro test está condicionada al tipo de servicio que la entidad preste al inversor.

El incumplimiento de esos deberes ha servido de fundamento para el ejercicio de acciones de nulidad de la contratación de productos financieros, en las que, como es entendible, las entidades demandadas hicieron valer la inexcusabilidad del error de consentimiento acudiendo, bien a su historial inversor como a la diligencia que le podía ser exigible en los casos de que se trataba de empresas o empresarios.

La STS 19 de octubre de 2020 (ROJ: STS 3333/2020) advertía que “la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un pro-

ducto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos ( sentencias 579/2016, de 30 de septiembre, 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre, 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero, y 11/2017, de 13 de enero). En consecuencia, no puede presumirse que el administrador de unas sociedades dedicadas a la actividad del metal tuviera unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera (p. ej., sentencias 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero y 11/2017, de 13 de enero), y el conocimiento especializado exigible en la contratación de este tipo de productos financieros complejos tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de la empresa, debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad declarada del producto ( sentencia 594/2016, de 5 de octubre”.

### **3. La ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas: la protección del adquirente de viviendas a construir.**

#### **(i) La función de las garantías prevenidas en la ley 57/1968 en el tráfico jurídico.**

La protección se dispensó primero la Ley 57/1968 y después en la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la edificación<sup>18</sup>, respecto al adquirente de viviendas para uso residencial.

Esta ley no merece otra cosa que elogios por la importante función que preventiva y sanadora que ha desempeñado en la protección en el tráfico jurídico de

---

<sup>18</sup> 1. Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción, deberán cumplir las condiciones siguientes:

a) Garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda.

b) Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad de crédito, *bajo su responsabilidad*, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior, más el interés legal del dinero.

aquellas personas que tenían una exposición al riesgo más intensa en la contratación inmobiliaria, la del adquirente de viviendas a construir, que con los anticipos del precio financiaba al vendedor, asumía los riesgos de la promoción inmobiliaria. La exposición de motivos de dicha ley es esclarecedora sobre los abusos y verdaderos delitos que en la época de su promulgación tenían que soportar los adquirentes de viviendas sobre plano.

La Sentencia del Tribunal Supremo 9 marzo 2016 declaró que “la doctrina de esta Sala interpretativa de la Ley 57/1968 ha avanzado en la línea de interpretar dicha norma como pionera en la protección de los compradores de viviendas para uso residencial, incluso de temporada [...]. Esta línea jurisprudencial se ha traducido en atenerse al rigor con el que la propia Ley 57/1968 configura las obligaciones del vendedor y de su asegurador o avalista, superando una concepción predominantemente administrativa de su contenido para dotarla de plenos efectos civiles».

La disposición adicional primera de la LOE, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, prevenía que la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubriría mediante un seguro que indemnizara el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarían en el caso de viviendas a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa. Lo que se mantuvo tras la derogación de la Ley 57/1968 por Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de aseguradoras y reaseguradoras, disponiendo ahora las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción, el deber de que el promotor encubierto asegure de la existencia del aval.

Estas garantías generaron una importante litigiosidad al inicio de la crisis inmobiliaria del año 2008. Una de las peculiaridades de esas garantías era que conformaban o podían terminar conformando un título ejecutivo. Vieron en ella los adquirentes de viviendas un mecanismo para eludir su compromiso adquirido en el contrato, intentando hacer valer esas garantías y ejecutividad, que en el art. 3 de la citada Ley 57/1968 se asociaban a la mera expiración del plazo de entrega de la vivienda. Retraso que exigía una acreditación fehaciente y que llevó a una aplicación restrictiva por los tribunales de esa acción ejecutiva por los tribunales, anclados en la doctrina clásica de que un retraso resolutorio exigía una entidad y

gravedad que no se apreciaba por el mero transcurso del plazo pactado, a salvo que el mismo se hubiera pactado en términos de esencialidad. Postura restrictiva que en este tipo de litigios apreció un intento de eludir sus compromisos ante una radical bajada del valor de lo adquirido por la crisis del mercado inmobiliario.

**(ii) Los deberes de conducta de las entidades bancarias en el tráfico jurídico.**

Pero el deber de control o vigilancia no tiene como mera finalidad aparente la de que estén constituidas las garantías. Esa exigencia tiene un mayor alcance.

En efecto exigir un aval es someter la misma promoción inmobiliaria y al mismo promotor a una evaluación del riesgo, a realizar por una entidad profesional, bancaria o aseguradora. El aval o el seguro sólo se constituirían si estas entidades constatan la viabilidad de la promoción, controlando la solvencia técnica y económica del proyecto y del promotor, su experiencia, el formato jurídico de la promoción, la situación del mercado y sus perspectivas, la titularidad jurídica sobre el solar o solares sobre los que se proyecta la promoción, etc.

Si se realiza esa evaluación del riesgo se impedirían promociones inmobiliarias inviables y, sobre todo, fraudulentas. La exposición de motivos de la Ley 57/1968 es verdaderamente elocuente sobre la finalidad pretendida; el legislador tiene a la vista un conjunto de episodios de grave daño social. La exigencia de un aval no sólo era la creación de una garantía de los clientes sino un sistema, tutelado por las entidades financieras, que daba certeza y seguridad al sector inmobiliario.

Por eso, el incumplimiento de ese deber de garantizar las operaciones de compraventa se ha considerado que fundan la resolución del contrato de compraventa y que fundan también la responsabilidad del administrador de la promotora.

**(iii) Las responsabilidades de las entidades financieras. Su posición de “policía” en el tráfico jurídico.**

Esta tutela no se concreta solo en la necesidad de que la promoción inmobiliaria imponga a cargo del promotor la obligación de constitución de determinadas garantías legales que protejan y aseguren al adquirente de viviendas las devoluciones de las cantidades anticipadas por la compraventa de viviendas a construir, sino sobre todo porque se sanciona la conducta de las entidades de crédito que admiten ingresos realizados por los compradores en cuentas en ellas aperturadas por los promotores inmobiliarios sin asegurarse tales entidades que el promotor tuviera constituidas esas garantías, supuesto que conlleva el que esa admisión se haga bajo la responsabilidad de la entidad que admitió esos ingresos.

La Sentencia 21 diciembre 2015, de pleno, representó la fase final (y el principio de su propia problemática) en el desarrollo jurisprudencial de la Ley 57/1968.

Con carácter general, el conflicto que se resuelve tal sentencia trae causa de un contrato de compraventa de una vivienda sobre plano, un particular se comprometió a adelantar, en plazos determinados, parte del precio final; habiendo cumplido de modo puntual su obligación y como la promotora inmobiliaria, aun después de la concesión de una prórroga del plazo de entrega, no había finalizado la construcción de la vivienda, la compradora solicitó al juez que la tuviese por «desistida» del contrato de compraventa y que condenase solidariamente a la vendedora y a la entidad bancaria en la que se habían efectuado los ingresos a la devolución de los anticipos. Entre otros extremos, resultó probado que la entidad bancaria no exigió la constitución de las garantías previstas en la ley para asegurar la devolución de las cantidades anticipadas por la compradora; que admitió el ingreso de estos anticipos en una cuenta ordinaria que no reunía la cualidad de cuenta especial; y que no pudo desconocer el destino de los anticipos, puesto que en el documento de ingreso constaba su razón —«reserva de vivienda», «20% vivienda»—.

La controversia se centró en la responsabilidad de la entidad bancaria y de cuál sea el alcance que deba darse al inciso final de la «condición segunda» del artículo 1.º de la Ley 57/1968. Tras imponer a los vendedores la obligación de percibir las cantidades anticipadas a través de una entidad bancaria y a depositarlas en cuenta especial, dicha norma establece que «para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria [...], *bajo su responsabilidad*, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior». En definitiva obligación del vendedor de depositar en cuenta especial las cantidades anticipadas por los compradores de viviendas a construir.

La admisión de ingresos en cuentas de la entidad sin que estén constituidas las garantías legales, aval y cuenta especial, no convierte a las entidades bancaria incumplidoras de ese deber en avalistas o garantes sino que convierte el incumplimiento de ese deber de control en una fuente de responsabilidades: “sobre los ingresos en cualesquiera cuentas del promotor” en la propia entidad de crédito, siendo lo relevante si conoció o tuvo que conocer la existencia de esos ingresos a cuenta del precio de venta de viviendas sujetas a dicho régimen, lo que tiene lugar en cuanto advierta la posibilidad de que se estén recibiendo cantidades a cuenta por la compra de viviendas. (entre las últimas, STS de 26 de julio de 2021 (ROJ STS 3227/2021)).

Pues bien, interpretando el tenor de la «condición segunda» del mencionado art.1.º, el Tribunal Supremo fijó la siguiente doctrina: «en las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968, las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una

cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad».

La Ley 57/1968, lo que definió fue, según esta interpretación de la jurisprudencia, un deber de conducta de las entidades bancarias, en concreto realizar una función de vigilancia, de verdadera policía en el tráfico jurídico, en razón a la cual debían controlar, a la luz de los flujos monetarios que se producían en su entidad, por o a favor de promotores inmobiliarios, por las personas físicas, en actos jurídicos que razonablemente sea deducible que responden a operaciones de compraventa de viviendas a construir, a, se repite, controlar y exigir que la actuación del promotor cumpliera a su vez los deberes de afianzar y aperturar la pertinente cuenta especial. El comportamiento debido por la entidad bancaria, se repite que en interpretación jurisprudencial, configura una conducta legalmente debida.

Y ello trae como consecuencia que si se infringe esa obligación legal surge esa responsabilidad también legal: “bajo su responsabilidad”, prevenía el art. 1.2º Ley 57/1968 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Así si se incumple ese deber legal y se ha causado un daño, la pérdida de unos anticipos por no estar garantizados, la entidad bancaria responde, no como garante ni en una condición parificada a la de tal garante, sino porque, al no desarrollar sus funciones de policía, causó un daño.

La entidad no responde como avalista por la sencilla razón de que no es garante. Responde porque ha incumplido un deber legal de conducta, de vigilancia en el tráfico jurídico, al ser reconocible en el mismo una privilegiada posición que le permite un singular conocimiento del mercado inmobiliario.

Esta previsión legal ha llevado a una litigiosidad muy extendida en los últimos años, que ha permitido que múltiples perjudicados por fracasos de promociones inmobiliarias acaecidas en la crisis económica producida a partir del 2008 y en las que los promotores no constituyeron esas garantías legales, el que años después logran el resarcimiento de su perjuicio haciendo responsables a las entidades bancarias por incumplir ese deber de conducta consistente en vigilar que los promotores inmobiliarios tuvieran constituidas las mencionadas garantías legales.

Atendiendo a la finalidad expresada en la exposición de motivos de la Ley 57/1968, la causalidad hay que encontrarla en el ámbito de cualesquiera cantidades anticipadas por el comprador para soportar el coste de la admisión. Sea o no precio en sentido estricto. Por eso en sentencia AP Zaragoza (4ª) de 16 de

septiembre de 2019 (ROJ SAP Z 2150/2019) se determinó la responsabilidad de las entidades por los gastos de constitución de una comunidad de bienes, en una promoción realizada en esa fórmula jurídica y en la que existía un promotor encubierto. Lo relevante es que se trate de aportaciones dinerarias realizadas en cuenta del promotor en la entidad, que es en los términos en los que se acotó esta responsabilidad ( STS 21 de diciembre de 2015 y de 28 de noviembre de 2019)<sup>19</sup>.

La función de policía en el tráfico jurídico que se atribuye por la jurisprudencia a las entidades bancarias se revela con claridad en los términos en los que se expresa la jurisprudencia sobre ese deber de conducta y control de los ingresos en cuentas aperturadas en ella por el promotor, pues la misma surge no solo cuando la entidad sabía que los ingresos respondían a anticipos de compradores de viviendas sobre plano, sino también cuando lo “pudiera saber”. Lo que desvela la conducta proactiva que se le exige a la entidad bancaria.

## **II. LA PROGRESIVA PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO.**

### **1. La protección del empresario en la ley de condiciones generales de contratación. Su exclusión de la tutela otorgada al consumidor.**

El régimen de las cláusulas abusivas se establece en los artículos 80 a 92 TR-LGDCU (Texto Refundido de la LGDCU aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007). Su ámbito de aplicación subjetivo se restringe exclusivamente a las relaciones entre empresarios y consumidores (art. 2 TR-LGDCU). Aunque la definición legal de “consumidor” ha contado con hasta tres versiones (1984, 2007 y 2014) y ha cambiado desde la idea del “destinatario final” de los bienes y

---

<sup>19</sup> La misma Audiencia hacía extensiva esa protección a las aportaciones sociales a una cooperativa de viviendas: “El modelo cooperativo de viviendas se integra en un modelo de economía social como asociación autónoma de personas que se han unido voluntariamente para hacer frente a sus necesidades por medio de una empresa conjunta y controlada por sus propios socios.

Las aportaciones de los socios generan una masa en comunidad con gestión cooperativa y cuya titularidad no ingresa en el patrimonio corporativo, integrándose en una masa común gestionada por la cooperativa pero diferente al capital social, de suerte que si se aportó como “precio” no es factible que sin consentimiento específico del cooperativista pueda disponerse por la Junta su conversión en aportación social. La reciente STS 11/06/2020 (ROJ STS 1577/2020) resaltaba la sustancial diferencia entre la aportación social en una cooperativa y las acciones o participaciones en una sociedad de capital, pues aquellas, a diferencia de estas últimas, no constituyen el criterio básico para atribuir a los socios los medios políticos y económicos en la sociedad y, sobre todo, y en lo que aquí interesa, en la cooperativa el capital social es variable, al fijar sólo un mínimo de capital social, “lo que se conjuga con los principios cooperativos de adhesión voluntaria y abierta (puerta abierta)”, por lo que el socio puede abandonar la cooperativa mediante la recuperación de sus aportaciones, siquiera con las condiciones preñadas estatutariamente.

servicios a la noción propia de las Directivas de “actuar con un propósito ajeno a su actividad comercial”, sigue siendo una definición que excluye su aplicación a empresarios o profesionales que se adhieran a contratos predispuestos dentro de una actividad empresarial. La peculiaridad española de extender la misma protección, a “las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”, considerándolas también “consumidores” (art. 3 TR-LGDCU) no altera la anterior conclusión, que cobra especial trascendencia en cuanto a la exclusión del control de contenido de los contratos entre empresarios.

El régimen diseñado por la LCGC de 1998 para las condiciones generales de la contratación se aplica tanto para contratos de consumo como para contratos entre empresarios, esto es, cualquier adherente (art. 2.3). En esencia, la protección se ciñe al control de incorporación o inclusión (que exista “posibilidad real” de conocer las condiciones generales “y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez”) y a la interpretación de las cláusulas predispuestas e impuestas incorporadas a una pluralidad de contratos. El artículo capital en la separación de los distintos controles (material o de contenido por el TR-LGDCU y formal o de incorporación en la LCGC) en función de si se trata de un contrato de consumo o no es el 8 LCGC, titulado “nulidad” –que sigue al art. 7, titulado “no incorporación” cuando no se cumplan los requisitos de “incorporación”.

Con esta distinción entre nulidad y no incorporación, la Ley dejó claro que la nulidad de una cláusula por abusiva de acuerdo con lo que establezca la Ley de consumidores no puede declararse en un contrato en que ninguna de las partes es un consumidor, sino que ambos son empresarios: “el concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores”. Aunque la Exposición de Motivos de la LCGC de 1998 ratifica expresamente ese entendimiento en varios pasajes (§§ 6-7 y 9-11), introduce un párrafo que parece abrir la puerta a un control de contenido “similar” al de la abusividad para contratos entre empresarios. Sin embargo, esta afirmación abierta (y bastante mal redactada) del preámbulo de la ley no cuenta deliberadamente con ningún respaldo en los artículos de la Ley. Según el polémico y, a la postre, trascendental § 8 del preámbulo de la Exposición de Motivos de la LCGC:

Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de derecho o conductas abusivas. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante

entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas.

En este sentido la STS de 30 de abril de 2015 razonó que “la normativa contenida en la Ley 7/1998, de 13 abril, de Condiciones Generales de la Contratación, es aplicable a todas las condiciones generales, se encuentren en contratos concertados con consumidores o en contratos en los que ninguna de las partes merece esta consideración.

Pero dicha ley no establece un régimen uniforme para unas y otras. Mientras que las normas relativas a la incorporación (art. 5 y 7) y a la interpretación de las condiciones generales (art. 6) son aplicables a todo tipo de condiciones generales, el régimen de la nulidad de las condiciones generales es diferente según que el contrato en el que se integren se haya celebrado o no con un consumidor.

Mientras que en el caso de que el adherente no merezca la calificación legal de consumidor o usuario, solo es aplicable la regla contenida en el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que se limita en la práctica a reproducir el régimen de la nulidad contractual por contrariedad a norma imperativa o prohibitiva del Código Civil, en el caso de que el contrato integrado por condiciones generales se haya concertado con un consumidor, es aplicable el régimen de nulidad por abusividad, establecido actualmente en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE, sobre cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores.

El art. 82 de dicho Texto Refundido establece que « se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato »”.

### **III. LA (FALTA DE) TRANSPARENCIA COMO MOTIVO DE OPOSICIÓN EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN.**

#### **1. La inclusión y la transparencia como causas de oposición.**

La ley 1/2013 de protección del deudor hipotecario introdujo como causa de oposición, tanto en el proceso de ejecución ordinario como en de ejecución hipotecaria, la existencia de cláusulas abusivas en el contrato, siquiera con una llamativa y diferente redacción para uno y otro tipo de ejecución (art. 557.1.7<sup>a</sup>

y 561.1.3<sup>a</sup> LEC para la ejecución ordinaria y el art. 695 1, 4<sup>a</sup> y 3 LEC para la ejecución hipotecaria). El legislador no incluyó la noción de transparencia (o de falta de transparencia) como causa de oposición, pues era un concepto que al tiempo de su promulgación no estaba consolidado. Podríamos interrogarnos sobre la posibilidad de formalizar una oposición a esa ejecución basada en la falta de transparencia (que cuando es en perjuicio del deudor debe haber operado en su perjuicio, y entonces es nula) o incluso el incumplimiento, en cláusulas no negociadas, de los requisitos de incorporación. Para el caso del consumidor parecería incontestable que la respuesta debe ser afirmativa. Basta atender a la forma en la que ha evolucionado la noción de transparencia asociada durante mucho tiempo (y aun hoy) a la abusividad para responder afirmativamente a ese interrogante. Solo que ahora a esa falta de transparencia debe estar acompañada de la existencia de un perjuicio, que se tendrá que acreditar para generar la nulidad pretendida.

Las Audiencias Provinciales, y respecto al proceso de ejecución, han considerado que el empresario deudor en título ejecutivo no puede alegar en el proceso de ejecución el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo, pues aunque el carácter abusivo puede darse en las relaciones entre empresarios las mismas no configurarían la causa de oposición prevenida en el art. 557.1.7<sup>a</sup> LEC, cuyos antecedentes y origen en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección y origen en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, dejó claro que ese cauce procesal se reserva solo a favor de los deudores por acto de consumo.

En efecto el Preámbulo de dicha Ley advertía que la introducción de esa modificación en la regulación del proceso de ejecución “ se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993”.

Por tanto un empresario, lo mismo sea persona jurídica que física, no podrá oponer en un proceso de ejecución ni supuestos de una abusividad contractual que resulte del régimen general de las obligaciones y contratos del Código Civil o de Comercio ni en la normativa de las condiciones generales de contratación. Pero tampoco el incumplimiento por el predisponente de los requisitos de inclusión de las condiciones generales de contratación. Tampoco los de transparencia cuando una normativa sectorial haga extensible la protección que se presta con la misma a un empresario.

El carácter abusivo de cláusulas contractuales no negociadas queda reservada en el proceso de ejecución al consumidor.

## **2. El tránsito de la transparencia a la inclusión.**

Puede apreciarse una tendencia en los tribunales de instancia a incluir supuestos de falta de transparencia en la esfera propia de los requisitos de inclusión. Con ello se pretende alcanzar el mayor grado de protección a los empresarios, sobre todo a pequeños empresarios y autónomos.

En este sentido pueden encontrarse sentencias en las que se ha protegido al, sobre todo, pequeño empresario o autónomo, en sus relaciones frente a grandes prestadores de servicios. La técnica que se utiliza es procurar llevar las cláusulas que se consideren desproporcionadas de la esfera de la inclusión.

Es el caso de la STS de 11 de marzo de 2020, referida a un supuesto de préstamo a persona física para financiar un autotaxi y respecto a una cláusula suelo en el que la audiencia entendió que no era transparente en el sentido formal del concepto por cuanto “al no haber cumplido el Banco las obligaciones administrativas de transparencia (no entregó la ficha FIPER), ni haber advertido específicamente el notario de la existencia de la cláusula suelo, los prestatarios no tuvieron oportunidad real de conocer que el préstamo estaba sujeto a una limitación de la variabilidad del tipo de interés”, advertirá que “no es correcto afirmar, utilizando para ello la cita parcial de alguna sentencia, que la jurisprudencia de esta sala limite el control de incorporación a la comprensibilidad gramatical” y que “como declaramos en la sentencia 314/2018, de 28 de mayo, y hemos reiterado en otras múltiples resoluciones, para que una condición general de la contratación supere el control de incorporación debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato. Es decir, junto al parámetro de la claridad y comprensibilidad, debe concurrir el requisito de la posibilidad de conocimiento, puesto que el control de inclusión es, fundamentalmente, un *control de cognoscibilidad*. Lo que no es solo una construcción jurisprudencial, sino una exigencia expresa de los arts. 5 y 7 LCGC”.

Otro ejemplo se puede ver en la STS de 12 de junio de 2020 (ROJ STS 1591/2020). La Audiencia aprecia incumplimiento de los requisitos de inclusión en una cláusula suelo contenida en un contrato de préstamo otorgado a una sociedad limitada dedicada a la charcutería y carnicería, contraviniendo los arts. 1258 CC y 57 C.Com.

Advertirá el TS en la mencionada sentencia que, aparte del problema de incongruencia que podría derivarse de que la sociedad demandante invocara la falta de transparencia y la audiencia lo resolviera atendiendo a la esfera de los requisitos de incorporación, aparte de ello se repite, lo ocurrido es que la Audiencia Provincial, como sucedió en los casos enjuiciados en las sentencias 647/2019, de 28 de noviembre, y 80/2020, de 4 de febrero, reconduce su argumentación a la buena fe contractual para hacer realmente unos controles de transparencia y abusividad improcedentes en un contrato entre profesionales”.

Otro supuesto en el que el TS no compartirá esa operación intelectual de arrastrar la falta de transparencia a su esfera formal es el de la STS 20 de abril de 2021 (ROJ: STS 1454/2021), que afronta la concertación también de un préstamo para financiar un taxi, y en la que se consideró por la audiencia que se pedía la nulidad de la cláusula suelo contenida en contrato de préstamo hipotecario por abusiva y por falta de transparencia, su eliminación y la condena a la demandada a restituir las cantidades cobradas de más desde la interposición de la demanda. En primera instancia se estimó la demanda, al considerar que la cláusula no superaba el control de incorporación. Razonó que no era de aplicación la normativa de protección al consumidor porque el préstamo se solicitó para la adquisición de un taxi pero consideró que, por aplicación del art. 5 LCGC la cláusula no se había incorporado al contrato porque no fue negociada, no hubo información previa y porque no estaba redactada con suficiente claridad y precisión, ya que la escritura se remitía a un anexo, que si bien estaba firmado por las partes, no llevaba fecha.

Lo que no se comparte por el TS que entendió que “la cláusula cumple con las exigencias de incorporación y no es correcta la afirmación de la sentencia del juzgado (asumida por la Audiencia) de que la cláusula no se habría incorporado por no ser clara y por el hecho de *estar incluida en un anexo al que se remite la escritura*. La cláusula no integrará la oferta y no habrá podido ser aceptada cuando se haga remisión a anuncios, páginas web, folletos o documentos que no se hayan facilitado cuando se firma el contrato (como sucedió en el supuesto de la sentencia 130/2021, de 9 de marzo). Este no es el caso cuando la escritura contiene una referencia a la cláusula suelo y para la fijación del tipo del interés se remite a un anexo que se une a la escritura (y que, además, también aparece firmado). Y que “de la misma manera que en el supuesto objeto de la sentencia 36/2018, de 24 enero, la cláusula cumple con las exigencias de incorporación porque, “en atención a lo que era su objeto, no se advierte que hubiera existido un oscurecimiento en su explicación, ni que se hubiera eludido una forma más nítida de explicarlo. Al contrario, toda la información financiera se ofrece en una sola hoja, aislada, en la que de un golpe de vista puede reconocerse la información

más importante sobre las condiciones financieras del préstamo hipotecario, entre la que se encuentra la cláusula suelo”.

En el mismo sentido la STS de 29 de marzo de 2021 considerará que “el concepto de consumidor debe interpretarse en relación con la posición de la persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona. Al no tener los prestatarios la condición de consumidores, pues los préstamos se destinaron a financiar la compra del local en el que desarrollar el negocio de farmacia, no cabe el control de abusividad, sino únicamente del de incorporación. A diferencia de los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados con consumidores, el control de incorporación o de inclusión es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales. Se trata de un control de cognoscibilidad que requiere que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal. En el caso de las cláusulas suelo, en principio y salvo prueba en contrario, su inclusión en la escritura pública y su lectura por el notario o, en su caso, por los contratantes suele satisfacer ambos aspectos, puesto que su claridad semántica no ofrece duda. En el presente caso (subrogación en un préstamo anterior, con novación de algunas condiciones) no consta la inclusión, aún por mera referencia al préstamo inicial, de la cláusula suelo”.

#### **IV. LA USURA. La tarjeta de crédito *revolving*.**

Un singular resurgir ha tenido ante los tribunales la usura. Afrontada su regulación en la conocida Ley Azcárate (Ley de 23 de julio de 1908 de nulidad de determinados contratos de préstamos usurarios), la misma generó desde su primer momento una polémica sobre sus presupuestos. Una mala redacción de su art. 1 propició una inacabable discusión sobre si el precepto contemplaba dos o tres figuras de usura: los estrictamente usurarios (definidos sobre la base de un interés notablemente superior al del mercado) a los que era exigible un requisito adicional de tipo subjetivo y los falsificados.

Por contra se defendía que en el primer párrafo del art. 1 de la LU podían identificarse dos tipos: el estrictamente usurario, asentado en el interés desproporcionado y haciendo innecesaria la concurrencia de requisitos subjetivos (inexperiencia, carencia de facultades mentales o angustiosa necesidad) y un segundo grupo, el contrato leonino asentado en la idea de que su clausulado lo es siempre en perjuicio para el deudor y para el que, ahora sí, es necesario que concurra

alguno de dichos requisitos subjetivos. esta estructura jurídica es la que se ha utilizado para poner coto a algunos abusos en el tráfico jurídico, en particular sobre la figura de la tarjeta de crédito *revolving*, en las que se contemplan altísimos intereses remuneratorios, con un clausulado general y predispuesto que opera en claro perjuicio del deudor.

En los últimos años se han dictado diversas sentencias por el TS sobre la usura. La misma siempre está presente en el tráfico jurídico y siempre genera procesos judiciales.

Pero hay cuatro sentencias particularmente relevantes. Dos de ellas, 18 de junio de 2012 (ROJ STS 5966/2012) y 7 de diciembre de 2014 (ROJ STS 5771/2014), en las que fue ponente Orduña, y en las que se hará una diferenciación entre la esfera de tutela que propicia la normativa de protección de los consumidores por una parte, y la Ley de Azcárate por otra. Pero en la última sentencia de trataría de argumentar que en la Ley de Azcárate solo hay una unidad jurídica del préstamo usurario, el falsificado aparte.

Advertirán esas sentencias que: “la ley de usura no puede dar lugar a su aplicación diferenciada o subdividida respecto de distintos “tipos” de usura, ya sea distinguiendo en lo que tradicionalmente se ha referenciado como contratos usurarios, leoninos o falsificados; por razón de su interés elevado, de la situación angustiosa del deudor, o de la cantidad realmente entregada, o bien, con base a cualquier otra suerte de clasificación al respecto. Por el contrario, debe resaltarse que el control que se establece se proyecta unitariamente sobre la validez misma del contrato celebrado, sin que pueda diferenciarse la extensión o alcance de la ineficacia derivada. De ahí, entre otros extremos, que su régimen de aplicación, esto es, la nulidad del contrato de préstamo, o negocio asimilado, alcance o comunique sus efectos tanto a las garantías accesorias, como a los negocios que traigan causa del mismo.”

Con independencia del alcance que se quería dar a esa afirmación (aclarada después por la STS de 4 de noviembre de 2015) no deja de dar la impresión de que se pretende argumentalmente huir de esa categorización legal, de la conformación de dos tipos de usura en el primer apartado del art. 1 LU.

Y de esa premisa, unidad de régimen, extrae la mencionada sentencia la consecuencia de que la interpretación del préstamo usurario se debe realizar de forma sistemática teniendo en cuenta la relación negocial en su conjunto”. Lo que permitiría deducir la potencial autonomía del contrato leonino.

Tras ello advertirá la mencionada sentencia que, la noción de usura, etimológicamente, está vinculada a los intereses, y concluirá que esa usura se proyectará

sobre la lesión patrimonial en su conjunto, contando tanto con los intereses remuneratorios como con los moratorios.

Pero con esa argumentación esas sentencias eludirán la figura del contrato leonino, que está inserta en el art. 1 de la Ley Azcárate, y que presenta una autonomía conceptual respecto al préstamo exclusivamente usurario por su interés desproporcionado.

El préstamo leonino, o el contrato leonino en general, es un contrato en el que se genera un relevante desequilibrio contractual entre las partes, y en este sentido el contrato “*revolving*” es un verdadero modelo de desequilibrio. En él hay un señuelo, que es la cuota fácil, en la que de caer el prestatario se introducirá en una deuda perpetua en la que solo abonará prácticamente intereses. El contrato revolving se construye sobre una auténtica telaraña de cláusulas tóxicas que, asentadas sobre una alta tasa de interés y del señuelo de la cuota fácil, conducen al consumidor a una posición financiera gravemente perjudicial.

La realidad conducirá, cuando la capacidad económica del cliente no sea muy alta, a que el cliente vaya concertando varias tarjetas *revolving* que le pasarán a ser necesarias para atender sus necesidades ordinarias de vida, pero con sueldos secuestrados por las financieras: un cliente axfisiado económicamente que buscará abonar las cuotas fáciles mínimas con las que poder subsistir.

Pero en otras dos sentencias, de 15/11/2015 y 4 de marzo de 2020, dando un giro de 180 grados se atenderá a la tasa de interés como único elemento de referencia para la configuración del préstamo usurario.

A estas sentencias se les ha criticado que se ha eludido en ellas la exigencia de la concurrencia de los elementos subjetivos. Dejando de lado la consideración que podamos defender del crédito revolving como contrato leonino, no acierto a comprender que se desconozca la concurrencia en los contratos revolving de un elemento subjetivo cuando la incomprensibilidad de la operativa del préstamo y de sus peligros es innata. Hace falta un altísimo grado de experiencia financiera para comprenderlo y consentirlo de una manera informada. Un consumidor medio no logrará, de no tener importantes conocimientos financieros, comprender el alcance de contratar una tarjeta revolving. En este sentido puede afirmarse que el contrato de tarjeta revolving no es susceptible de comprensibilidad. Ni por tanto de transparencia.

## **V. EL CONTROL DEL PRECIO Y DE LA TRANSPARENCIA COMO MITOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.**

### **1. El control del contenido.**

Bajo la incidencia de la crisis económica la masiva anulación de contratos (de adquisición de activos financieros) o de condiciones generales ha descansado sobre su falta de transparencia.

En realidad, referenciándose la falta de transparencia a la comprensibilidad de los contratos o de sus cláusulas no negociadas, el terreno natural en el que se debería encajar la institución debería ser el del error en el consentimiento.

Así ha sido en los contratos cuyo resultado final es netamente perjudicial para el cliente. Es el caso de los activos financieros en los que la falta de transparencia y el incumplimiento de los deberes de información por la entidad comercializadora del activo financiero llevaba al TS a proclamar la presunción del error en el consentimiento.

Pero en aquellos contratos en los que la nulidad es perjudicial (un contrato de préstamo, por ejemplo, en el que la nulidad obligaría al prestatario a la devolución de una sola vez del íntegro del capital pendiente de amortizar: una paradójica pérdida del beneficio del plazo), la solución tiene que pasar por la posibilidad de integración judicial, conforme a la doctrina del TJUE, que por cierto olvidó nuestro legislador en la reforma del art. 83 TRLGCU por Ley 5/2019. Se deberá sustituir la cláusula abusiva esencial por la más ponderada y usual en el tráfico jurídico.

### **2. El verdadero problema de la contratación no negociada.**

Si nos limitáramos a estas conclusiones sobre la forma en la que opera el control de transparencia y de contenido no se detectaría la patología originaria de esta problemática.

No se puede hacer reparo alguno a que se exija por el ordenamiento jurídico un clausulado de las condiciones generales que sean transparentes. Pero este decenio de crisis, ha puesto en evidencia en los tribunales que el problema originario y de fondo no se residencia o no se residencia sólo en esa falta de transparencia. El verdadero problema de la contratación estandarizada se encuentra en su alto grado de complejidad. La mera transparencia no será suficiente para que el cliente comprenda el alcance de lo que firma. En definitiva, no basta con que un condicionado general sea transparente, es necesaria una formación específica del cliente para cada producto.

Se podrá pensar que al predisponente, al prestador de servicios no se le puede exigir o imponer un deber de conducta que conlleve esa formación. Le debe bastar con confeccionar unas condiciones generales transparentes. A partir de ese momento la responsabilidad para alcanzar un consentimiento informado, de “comprender lo comprensible”, pasaría a cargo del cliente.

Pero desde la experiencia en tribunales en estos años, no de crisis sino del conocimiento jurisprudencial de los conflictos surgidos por ella, se constata con notable certeza que no basta la transparencia del clausulado no negociado. En razón a la complejidad contractual el cliente o consumidor no logrará, ni en ocasiones puede lograr, una comprensión de lo, aunque pueda parecer una contradicción, comprensiblemente expuesto.

Podrá defenderse que al prestador de servicios se le puede exigir que conforme unas condiciones generales transparentes, pero no que forme jurídica y económicamente al cliente. Con ello trasladamos al cliente la carga jurídica y las responsabilidades de comprender lo transparente. Hay que resaltar que la mera transparencia no logrará que los clientes expresen un consentimiento adecuadamente formado en la esfera de la contratación estandarizada. El quid de la cuestión reside, a mi parecer, en la cada día mayor complejidad de la contratación en el tráfico jurídico, y en el que las fórmulas legales que delimitan la diligencia exigible a un consumidor o cliente medio son insuficientes para expresar la capacidad técnica y experiencia necesaria para su comprensión.

En tribunales se han visto implicados años profesionales muy bien formados pero que no entendieron el producto. Es así el caso del administrador concursal (SAP Zaragoza, 4<sup>a</sup>, de 12 de marzo de 2018, ROJ SAP Z 2090/2018) o del registrador de la propiedad (STS 11 de enero de 2019 (ROJ STS 8/2019).

La extraordinaria preocupación que ha expresado la doctrina por evitar que los tribunales se inmiscuyan en la libertad de pacto entre las partes no puede llegar, ponderando el fijado por las mismas, a impedir el que existan casos en los que pueda apreciarse un abuso del derecho o soluciones pactadas desproporcionadas.

## **TERCERA PARTE**

### **I. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN CRISIS. EL MAPA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.**

#### **1. La incidencia de la abusividad en la ejecución hipotecaria.**

Relatar las consecuencias que los controles de inclusión, de transparencia y de contenido han supuesto en la jurisdicción civil quedarían incompletas de no abordarse el proceso en el que más virulencia esos controles afectaron, el de la ejecución hipotecaria. Hasta el extremo de que se llegara a afirmar que la ejecución hipotecaria y aun la misma hipoteca habían muerto. Ciertamente en un momento determinado, como luego se explicará, y que cabe situar en los primeros meses de 2017, los procesos de ejecución hipotecaria colapsaron en los tribunales de instancia.

Una de las peculiaridades de la incidencia de la doctrina del TJUE en la ejecución hipotecaria es que el análisis o el mapeo de las cláusulas abusivas fue pareja al conocimiento y enjuiciamiento sucesivo en los tribunales, TJUE y TS, de las distintas cláusulas. Lo que unido a las graves quiebras que se crearon también sobre los principios procesales de preclusión y de cosa juzgada, llevó a que en un mismo proceso de ejecución hipotecaria se fueran interponiendo sucesivos incidentes de oposición conforme los citados tribunales configuraban una a una las cláusulas abusivas, usualmente incluidas en la mayoría de las escrituras de préstamo. Incluso con posterioridad a la aprobación del remate y al decreto del letrado de adjudicación. Esto es, con transmisión del derecho de propiedad de la finca hipotecada.

#### **2. La cartularidad y carácter documental de la acción ejecutiva.**

Creo particularmente conveniente hacer una precisión inicial sobre la característica básica de la acción ejecutiva. A ella me he referido en diversas ocasiones describiéndola como la cartularidad de la acción. Término con la que se expresa la necesidad de que la acción ejecutiva se ajuste al documento ejecutivo, pues del mismo ha de resultar la razón de ser y existencia de la obligación. Es una deuda vencida porque así resulta de la carta o documento ejecutivo. Es exigible porque así debe resultar del mismo documento. Y debe ser líquida porque los términos de la obligación han debido determinar la forma en la se alcanza la liquidez, mediante el denominado “pacto de liquidez”. En ocasiones lo que se ha podido pactar se debe contrastar con la legislación, que puede condicionar la validez del pacto. Será el

caso de la ejecución hipotecaria, en el que la norma exige el incumplimiento del pago de tres cuotas, normalmente mensualidades. O por cuanto a lo pactado se adiciona el cumplimiento de determinados requisitos legales, como será la liquidez.

Pero debe quedar claro que en todo caso, en un proceso de ejecución hipotecaria, como en cualquier otro proceso de ejecución, los límites de la ejecución vienen marcados por el documento ejecutivo: se puede ejecutar lo que el título ampara y no otra cosa diferente. Y puedo exigir la deuda porque la misma está vencida, es exigible y resulta líquida, según resulta del documento. Toda deuda que reúne estos requisitos es reclamable judicialmente. Pero ejecutivamente solo se puede reclamar cuando la deuda dineraria esté contenida en un título ejecutivo y la misma resulte, del mismo documento o carta, el estar vencida, ser exigible y líquida. Fuera de la carta o documento no hay posibilidad de, ejecutivamente, atribuirle esos requisitos estructurales y será necesario acudir a un juicio declarativo.

### **3. El primer hito de la generación del problema.**

Es conocido que el inicio, aparente, de la problemática surge con la STJUE de 14 de marzo de 2013 que admitió la oposición en el proceso de ejecución hipotecaria del carácter abusivo de algunas cláusulas, lo que determinó al conocer de una cuestión prejudicial planteada en orden a la posibilidad de que los tribunales nacionales pudieran entrar a conocer sobre el carácter abusivo de algunas cláusulas en el proceso de ejecución. Cuestión que resultó de una extraordinaria importancia y es la que terminaría provocando la promulgación de una Ley, la 1/2013, de protección del deudor hipotecario destinada, en lo esencial, a adecuarse a la doctrina del tribunal europeo, permitiendo oponer el carácter abusivo de cláusulas contractuales tanto en el proceso de ejecución ordinaria como en el hipotecario.

### **4. La respuesta del legislador nacional.**

Nuestro legislador reaccionó a esa sentencia introduciendo la abusividad como excepción por razones materiales en la contratación con consumidores, tanto en la ejecución ordinaria como en la ejecución hipotecaria.

Tal reforma se opera con la Ley 1/2013. Como se ha dicho se ampliaron las causas de oposición para defender al consumidor, siquiera llama extraordinariamente la atención los diferentes términos con los que se expresa la consecuencia de la apreciación de la abusividad en uno u otro tipo de ejecución. Lo que desvela, en mi opinión, la preocupación del legislador porque el procedimiento hipotecario continúe, salvando esa abusividad.

En esa reforma se olvidó por el legislador uno de los requisitos de todo proceso de ejecución, el de la necesidad de que estemos reclamando una deuda líquida (arts. 571 y 572 LEC). La consecuencias de la apreciación de esa causa de oposición es la expulsión de la cláusula abusiva, y cuando de cláusulas financieras se trate, como es el caso, pues se han de referir a las que fundan la ejecución o a la cuantía de la deuda, el efecto de ese pronunciamiento es la iliquidez de la deuda.

## **II. LOS SUPUESTOS MÁS RELEVANTES DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.**

### **1. Los intereses moratorios abusivos.**

Las primeras discusiones se centraron, acaso por su carácter llamativo y evidente, en los intereses moratorios, antes usualmente fijados en un sacralizado 29%, o 24 o 25%. Respecto de los que se plantearon dos problemas. Uno donde fijar el parámetro con los que determinar la cifra o tasa en la que pasaban a ser abusivos. Y el segundo qué hacer cuando efectivamente por apreciarse la abusividad la cláusula se expulsaba del contrato.

El artículo 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios consideraba abusivas «las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones». Este precepto era transposición del anexo 1.e, en relación con el artículo 3, de la Directiva 93/13/CEE, con la particularidad de que en el Derecho español, estas cláusulas son siempre abusivas.

En España no existía una limitación legal a los intereses de demora establecidos en préstamos concertados con consumidores. El artículo 1108 del Código Civil prevenía que el interés de demora será el pactado por las partes. De no existir pacto, se aplica el interés legal. Este interés legal se fija cada año por ley, y solo en el ámbito de los préstamos destinados a la adquisición de una vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la propia vivienda, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificó el artículo 114 de la Ley Hipotecaria e introdujo un límite a los intereses de demora, al establecer que los intereses de demora «no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago». Mucho después de que se produjera esa conflictividad, en la Ley 5/2019, del crédito inmobiliario, el interés de demora se limitaría a tres puntos porcentuales por encima de los remuneratorios.

La primera de las cuestiones a solventar era, como se ha anticipado, la de determinar cuando unos intereses moratorios eran abusivos. Y el segundo qué hacer si se anulaban los mismos.

**(i) El primer problema: el límite del carácter abusivo de los intereses moratorios.**

La fijación del parámetro que marcaría la abusividad de unos intereses se solventó con una inimaginable diversidad de criterios en los tribunales. Uno de los primeros utilizados fue el de atender al art. 20 de la LCS, del que resultaba que si el legislador imponía a un gran prestador de servicios como es un asegurador unos intereses a los que se atribuía un carácter sancionador, un consumidor nunca debería soportar unos intereses que alcanzaran esa cifra aritmética.

Otro de los criterios fue atender a la reforma de la LH por Ley 1/2013 que estableció como límite de los intereses legales tres veces el interés legal cuando se trataba de adquisición de la vivienda habitual, lo que llevó a muchos tribunales a utilizar ese parámetro como referencia de la abusividad de los intereses moratorios.

En otras ocasiones se atendía a la proporcionalidad según las circunstancias concretas, con la que se justificaba un mayor interés cuando el riesgo asumido por el prestamista era mayor: la cuantía del préstamo y el plazo de su amortización, el porcentaje del valor de la vivienda hipotecada respecto al principal del préstamo, la existencia y solvencia de fiadores, etc. Sistema que presentaba como inconvenientes, por una parte, el que se terminaba en soluciones con una importante carga subjetiva del tribunal. Y por otra el que esos factores se planteaban en el proceso sin aportación de elemento probatorio alguno.

Otra propuesta fue la de considerar que la cláusula de intereses abusivos expulsada era un contrato sin pacto de intereses, y que, por tanto, debía aplicarse el art. 1108 CC: el prestamista podía así cobrar los intereses legales.

El Tribunal Supremo consideró que era necesario establecer un criterio que diera seguridad jurídica en esta materia y pusiera fin a la disparidad de criterios utilizados por los tribunales de instancia. El criterio jurisprudencial debía combinar la adecuada protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, la disuasión a los predisponentes para que dejaran de utilizar cláusulas que establecieran intereses de demora abusivos, el restablecimiento de un equilibrio real entre las partes, y también debía evitar que el contratante cumplidor recibiera peor trato que el incumplidor y pudiera favorecerse el incumplimiento de los prestatarios.

Así en las sentencias de 22 de abril de 2015 (nº 265/2015), de 7 de septiembre de 2015 (470/2015), y de 8 de septiembre de 2015 (469/2015), el Tribunal Supremo abordó la cuestión del control de abusividad de las cláusulas que establecían el interés de demora en los préstamos personales. En esas sentencias, el Tribunal Supremo siguió los criterios establecidos en la jurisprudencia del

TJUE<sup>20</sup>. Tomó en consideración las normas nacionales aplicables en caso de mora del deudor, en el supuesto de que no se hubiera recogido en el contrato estipulación alguna, bien el interés legal fijado por el Estado a efectos del artículo 1108 del Código Civil, bien diversos tipos de interés fijados para supuestos específicos: Ley de Contratos de Crédito al Consumo, Ley Hipotecaria, Ley del Contrato de Seguro, y Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, interés de demora procesal de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

También comprobó si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual. En este punto consideró que en los contratos de préstamo celebrados por negociación, que debían servir como criterio de referencia, las máximas de experiencia mostraban que el interés de demora se establecía mediante la adición de un pequeño porcentaje sobre el interés remuneratorio pactado.

En aplicación de estos criterios, el Tribunal Supremo consideró que el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio concertado en cada caso, pues:

i) la adición de un porcentaje mayor conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto;

ii) el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa al consumidor, este aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento del interés remuneratorio superior a lo usual en los contratos por negociación.

Las sentencias del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio, aplicaron el mismo criterio (límite de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio) para el control de abusividad de la cláusula del interés de demora en los préstamos con garantía hipotecaria concertados con consumidores. Estas sentencias siguieron la doctrina

---

<sup>20</sup> Sentencias de 14 de junio de 2012 (C-618/10), caso Banco Español de Crédito, de 14 de marzo de 2013, (C-415/11), caso Mohamed Aziz, de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja, y autos de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, caso Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, de 8 de julio de 2015, asunto C-90/14, caso Cajatres, y de 17 de marzo de 2016, asunto C-613/15, caso Ibercaja.

establecida por el TJUE y declararon que, al margen de la finalidad perseguida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que modificó el artículo 114 de la Ley Hipotecaria e introdujo un límite a los intereses de demora del triple del interés legal, ese límite no garantizaba el control de abusividad, pues el interés de demora convenido puede ser inferior al límite legal y, aun así, ser abusivo.

**(ii). El segundo problema: las consecuencias de la declaración de abusividad de los intereses moratorios.**

El segundo problema era, como hemos anticipado, el de determinar las consecuencias de la apreciación de ese carácter abusivo de los intereses moratorios.

También eran dispares los efectos que los distintos tribunales atribuían a la declaración de abusividad del interés de demora. Aquí, como a la hora de determinar cuando eran abusivos los intereses moratorios, la dispersión de criterios entre las Audiencias fue absoluto. También eran dispares los efectos que los distintos tribunales atribuían a la declaración de abusividad del interés de demora.

Algunas audiencias acordaban que cuando el prestatario incurría en mora (situación en la que, por lo general, el prestamista hacía uso de su facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, aunque eso no fuera imprescindible para que se devengara el interés de demora), si la cláusula que establecía el interés de demora era abusiva, el préstamo dejaba de devengar interés alguno, tanto remuneratorio como de demora.

Otros tribunales determinaban que cuando se declaraba la abusividad del interés de demora, el préstamo devengaba el interés legal o el interés fijado con arreglo a algún otro criterio, como por ejemplo el previsto en el artículo 20.4 de la Ley de contratos de crédito al consumo o en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, a los que se ha hecho referencia. Finalmente, otros tribunales acordaban que solo se siguiera devengando el interés remuneratorio.

Y finalmente algunos tribunales de instancia acordaron que cuando el prestatario incurría en mora, si la cláusula que establecía el interés de demora era abusiva, el préstamo dejaba de devengar interés alguno, tanto remuneratorio como de demora.

El Tribunal Supremo declaró que el TJUE había deducido que de la redacción de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 1993/13/CEE, los jueces nacionales estaban obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Si el juez nacional tuviera la facultad de

modificar el contenido de las cláusulas abusivas, podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dichos preceptos, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los operadores jurídicos. El Tribunal Supremo razonó asimismo que, declarada la abusividad de una cláusula, tampoco era posible aplicar de modo supletorio una norma de carácter dispositivo del Derecho nacional, pues el TJUE solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se vea obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quede expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización.

En concreto, cuando se declara abusiva una cláusula que fija el interés de demora en un contrato de préstamo, el TS recordó que el TJUE había determinado que era improcedente la integración del contrato, pues tal declaración de abusividad no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas. El juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, no puede reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, pues debe excluir plenamente su aplicación.

El principio de eficacia obliga a que la técnica de la nulidad de pleno derecho de la cláusula abusiva deba tener un efecto disuasorio, lo que impide la integración del contrato, pues en tal caso el prestador de servicios no se vería desincentivado a excluir condiciones generales en la contratación de carácter abusivo si supiera que toda la sanción que le arrastraría la imposición de las mismas es que el Juez llevara a cabo una integración correctora sustituyendo la cláusula nula por otra proporcionada fijando unos intereses moratorios razonables y proporcionados. Además advirtió que el límite de triple del interés legal para los intereses moratorios en los préstamos para la adquisición de la vivienda habitual, establecido en el art. 114 LH en la redacción de la Ley 1/2013 no podía impedir la apreciación de la abusividad por parte de los tribunales nacionales ( STJUE 17 de marzo de 2016, asunto C- 613/2015 y ATJUE se 11 de junio de 2015, asunto C-602/2013).

## **2. Interés ordinario e interés remuneratorio.**

Otro de los problemas que se exteriorizó era el de encontrar la relación entre los intereses remuneratorios y los moratorios. Anulados por abusivos los moratorios, se planteaba si podían seguir percibiéndose los remuneratorios.

Al principio las audiencias manejan la distinción entre vencimiento anticipado y resolución del contrato. Esa diferenciación tenía su razón de ser en una

añeja polémica doctrinal sobre la naturaleza de ambas instituciones, pues según acreditados mercantilistas del siglo XX, la resolución ex-art.1124 CC no era aplicable al contrato de préstamo, por ser, se decía, un contrato de naturaleza real y del que solo resultan obligaciones para el prestatario. Dificultad técnica que se salvaba acudiendo a la institución del vencimiento anticipado ex-art. 1129 CC, o pérdida del beneficio del plazo. En la polémica doctrinal el vencimiento anticipado no conlleva la resolución del contrato, lo que posibilitaba el que se pudieran seguir percibiendo los intereses remuneratorios.

Esta polémica se trasladó a la confección de pólizas de crédito y escrituras de préstamo por las entidades bancarias frente al impago generalizado del deudor. Unas utilizaban, en solución acaso mayoritaria, la figura del vencimiento anticipado regulada en el art. 1129 CC, precepto que previene la pérdida del plazo por el deudor en alguno de los supuestos tipificados que ponían en duda su solvencia. Que es la que se ha trasladado a la Ley de crédito inmobiliario.

La facultad de dar por vencido el plazo por impago del deudor podía incluirse en la figura del art. 1129 CC en atención a la facultad de autorregulación en las relaciones entre particulares que permite nuestro Código Civil. Aunque aquél precepto contemple supuestos de pérdida de solvencia del deudor: no ha incumplido, al menos en los términos del art. 1124 CC pero su pérdida de solvencia justifica el que el acreedor no tenga que esperar a recibir su contraprestación.

En otras ocasiones, las menos, las entidades bancarias en las escrituras contemplaban la resolución del contrato de préstamo prevenida en el art. 1124 CC. Por tanto, resuelto el contrato no podrían reclamarse los intereses remuneratorios. Lo que no era problemático ni perjudicial para el prestamista, ya que pasaban a cobrar los intereses moratorios. Cuando en materia de consumidores se expulsa la cláusula referida a esos intereses moratorios, es cuando se plantea con toda su crudeza el problema: ni se podrían cobrar los remuneratorios por estar resuelto el contrato, ni los moratorios por estar expulsada la cláusula que los fija.

Parte de nuestra doctrina entendía que la resolución contractual ex art. 1124 CC no era aplicable al contrato de préstamo por tratarse de un contrato real del que solo resultaban obligaciones para el prestatario. Tesis que fue rechazada por el TS en sentencia de 11 de julio de 2018.

La relevancia que tenía la utilización de una y otra figura residía en que existía un debate sobre el vencimiento anticipado en orden a si el mismo suponía o no la resolución del contrato. Pues si se entiende resuelto y no se podían cobrar los moratorios por abusivos tampoco los remuneratorios por estar resuelto el contrato. Mientras que si se entendía que el vencimiento anticipado no conllevaba la

resolución del contrato no había, para la entidad que hubiera utilizado esta institución, dificultad alguna de cobrar los intereses remuneratorios.

Lo cierto es que este debate quedó vacío de contenido por cuanto el TS entendió que, en todo caso, vencimiento anticipado o resolución contractual, se devengaba a favor del acreedor el derecho a percibir intereses remuneratorios.

Así la STS de 22 de abril de 2015 razonaba sobre la distinta función entre un interés, el remuneratorio u ordinario, que tiene por finalidad retribuir la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, mientras que el segundo, el moratorio, supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del deudor. Explicaba esa sentencia que la supresión o expulsión del interés moratorio por ser abusivo conllevaba la supresión del incremento que supone el interés de demora, lo que no excluye la posibilidad de seguir percibiendo, sea resolución o sea vencimiento anticipado, el interés remuneratorio.

Pero el propio TS albergó dudas sobre si esta solución suponía integración contractual vedada por la doctrina del TJUE y reaccionó ante el planteamiento por distintos tribunales de instancia de diversas cuestiones prejudiciales que, en esencia, ponían en cuestión esa doctrina, por lo que mediante auto de 22 de febrero de 2017 planteó su propia cuestión prejudicial. Se razona en tal auto que “en definitiva, la supresión total de la indemnización por el incumplimiento contractual, por razón de su carácter desproporcionado y, por tanto, abusivo, no justifica que se elimine el precio del servicio, que es el interés remuneratorio”, añadiendo que “esta solución no supone, ... una integración del contrato mediante la moderación del interés de demora hasta límites admisibles (lo que la doctrina ha llamado «reducción conservativa» de la cláusula), que el TJUE ha declarado incompatible con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE . Esta integración incompatible con el Derecho de la Unión Europea se habría producido si el Tribunal Supremo, tras declarar la cláusula abusiva, hubiera acordado que se siguiera devengando un interés de demora consistente en el interés remuneratorio incrementado en dos puntos porcentuales, esto es, un interés de demora reducido a un tipo no abusivo. Pero esa no ha sido la solución adoptada, puesto que el recargo abusivo ha sido eliminado por completo”, concluyendo que “con ello se consiguen las finalidades establecidas en la jurisprudencia del TJUE. Por un lado, el criterio jurisprudencial para declarar la abusividad de la cláusula de interés de demora tiene en cuenta las circunstancias concurrentes en cada contrato, pues el límite de la abusividad del interés de demora no es un tipo máximo fijo para todos los contratos, sino que se determina con relación al interés remuneratorio de cada contrato de préstamo”.

Tesis que tendría una respuesta favorable en la STJUE de 7 de agosto de 2018 (ECLI:EU:C:2018:643 ), que consideró : “aunque el Tribunal de Justicia ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional... esta posibilidad queda limitada a aquellos supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de este modo a consecuencias de tal índole que representarían para él una penalización... “en esta perspectiva la anulación de la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora aplicable no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que las cantidades que podría reclamarle el prestamista serán necesariamente menores al no aplicarse el mencionado interés de demora (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartados 33 y 34)”.

Y añadirá: “76. En particular, de la Directiva 93/13 no se desprende que dejar sin aplicar o anular la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora a causa del carácter abusivo de la misma deba acarrear también la no aplicación o anulación de la cláusula del mismo contrato que establezca el tipo de interés remuneratorio, máxime cuando es preciso distinguir claramente entre ambas cláusulas. En efecto, a este último respecto cabe señalar que, según resulta del auto de remisión en el asunto C-94/17, la finalidad de los intereses de demora es sancionar el incumplimiento por el deudor de su obligación de devolver el préstamo mediante los pagos periódicos convenidos contractualmente, disuadir al deudor de incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y, en su caso, indemnizar al prestamista de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso en el pago. En cambio, la función del interés remuneratorio consiste en retribuir al prestamista por poner a disposición del prestatario una cantidad de dinero hasta la devolución de la misma.

Lo que lleva al TJUE a concluir que “ 79 habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a... la segunda cuestión prejudicial del asunto C-94/17 que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo..., según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato.”

### **III. LA FIANZA COMO ACTO DE CONSUMO. LA TÉCNICA DE LA INOPONIBILIDAD.**

#### **1. La fianza como acto de consumo. El vínculo funcional.**

La fianza como acto de consumo se ha abordado en varias resoluciones del TJUE. Así el auto del TJUE de 19 de noviembre de 2015 (C-74/15), examina si es posible que el fiador se pueda considerar consumidor. Interrogante que se responde por el TJUE en el sentido de considerar que corresponde al juez nacional que conozca de un litigio relativo a un contrato que pueda entrar dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y el conjunto de las pruebas, si el contratante de que se trata puede calificarse de “consumidor” en el sentido de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartados 22 y 23). De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado.

Más relevante es el ATJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-534/15), que contempla un supuesto de garantía real, considerando un caso en el que los hipotecantes no actuaron en el momento de constituir la hipoteca en razón a vínculos funcionales con la garantizada, sentando la doctrina de que los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva se aplica a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en virtud de un contrato de crédito, cuando esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, lo que corresponde determinar al tribunal remitente.

Y singularmente significativo en este sentido es la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (C-110/14), relativa a la actuación de un abogado, que esa mera condición excluiría su condición de consumidor, razonando que, en efecto, la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a la que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, afecta tanto al nivel de información del consumidor como a su poder de negociación ante

condiciones contractuales redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor.

La citada sentencia sentará doctrina considerando que el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse “consumidor” con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado.

## **2. Las consecuencias de la doctrina del TJUE: la existencia de un “vínculo funcional” del fiador.**

La jurisprudencia contenida en esa sentencia citada del TJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14, Costea), así como en el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15 Dumitru Tarcău), plantea si los artículos 1, apartado 1 y 2 letra b) de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que esa Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil asumió contractualmente frente a esa entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando dicha persona física no tiene ninguna relación profesional con la citada sociedad. Concluye el Tribunal de Justicia en sentido afirmativo siempre que dicha persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad. De hecho en la construcción del TJUE la regla es que el fiador es consumidor y solo si el mismo está unido con el prestatario con un vínculo funcional o relevante dejaría de tratarse la fianza como un acto de consumo. Vínculo relevante o funcional que se representaría por el interés del fiador en la finalidad y aprovechamiento mercantil del préstamo. Ejemplos típicos de ese vínculo serán el ser administrador o socio de una sociedad que avalara el préstamo.

La STS 28 de mayo de 2018 ( ROJ: STS 1901/2018) sobre la caracterización de ese vínculo funcional advertirá que “el ATJUE de 19 de noviembre de 2015... ofrece una primera aproximación, al decir en su apartado 29 (reproducido posteriormente en el ATJUE de 14 de septiembre de 2006, § 34):

“« De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado».

Y respecto al término «gerencia» que utiliza el TJUE debemos entender cualquier modalidad de administración de la sociedad, por lo que, en cualquier modalidad de sistema de administración, quien participa directamente en la toma de decisiones de la empresa tiene vínculo funcional con ella. Es decir, a estos efectos, todos los administradores, sean del tipo que sean, han de considerarse empresarios y no consumidores. Así se deduce del propio ATJUE de 14 de septiembre de 2006, caso Dumitras que, además, hace extensiva la vinculación funcional del administrador social al socio único.

### **3. El “interés privado” en la jurisprudencia del TS. El caso del fiador cónyuge del administrador o socio de la deudora principal.**

La dificultad se ha encontrado en identificar cuando concurre un “interés privado”. en la posición del cónyuge que avala el préstamo otorgado al marido o a la sociedad en la que el marido es socio o administrador.

La jurisprudencia del TS ha analizado distintos supuestos en los que puede encontrarse el cónyuge del deudor o administrador, en orden a dilucidar si concurre o no un vínculo funcional.

(i) Así en la sentencia 594/2017, de 7 de noviembre, se aborda un caso en que la esposa era co-prestataria y garante de las deudas mercantiles de su marido, contraídas en el ejercicio de la actividad empresarial que servía de sustento a la familia, cuyo régimen matrimonial era el de gananciales.

En ese caso, la esposa no era solo garante de su esposo, sino que también era prestataria, y la finalidad de la operación crediticia era refinanciar los negocios que, aunque materialmente ejercía el marido, servían de fuente de ingresos de la familia. Desde ese punto de vista, la esposa no era ajena a las deudas que se refinanciaron con el préstamo hipotecario, porque debía responder de ellas conforme a lo previsto en los arts. 6 y 7 CCom .

El art. 6 CCom establece que “en caso del ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas [...]. Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges”.

Pero el art. 7 del propio Código establece que “Se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando el comerciante ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición del cónyuge que deba prestarlo”.

Esta regla debe ser integrada con el art. 1365.2 CC , en relación con la responsabilidad de los bienes gananciales, conforme al cual: “[r]esponderán direc-

tamente de las deudas contraídas: 2º en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio [...] Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio”.

Por lo que, con cita de las sentencias 755/2007, de 3 de julio; 868/2001, de 28 de septiembre; 620/2005, de 15 de julio; y 572/2008, de 12 de junio; relativas a la responsabilidad del cónyuge no comerciante, se concluye que la esposa tenía vinculación funcional con el negocio litigioso y carecía de la condición legal de consumidora.

(ii) En la sentencia TS 314/2018, de 28 de mayo (ROJ STS 1901/2018), la esposa era solamente garante (fiadora) de un préstamo concedido a una sociedad mercantil en la que su esposo era administrador<sup>21</sup>, pero en la que ella no desempeñaba ningún cargo orgánico ni tenía una participación significativa.

En este segundo caso, la deuda no se contrajo por el esposo en el ejercicio de su actividad empresarial, sino que la deudora era una sociedad mercantil de la que el esposo era administrador social. Pero la esposa, ni tenía cargo alguno en la sociedad, ni tampoco constaba que ostentara en la misma una participación significativa, por lo que, conforme a la jurisprudencia del TJUE antes citada, no tenía vinculación funcional con la sociedad deudora y beneficiaria del préstamo. En palabras del ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C- 74/15, Tarcău): “[l]os artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad”.

(iii) La STS 203/2020, de 28 de mayo de 2020 (ROJ: STS 1441/2020) resuelve un supuesto de matrimonio en régimen de gananciales, pero que tiene la particularidad de que la sociedad prestataria es unipersonal y el socio único y su esposa estaban casados en régimen legal de gananciales.

---

<sup>21</sup> Esta sentencia tiene una curiosa particularidad, pues en ella no se refleja vinculación personal alguna de la fiadora a la que se le otorga el estatuto de consumidora. Pero dos años después, en las sentencias del TS 203/2020 (ROJ: STS 1441/2020) y 204/2020 a las que después nos referiremos, se hace una breve recopilación de sentencias referidas a cónyuges fiadores de préstamos en los que el otro cónyuge tiene alguna posición de control, y entre ellas se citará la STS 314/2018 para precisar que en ella se recogía un supuesto de esposa fiadora de una sociedad de la que su marido era administrador. Dato que en esa sentencia 314/2018 no consta, de suerte que esta última queda completada por la STS 1441/2020.

Es cotitular del capital social de la compañía mercantil deudora. De tal manera que, aunque no hubiera firmado el préstamo como fiadora solidaria, al haberlo hecho su esposo, responde ganancialmente por la fianza de éste, como recoge la sentencia 594/2017, de 7 de noviembre, que asumía la jurisprudencia establecida previamente en los siguientes términos: “Además, la jurisprudencia ha establecido la vinculación de los bienes comunes a la deuda contraída por uno de los cónyuges mediante aval o fianza (como fue el caso), cuando tal negocio jurídico obedece al tráfico ordinario del comercio o actividad empresarial del que se nutre la economía familiar y a cuyo ejercicio se ha prestado el consentimiento expreso o tácito por el otro cónyuge que ni avala ni afianza (sentencias 868/2001, de 28 de septiembre ; 620/2005, de 15 de julio ; y 572/2008, de 12 de junio ; entre otras muchas)”.

El último inciso del art. 1365 CC se remite en bloque a la reglamentación mercantil para determinar la responsabilidad derivada de las deudas contraídas por uno de los cónyuges -cualquiera de ellos- en el ejercicio del comercio. Es decir, se remite a los arts. 6 a 12 CCom. Si bien debe entenderse que esta remisión lo es únicamente a la esfera externa (la responsabilidad frente a terceros), debiendo acudir al Código Civil para todas las cuestiones relacionadas con la responsabilidad interna y a la responsabilidad subsidiaria con los bienes gananciales.

Conforme a lo ya expuesto sobre los arts. 6 y 7 CCom, cuando no haya oposición al ejercicio del comercio por el otro cónyuge, el acreedor podrá agredir directamente la totalidad del patrimonio ganancial, una vez haya probado que la deuda tuvo su origen en el ejercicio del comercio por parte del deudor ( sentencias 539/1994, de 6 de junio; 134/2006, de 16 de febrero; y 1035/2007, de 5 de octubre, y las que en ella se citan)”.

Lo que le lleva a concluir que no puede predicarse respecto de la recurrente la ajenidad a la finalidad empresarial del préstamo que excluiría la vinculación funcional y permitiría reconocerle la cualidad legal de consumidora, conforme al art. 3 TRLGCU.

(iv) A su vez la STS 204/2020, de 28 de mayo de 2020 (ROJ: STS 1438/2020) sobre la caracterización de ese vínculo funcional y respecto de un supuesto en el que, al igual que en la STS 304/2018, la fiadora no ostentaba cargo orgánico alguno, tal fiadora ostentaba junto con su marido una participación significativa en el capital de la sociedad, advertirá que “el tan citado ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (reiterado posteriormente por el ATJUE de 14 de septiembre de 2006) estableció como supuestos de vinculación funcional con una sociedad “la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social”, y que en el caso la esposa fiadora “es titular, junto con su esposo, del 90% del capital social de la compañía mercantil prestataria, y según los hechos probados en la instancia,

el préstamo se formalizó, en el marco de una línea de financiación amparada por el Instituto de Crédito Oficial, para dotar de capital circulante a la empresa.

Como consecuencia de ello, no puede predicarse respecto de la recurrente la ajenidad a la finalidad empresarial del préstamo que excluiría la vinculación funcional y permitiría reconocerle la cualidad legal de consumidora, conforme al art. 3 TRLGCU”.

(v) El cónyuge fiador en régimen de separación de bienes.

Es particularmente relevante en este sentido la STS de 12 de noviembre de 2020 (ROJ STS 3631/2020), y para un supuesto de separación de bienes conforme el derecho Civil Catalán advertirá. El Tribunal Supremo sentará así que:

(1) en primer lugar que la competencia sobre los efectos del ejercicio del comercio por cónyuge casado está reservado al Estado; “en primer lugar, se aplican los arts. 6 a 12 CCom, con preferencia a las normas del Código Civil de Cataluña, que serán supletorias del Código de Comercio. No obstante, esta supletoriedad es de gran relevancia para la aplicación de tales arts. 6 y 9 CCom, en caso de régimen de separación de bienes, en cuanto que influyen en la determinación de qué bienes son propios del empresario comerciante y quedan sujetos a las resultas del comercio, y cuáles son bienes propios de su cónyuge, por lo que, para quedar vinculados, se requerirá el consentimiento expreso de este”.

(2) En lo que respecta a los bienes comunes, no son aplicables las presunciones de los arts. 7 y 8 CCom, en cuanto que están previstas para regímenes de comunidad, donde existe una comunidad de tipo germánico de los bienes gananciales. Cuando el régimen es el de separación de bienes, los bienes en común lo son en comunidad tipo romana, por lo que, para vincularlos íntegramente a las resultas del comercio (en cuanto a la mitad indivisa del cónyuge no comerciante) es necesario el consentimiento de ambos cónyuges. Es decir, no bastaría el simple conocimiento... sino que se requeriría consentimiento expreso inscrito en el Registro Mercantil, a tenor del art. 11 CCom.

(3) a falta de prueba sobre el consentimiento expreso de los cónyuges en separación de bienes para el ejercicio del comercio por sus respectivos cónyuges, no cabe negarles la condición legal de consumidores.

#### **4. La esfera de oposición del fiador. La técnica de la inoponibilidad.**

Esta cuestión se abordó en la STS (1ª) de 27 de enero de 2020 (ROJ: STS 164/2020), sentencia que afrontará la naturaleza de la fianza solidaria, en la que se considera que la función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena se cumple mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio, distinto aun-

que accesorio de la obligación principal, que está dotado de contenido propio, y que cuenta con su propia y específica causa de garantía, sometiendo al 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 dos deudores (el obligado principal y el fiador).

Añade el TS que “de esta configuración surgen las dos notas que caracterizan principalmente la fianza: la accesoriedad y la subsidiariedad. La primera responde a la existencia de una dependencia funcional de la obligación accesoría respecto de la principal (por razón de la finalidad de garantía de aquella), que si bien no provoca que dichos vínculos obligacionales nazcan y subsistan sin llegar a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, sí determina su participación o integración en una relación contractual o negocial compleja por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria, dada la accesoriedad de ésta respecto de aquella”.

Y sobre estos presupuestos conceptuales, el TS afrontará el dilema básico que resultaba de la doctrina del TJUE en orden a considerar si es factible que el fiador oponga la falta de transparencia y/o el carácter abusivo de las cláusulas de su propio vínculo contractual de fianza o, por contra, si era tributario además de la facultad de plantear tales cuestiones sobre las cláusulas del negocio garantizado.

A ello responderá el TS en la mencionada sentencia de 27 de enero de 2020 que “...primero, tanto el ATJUE de 19 de noviembre de 2015, como la STJCE de 17 de marzo de 1998 citados, parten de la consideración de que el contrato de garantía o de fianza, aun siendo un contrato accesorio por razón de su objeto respecto del contrato de crédito principal garantizado, es un contrato diferente de éste, que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal a) los contratos de fianza también entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE; b) el fiador puede disfrutar de la protección propia de la citada Directiva incluso en el caso de que el contrato del que nace la obligación garantizada sea una operación mercantil, siempre que el fiador tenga la condición de consumidor, en los términos antes vistos (incluida la ausencia de vínculos funcionales con la sociedad avalada); y c) dicha protección se aplica tanto a la fianza simple como a la fianza solidaria pues, sin perjuicio de sus efectos, la solidaridad no funde ambos vínculos (el de la obligación principal y el de la fianza),

ni convierte en consumidor al fiador que actúa fuera del ámbito de su actividad profesional o empresarial y que carece de los citados vínculos funcionales”.

Lo que le lleva a concluir que “podrán declararse ineficaces frente al fiador consumidor determinadas cláusulas del contrato de préstamo (hipotecario o personal) que puedan afectar a la liquidación de la deuda reclamable frente a aquél, y que aun siendo válidas respecto del deudor principal que no sea consumidor, deban ser calificadas como abusivas o no transparentes respecto del fiador consumidor (como fue el caso de la cláusula suelo a que se refería la Sentencia número 314/2018, de 28 de mayo). En definitiva... “en los contratos de fianza o de garantía hipotecaria de un préstamo o crédito, las cláusulas que definen o delimitan el riesgo garantizado (las del préstamo) y el propio compromiso del fiador, deben ser objeto de los controles propios de la legislación sobre consumidores”.

Por tanto, el fiador de un préstamo mercantil de no concurrir un vínculo funcional, puede oponer el carácter abusivo de las cláusulas que fijan los intereses de demora y del vencimiento anticipado. Y las consecuencias es que tales cláusulas serán inoponibles al deudor.

## **IV. LA LIQUIDEZ**

### **1. La liquidez en los procesos de ejecución.**

Los procesos de ejecución de títulos ejecutivos contractuales solo pueden referirse a contenidos prestacionales dinerarios. La Ley, para permitir esa ejecutividad, exige que se trate, no podría ser de otra manera, de deudas vencidas, exigibles y líquidas.

El vencimiento y exigibilidad han de resultar de los mismos términos del contrato, siquiera su cumplimiento derivará de una comparación de la situación contemplada en el título con la factual que conlleve esa exigibilidad y vencimiento. De ordinario no presentan una especial dificultad.

Pero el legislador va a permitir, por razones de política legislativa con las que se quiere facilitar en el tráfico jurídico la realización de determinadas operaciones crediticias en las que uno de los requisitos de la deuda, la liquidez, se defina ex-post la expedición del título. Se trata de operaciones mercantiles en las que la liquidez solo se puede determinar cuando se da por finalizado el contrato. Históricamente los préstamos y, en mayor medida, los contratos mercantiles de crédito, en los que el saldo deudor no es sino fruto de una multiplicidad de operaciones, devoluciones, cargo de comisiones e intereses.

Mantener la ejecutividad de estas operaciones ha sido posible estableciendo un complejo mecanismo de fijación del saldo que se ha querido conciliar con los

derechos del deudor. En nuestra cultura jurídica esa concreción del saldo se rodea de un conjunto de garantías, que pasan inicialmente por la existencia de un pacto de liquidez (art. 572.2 LEC), conforme al cual se habilita contractualmente al acreedor para que sea él quien realice la liquidación.

Habilitación al acreedor que se compensa con la necesidad de que se acompañen con el título ejecutivo “1º el documento o documentos en que se exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor, así como el extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de ejecución. 2º El documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible”. (art.573.1 LEC).

Adicionalmente y para el supuesto de intereses variables el ejecutante debe expresar en la demanda ejecutiva las operaciones de cálculo que arrojen como saldo la cantidad determinada entre otros casos, como es el de autos, en el que la deuda proviene de un crédito con interés variable.

Que la operación de liquidez no es sencilla es cuestión que el legislador mismo contempla dando la posibilidad al acreedor, “si... tuviere duda”, poder pedir el despacho de ejecución por la cantidad indubitada y reservarse acciones por la dubitada (art. 573.3 LEC). Y adicionalmente cuando se trate de operaciones que conlleven intereses variables el ejecutante debe expresar en la demanda ejecutiva las operaciones de cálculo que arrojen como saldo la cantidad determinada (art. 574.1 LEC). El proceso de ejecución ordinario e hipotecario ofreció un singular problema respecto de uno de los requisitos estructurales básicos (por no decir que de todos ellos), el de la liquidez.

Los procesos de ejecución de títulos ejecutivos contractuales y el hipotecario lo es, exigen que el título incorpore un crédito vencido, exigible y líquido. La liquidez se exige expresamente en el art. 571 LEC, representando la necesidad de que la ejecución tenga un referente dinerario concreto.

## **2. La liquidez y su relación con la declaración del carácter abusivo de cláusulas financieras.**

Como quiera que en la LEC se admitían títulos ejecutivos de los que no resulta esa liquidez en el mismo título, el mismo debía integrarse por un conjunto de elementos documentales de los que resulte tal liquidez al tiempo del vencimiento y al tiempo de presentar la demanda ejecutiva. Pero en la Ley 1/2013,

sobre todo con la finalidad de “salvar” el proceso de ejecución hipotecaria, se hizo, con relación a las cláusulas abusivas que se introducían como causa de oposición<sup>22</sup>, una distinción estructuralmente incoherente, pues se diferenció entre cláusulas abusivas que por su importancia eran fundamento de la reclamación, de aquellas otras que solo incidían en la cuantía de la reclamación, con olvido de que la liquidez es, como se ha anticipado, uno de los elementos estructurales del proceso de ejecución (art. 571 LEC).

Al no hacerlo así el legislador, empujaba a un absurdo procesal: se consentían procesos de ejecución sin el referente de la cuantía que se tendría que abonar.

En efecto, si bien en ocasiones la incidencia de la expulsión de una cláusula que determinaba una cuantía dineraria no era compleja (expulsión, por ejemplo, de una comisión por reclamación deudora) podía no ser relevante ni imprecisa, permitiendo de una manera inmediata el restablecimiento de la liquidez, en otras, en muchas otras, por su naturaleza financiera, conducían a una revisión de la liquidación, con resultados, a priori, impredecibles. Era grave al conducir a una iliquidez relevante y no salvable con facilidad. Además ponía en entredicho todas las posiciones del “haber” y del “debe” de la liquidación, exigiendo un “recálculo” en la terminología de la Ley 1/2013, de protección del deudor hipotecario.

Para estos supuestos la mera exclusión de la cláusula abusiva, la cláusula suelo, conducía a una situación paradójica, la de una resolución que estimando el carácter abusivo de una cláusula ordenaba su expulsión, pero que conducía a una iliquidez estructural: se ordena seguir adelante la ejecución despachada pero no se sabe porqué cuantía.

Semejante imprecisión afectaba a un elemento estructural del proceso de ejecución, el de su liquidez. Pese a la gravedad de esta patología la reforma operada por la Ley 1/2013 funcionó y resultó “operativa” en la práctica judicial. Y lo fue porque los jueces de primera instancia, de manera aplicada, asumieron la reforma. Ello llevaba, por ejemplo, a que se ordenara la expulsión de una cláusula suelo, que es lo que ordenaba la ley, a la par que se ordenaba la continuación del proceso de ejecución.

---

<sup>22</sup> Para la ejecución ordinaria el art. 561 LEC previno que “.<sup>a</sup> Cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas.”, mientras que para la ejecución hipotecaria singularmente la apreciación de una cláusula abusiva el art. 695 LEC previene que “se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva.”

Pero claro, de manera inmediata surgía el problema: se ordenaba seguir el proceso de ejecución desconociéndose cual era la cuantía adeudada. Algo incomprensible e inaudito en un proceso de ejecución. La cuestión se resolvió en las instancias iniciándose un nuevo incidente encaminado ahora sí, a lograr la cuantificación dineraria realmente debida, lo que se solventó, aunque existieron soluciones procesales variopintas, aplicando el incidente de liquidación de daños y perjuicios.

Ahora sí se sabía la cantidad adeudada. Pero a veces con no pocas sorpresas. En ocasiones, sobre todo cuando la cláusula expulsada era la cláusula suelo y el acreedor había dado por vencida la obligación con el mínimo legal, tres meses adeudados, resultaba que el deudor, el prestatario, no era realmente deudor al tiempo del vencimiento sino que, en la nueva liquidación, tal prestatario se encontraba en posición acreedora en ese momento de la liquidación.

## **V. EL VENCIMIENTO ANTICIPADO**

### **1. El vencimiento anticipado.**

La existencia de una previsión legal sobre la posibilidad de dar por vencido el préstamo, en sede de ejecución hipotecaria (art. 693.2 LEC), llevó a los tribunales a una aplicación mecánica de la norma, no haciéndose cuestión de la abusividad de la misma al tener un apoyo legal. Desatender esa previsión legal sin una vía para anular la ley que no el convenio no resultaba fácilmente viable para los tribunales.

El legislador trató de anticiparse a una revisión por el TJUE de la adecuación de la norma modificando la Ley en términos de configurarla de manera más proporcionada a lo que podía suponer una pérdida del beneficio del plazo por el deudor. Lo que llevó a cabo en la Ley 1/2013, exigiendo un mínimo para el vencimiento anticipado, el del impago de tres mensualidades, de ordinario tres cuotas de amortización.

Esas previsiones legales, unidas a la circunstancia de que, de ordinario, las entidades bancarias operan ese vencimiento transcurrido muchos más meses, parecía llevar a los tribunales a la consideración de que aunque la cláusula pueda parecer abusiva, su uso en el caso concreto no lo era.

El verdadero problema procesal que conllevaba la cláusula de vencimiento anticipado abusivo era, en términos que entiendo no se han terminado de enfocar correctamente, que la expulsión de esa cláusula suponía la pérdida de ejecutividad del título. Si como hemos detallado anteriormente el proceso de ejecución

es un proceso esencialmente documental, el juez que despache ejecución no se encontrará con un crédito vencido: no encontrará una previsión contractual sobre el vencimiento anticipado. El carácter vencido del préstamo ya no resultará del documento que conforma el título ejecutivo, de la escritura, sino de un hecho extracartular, una sucesión de impagos, cuyo alcance resolutorio se tendrá que lograr en un proceso declarativo.

## **2. La validez de la cláusula de vencimiento anticipado.**

El TS nunca afirmó (o lo hizo solo de una vez: STS de 27 de marzo de 1999) que la cláusula suelo fuera “per se” nula. Antes al contrario a jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo había venido afirmando de forma reiterada, la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio unilateral del prestamista en contravención de lo dispuesto en el artículo 1.256 del CC.

Así sentencia 792/2009, de 16 de diciembre, con base en el artículo 1.255 CC, reconoció la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos «cuando concurra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial-, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo».

Sobre estas bases hay una STS de tiene especial relevancia y en la que se afrontaría y se quería dar respuesta a la problemática que se ha querido exponer. Es la STS de 23 de diciembre de 2015, en la que se hacen una serie de consideraciones generales sobre la admisibilidad y validez de las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, y aún reconociendo que en alguna ocasión se había negado la validez de las mismas (STS de 27 de marzo de 1999), defenderá por el contrario su admisibilidad y la existencia de jurisprudencia que las admitía (STS 506/2008, de 24 de junio y STS de 9 de marzo de 2001).

Esta última jurisprudencia considera que la cláusula de vencimiento anticipado encontraba acomodo en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), cuando concurría justa causa para ello, es decir cuando existía una verdadera y manifiesta dejación por el deudor de sus obligaciones de carácter esencial.

En esta línea el TJUE en sentencia de 14 de marzo de 2013 (C-414/11) consideró que una cláusula de vencimiento anticipado no es “per se” abusiva, pero puede serlo según las circunstancias del caso.

### **3. La posición del TS sobre las consecuencias de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria.**

#### **(i) La posición inicial del Tribunal Supremo.**

El Tribunal Supremo declaró en las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 que la cláusula de vencimiento anticipado por el mero impago de una cuota o incumplimiento de cualquier obligación del deudor, inserta en un contrato de préstamo hipotecario “no supera tales estándares [los fijados por la jurisprudencia comunitaria], pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno [se refiere a los artículos 1129 CC y 693.2 de la LEC], ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación” (aunque en este punto admite el Tribunal que con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual -art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio-). Concluyen las citadas sentencias que resulta “evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves”.

El Tribunal hará una aclaración importante a efectos de precisar la compatibilidad de la revisión judicial sobre la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y la regulación que respecto de tales cláusulas establece en la LEC tras su reforma mediante Ley 1/2013, en el mencionado artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y así afirma en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 que: “dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC, cuando dice que «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo»; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el auto de 11 de junio de 2015, al decir «la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la

circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

Por tanto, conforme a esta jurisprudencia, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores, “los tribunales deberán verificar un doble control: por un lado, el cumplimiento de las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y por otro, deberán valorar además si en el caso concreto el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado. Justificación que debe ponderarse “en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11).”

**(ii) Consecuencias procesales de la declaración de nulidad por abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado. La doctrina del lápiz azul: la nulidad parcial de la cláusula nula.**

Pero la sorpresa la deparará el TS cuando explique las consecuencias de su doctrina respecto a la ejecución hipotecaria. Advertirá así que “tutela de los consumidores “aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad”. Criterio finalista de interpretación que ciertamente no debe perderse de vista, y a partir del cual la Sala invocando la admisibilidad, la licitud de la cláusula de vencimiento anticipado (en abstracto), y el principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, llega a la conclusión de que resulta inadecuado obligar a las entidades prestamistas “ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 Cc), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real”.

Aquí está el núcleo de lo novedoso de la jurisprudencia, que se centró en el aspecto procesal, a saber que en el proceso de ejecución objeto de enjuiciamiento no va a ser solo, como resultaría de la propia naturaleza del proceso de ejecución, la validez de la cláusula derivada de su potencial abusividad, sino que también va a serlo el incumplimiento del deudor. Se rompe así el carácter documental del proceso de ejecución, dado que el vencimiento no derivará de una previsión cartular concreta, la relativa al vencimiento del préstamo, fundada en una cláusula

que ha sido expulsada por abusiva, sino de la aplicación del régimen jurídico general de las obligaciones y contratos, en rigor del art. 1124 CC y, en su caso del art. 1129 CC.

En mi opinión, al TS le hubiera bastado con admitir la admisibilidad del enjuiciamiento del carácter abusivo del incumplimiento del deudor y del alcance resolutorio del mismo. A la jurisprudencia le compete una función complementaria del ordenamiento jurídico, y nadie podría hacerle reproche por adentrarse en aspectos sustantivos que a priori quedarían fuera del proceso de ejecución. Ello no supondría integración alguna, como así se ha resuelto por el propio TS cuando ha conocido de la pretensión resolutoria ex art. 1124 CC en posteriores procesos declarativos. El TJUE no podría realizar un reproche a esta doctrina dado que lo único buscado con ello es valorar si el deudor había incurrido en un incumplimiento grave y resolutorio.

Pero el TS no se conformó con ello y se adentró en un conjunto de explicaciones que entiendo innecesarias y que además se sumergían, ahora sí, en una justificación de su postura que la hacía acercarse peligrosamente al terreno de la integración de la cláusula abusiva.

La STS de 23 de diciembre de 2015 logró construir un planteamiento jurídico, sorpresivo la verdad, que defendió la conveniencia para el consumidor de la ejecución hipotecaria frente al proceso declarativo – esas ventajas las centra en la posibilidad que tiene el deudor de liberar el bien hasta la fecha de la subasta, es decir, un remedio enervatorio que comprende el vencimiento anticipado, así como la posibilidad del aprovechamiento potencial de las plusvalías del art. 579 LEC o las previsiones para el valor de la tasación contenidos en el art 682-2 LEC-, lo que permitió llegar a una conclusión con la que se rompía la noción de cartularidad de la acción ejecutiva y se abría la posibilidad de enjuiciar, en el proceso de ejecución, no sólo la cláusula de vencimiento y su carácter abusivo, sino también el incumplimiento del deudor.

Advierte así el TS que ante el pacto de vencimiento anticipado y abusivo y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorarlas. Entiende además el TS que la apreciación de la abusividad conllevaría la nulidad del contrato, lo que sería perjudicial para el consumidor que se vería así en la necesidad de devolver en su integridad y en unidad de acto el resto del principal prestado y no amortizado.

Esta doctrina se reiteró y amplió en la STS de 18 de febrero de 2016, en la que en síntesis y en lo que ahora interesa se concluía que era factible una nulidad parcial de una cláusula abusiva, de suerte que se mantendría la parte válida de esa

cláusula (que es la posibilidad de alcanzar un vencimiento anticipado) y expulsar la parte tóxica de la misma que no se integra por el Tribunal, sino que se conforma mediante la doctrina *blue pencil rule*, pues ella sería impuesta para mantener una ejecución hipotecaria que se entiende más favorable para el consumidor.

Esta doctrina del lápiz azul, a criterio del TS, permitía a los tribunales mantener la validez de la parte razonable de la cláusula de vencimiento anticipado.: “la llamada *blue pencil rule*”, razona el TS, no tiene por qué oponerse al Derecho de la Unión, ya que no constituye un caso de integración del pacto nulo por ser abusivo, ni de reducción conservadora de su validez. La delimitación y expulsión del elemento abusivo, con mantenimiento del contenido válido de la cláusula, no supone una integración o sustitución judicial del contenido contractual, sino simplemente la concreción de qué elementos de un pacto son abusivos, y por tanto no pueden vincular al adherente consumidor, y qué otros pueden mantenerse por no ser abusivos y, en consecuencia, ser válidos, vinculantes y útiles para las partes, en el sentido del art. 6.1 de la Directiva (mayor beneficio para el consumidor particular y para los consumidores en general)”. Aclara el Tribunal Supremo que a su criterio “no se trata, por tanto, de un supuesto de integración de la cláusula, sino de ineficacia parcial, útil en caso de cláusulas nulas por abusivas, en las que, eliminando la parte que se considera abusiva, el contrato subsiste con el resto de la cláusula”. Es decir, tras la segregación o escisión de la parte “tóxica” de la cláusula, el juicio de abusividad o transparencia material se aplicaría, conforme a este criterio, a la cláusula de la manera en que resulte redactada una vez “tachadas” o suprimidas las partes ineficaces.

En realidad lo que el fondo el TS estaba haciendo era romper la naturaleza del proceso de ejecución, fisurar esa carturalidad y permitir que se declare un vencimiento anticipado extracartular, por medio de un pronunciamiento de un alcance declarativo: el tribunal valora si en el caso concreto la sucesión de impagos configura un incumplimiento resolutorio.

#### **4. La cuestión prejudicial de 8 de febrero de 2017. El colapso de la ejecución hipotecaria.**

El TS planteó por auto de 8 de febrero de 2017 al TJUE la adecuación al Derecho de la Unión, y en concreto al artº 6 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, de su doctrina sobre el vencimiento anticipado, lo que se respondió por el TJUE en la sentencia de 26 de marzo de 2019 negando la posibilidad de conservar parcialmente una cláusula abusiva y mantener tras la aplicación de la doctrina del lápiz azul la cláusula del vencimiento anticipado apoyada ahora en el art. 756 LEC.

El planteamiento de esa cuestión prejudicial coincidió en el tiempo con la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus), sentencia especial en muchos aspectos y que en el concreto caso de la cláusula de vencimiento anticipado no dejó lugar a duda alguna, al proscribir cualquier intento de integración y a la necesaria expulsión de la misma del contrato. Acaecida esa expulsión la escritura perdía su carácter ejecutivo.

Si a ello se suma la cuestión prejudicial de 8 de febrero de 2017 del TS, fácil era entender que los tribunales de instancia interpretaran que el TS tenía dudas de la adecuación al Derecho de la Unión de su doctrina sobre las consecuencias del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado.

Los tribunales de instancia reaccionaron ante la conjunción de esas resoluciones del TJUE y del TS paralizando la ejecución hipotecaria: bien sobreseyendo la ejecución, que es la consecuencia que se podía deducir de la STJUE de 26 de enero de 2017, bien suspendiendo las ejecuciones a la espera del pronunciamiento del TJUE sobre la cuestión prejudicial. En realidad el TS no es que dudara de su doctrina, sino que quiso que se escuchara su opinión ante cuestiones prejudiciales afectantes a su interpretación respecto a la ejecución hipotecaria, que entendía, no sin razón, erróneamente planteadas en cuanto a la explicación. Hasta casi dos años después no se despejó la incógnita.

### **5. La jurisprudencia del TJUE sobre la subsistencia del contrato aquejado de una cláusula abusiva. La respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial del TS de 8 de enero de 2017: la STJUE de 26 de marzo de 2019.**

El artículo 6.1 de la Directiva 93/13, dispone que “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

El Tribunal de Justicia había afirmado que no se opone a que “el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización” (cfr. sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai[85]).

El Tribunal de Justicia justifica esta excepción a la regla general de la subsistencia o conservación del contrato en sus propios términos (a excepción de la cláusula nula que simplemente se tiene por no puesta y no se aplica), por dos razones:

1ª la finalidad del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 que pretende reemplazar el “equilibrio formal” que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un “equilibrio real” que pueda restablecer la igualdad entre estas; y

2ª la protección efectiva del consumidor, pues “si no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse”.

El TJUE resuelve afirmando que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 “no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales”, si bien remite a los propios órganos judiciales nacionales la determinación, dentro del marco del Derecho nacional, de la concurrencia o no de la doble condición señalada, esto es: 1º que el contrato de préstamo hipotecario no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva; y 2º si la anulación del contrato en su conjunto expone al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Pero no validará el criterio del TS. Las consecuencias sobre la doctrina del TS se zanjarán por el TJUE recordando su jurisprudencia conforme a la cual, una vez declarada la nulidad de una cláusula abusiva, el artículo 6.1 de la Directiva se opone a una norma de Derecho nacional que permita al juez nacional “integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula”, pues si el juez nacional tuviera dicha facultad “podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva”, pues contribuiría a “eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen”, hace aplicación plana y escueta de la misma concluyendo que “En el presente asunto, la mera supresión del motivo de vencimiento que convierte en abusivas las cláusulas controvertidas en los litigios principales equivaldría, en definitiva, a modificar el contenido de

dichas cláusulas afectando a su esencia. Por lo tanto, no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto disuasorio mencionado en el anterior apartado de esta sentencia”.

## **6. La STS de 11 de septiembre de 2019: el fin de una polémica.**

La sentencia del TS de 11 de septiembre puso fin a la polémica y fijó una formal asunción de la doctrina del TJUE, bajo los siguientes presupuestos.

A) La STJUE de 26 de marzo de 2019, que da respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por este tribunal en el presente recurso, establece cinco premisas de las que necesariamente hemos de partir:

i. La cláusula declarada abusiva no puede ser fragmentada a fin de dotar de validez a una parte de su contenido.

ii. La jurisprudencia de esta sala sobre la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, sobre cuyo ajuste a la Directiva fue directamente interpe-lado el TJUE, no es contraria a los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE , de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En particular, el fallo de la mencionada STJUE indica que los arts. 6 y 7 de la Directiva: “[n]o se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales”.

iii. Corresponde a los tribunales nacionales determinar si, una vez declarada abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, el contrato puede subsistir.

iv. Para la decisión sobre la subsistencia del contrato, el apartado 60 de la STJUE establece que deberá adoptarse un enfoque objetivo y se remite expresamente al apartado 32 de la STJUE de 15 de marzo de 2012, Perenicová y Perenic , C-453/10 , que establece que “por lo que se refiere a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, procede señalar que tanto el tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas abogan por un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición, de manera que, como ha señalado la Abogado General en los puntos 66 a 68 de sus conclusiones, la posición de una de las partes en el contrato, en el presente

caso el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato”.

v. Únicamente si se entendiera que el contrato puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado sería relevante la postura (opción) del consumidor. No así cuando se considere que el contrato no puede subsistir.

Estas premisas son básicamente reproducidas por los AATJUE de 3 de julio de 2019 recaídos en los asuntos C-92/16 y C-167/16 . Si bien, el ATJUE de 3 de julio recaído en el asunto C-486/16 , introduce algunas consideraciones adicionales, fundamentalmente las dos siguientes:

a. Es posible que, si se cumplen los requisitos del art. 693.2 LEC (tras su reforma por la Ley 1/2013), se pueda despachar ejecución hipotecaria, aunque en el contrato hubiera una cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva por resolución judicial firme, ya que “las consecuencias económicas sufridas por el consumidor no se derivan de la cláusula abusiva, sino del incumplimiento contractual consistente en no satisfacer las cuotas mensuales de amortización, que constituye su obligación esencial en el marco del contrato de préstamo celebrado”.

b. No existe ningún elemento que permita dudar de la conformidad de la normativa nacional con el principio de efectividad.

**B)** Recordará el TS (sentencias del pleno de la sala 46/2019 , 47/2019 , 48/2019 y 49/2019, todas de 23 de enero) que, en el Derecho español, aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Puesto que como estableció la sentencia 1331/2007, de 10 de diciembre , “el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta”.

Y también que el TJUE ha considerado el contrato de préstamo hipotecario como un solo contrato con dos facetas -préstamo y garantía- [apartados 59 y 60 de la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los dos apartados 49 y 50 -idénticos- de los AATJUE de 3 de julio de 2019 (asuntos C-92/16, C-167/16) . Y así se concibe, igualmente, en el art. 3.1 a) de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 , sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

**C)** Sobre esta base, si bien en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no comporta la desaparición completa de las

facultades del acreedor hipotecario, resulta evidente que conlleva la restricción de la facultad esencial del derecho de hipoteca, que es la que atribuye al acreedor el poder de forzar la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con su precio el importe debido ( art. 1858 CC ). En particular, en un contrato de préstamo hipotecario de larga duración, la garantía se desnaturaliza, pierde su sentido.

**D)** En el préstamo hipotecario, la causa del préstamo y la causa de la hipoteca están entrelazadas y no pueden fragmentarse, pues atañen tanto a la obtención del préstamo por el consumidor en condiciones económicas más ventajosas, como a la garantía real que tiene el prestamista en caso de impago.

**E)** Bajo la consideración del contrato de préstamo hipotecario como un negocio jurídico unitario o complejo, a la luz del apartado 32 de la STJUE Perenicová , del apartado 68 de las conclusiones de la Abogada General en ese asunto, y de las SSTJCE de 1 de abril de 2004, 14 de marzo de 2013 y 26 de enero de 2017, el fundamento de la celebración del contrato para ambas partes fue la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco).

De ser así, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa.

Parece claro que, si el contrato solo fuera un préstamo, la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato (STS del 12 de febrero de 2020, ROJ: STS 336/2020). Pero si es un negocio jurídico complejo de préstamo con una garantía hipotecaria, la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia. El negocio jurídico tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario.

- Estaríamos, pues, en el supuesto, al que se refiere la Abogada General del asunto Perenicová, en el que procedería la nulidad total del contrato porque el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, y porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no sería la misma.

En tal caso, para evitar una nulidad del contrato que exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria -a las que hicimos referencia en las sentencias 705/2015,

de 23 de diciembre , y 79/2016, de 18 de febrero - y el riesgo de la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de resolución del contrato ejercitada por el prestamista conforme al art. 1124 CC - sentencia de pleno 432/2018, de 11 de julio , con la consiguiente reclamación íntegra del préstamo), podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del art. 693.2 LEC (como expresamente indican las resoluciones del TJUE de 26 de marzo de 2019 y 3 de julio de 2019, especialmente el auto de esta última fecha recaído en el asunto 486/2016 ). Pero no en su literalidad, sino conforme a la interpretación de dicho precepto que ya habíamos hecho en las sentencias 705/2015, de 21 de diciembre , y 79/2016, de 18 de febrero .

- Deben interpretarse conjuntamente la STJUE de 26 de marzo de 2019 y el ATJUE de 3 de julio de 2019 en el asunto C-486/16 , con la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso C- 415/11 ( Aziz ) , y con nuestra jurisprudencia, de tal manera que, siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (en la redacción dada por la Ley 1/2013), los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

Y dentro de dicha interpretación, puede ser un elemento orientativo de primer orden comprobar si se cumplen o no los requisitos del art. 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo , reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), puesto que la STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/2017 ( OTP Bank Nyrt ) permite la sustitución de una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad (apartados 52 y 53 y conclusión segunda).

Así lo declara también el apartado 62 de la STJUE de 26 de marzo de 2019, aunque con referencia a la normativa anterior: “pues bien, tal deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados, en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, es pertinente a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación de los contratos en cuestión y, según lo declarado en el apartado 59 de la presente sentencia, podría justificar por consiguiente, siempre que exponga a dichos consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales, que los órganos jurisdiccionales remitentes sustituyeran las cláusulas abusivas por la versión del citado artículo 693, apartado 2, de la LEC posterior a la cele-

bración de los contratos controvertidos en los litigios principales. No obstante, dado que las características de estos procedimientos de ejecución se enmarcan exclusivamente en la esfera del Derecho nacional, corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales remitentes llevar a cabo las comprobaciones y las comparaciones necesarias a tal efecto”.

Y ello termina conduciendo a que el TS indicase las pautas u orientaciones jurisprudenciales a los procedimientos de ejecución hipotecaria en ese momento en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente:

a. Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite.

b. Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad antes expuestos, deberían ser igualmente sobreseídos.

Lo singular de la STS de 11 de septiembre de 2019, que tuvo la fortuna de poner fin al bloqueo de la ejecución hipotecaria es que, en el fondo, mantuvo la construcción jurídica de las anteriores de 18 de febrero de 2016 y de 23 de diciembre de 2015, eliminando eso sí el juego de esa doctrina del lápiz azul, completamente innecesaria a los efectos pretendidos. aunque manteniendo la necesidad de que se aplicara solo a ejecuciones hipotecarias posteriores a la ley 1/2013 y permitiendo, en lo que era la clave procesal de su solución, que el tribunal pudiera valorar en el proceso de ejecución la gravedad del incumplimiento del deudor, siquiera ahora, a diferencia de las anteriores, vigente ya la Ley del crédito inmobiliario, aconseja utilizar de manera orientativa los criterios de dicha Ley para valorar la gravedad de la conducta incumplida del prestatario en orden a considerar ajustado a la doctrina del TJUE el vencimiento anticipado.

La STS puso fin al colapso de las ejecuciones hipotecarias. En realidad los operadores económicos había buscado salidas alternativas a ese colapso, bien jurídicas, bien económicas. Respecto a las primeras cabe citar la huida hacia el proceso declarativo, en el que la cláusula de vencimiento anticipado abusiva se consideró irrelevante. Y las económicas consistieron, en lo esencial, en la cesión masiva de créditos hipotecarios por parte de las entidades bancarias a fondos de gestión de activos de dudoso cobro. Carteras de créditos que las entidades, en esa esfera de protección al consumidor, calificó como créditos “tóxicos”. Ciertamente para esos operadores jurídicos, para esos acreedores, lo eran.

## VI CONCLUSIÓN.

Habrá que convenir en la extrema complejidad procesal que se terminó conformando en los tribunales en sede, sea en la ejecución hipotecaria, sea en la aplicación en general de la estructura normativa de tutela de los consumidores. A ello hay que sumar la desidia y cierta incapacidad del legislador para reaccionar ante una litigación masiva: en los procesos en los que entra en juego la tutela de consumidor que respondía a principios nada ortodoxos, bien alejados de nuestros principios y aun de nuestra cultura jurídica.

Como ejemplo de ello se puede invocar la patente desidia de nuestro legislador frente a la extraordinaria incidencia que ha tenido en nuestro derecho procesal. Parecería inexcusable una profunda reforma procesal en la que se recogieran las peculiaridades del proceso de tutela del consumidor. Porque el TJUE ha afectado a los principios que conforman toda la columna procesal de nuestro proceso: principios de rogación, dispositivo, de aportación de parte, de los hechos y de las pruebas, la congruencia, la preclusión y aun (y sobre todo) la cosa juzgada. Incluso en el recurso de apelación, en el que ha admitido la reforma peyorativa, aun, en el régimen de imposición de costas. El problema es que la afección a esos principios estructurales de nuestro proceso civil respecto a derechos disponibles es, como fue el tratamiento sobre la transparencia, confuso y equívoco, pudiéndose encontrar sentencias del TJUE francamente contradictorias sobre la incidencia del principio de efectividad en nuestras instituciones procesales. Y sobre todo cabe poner en duda que la figura del juez con esos poderes en favor del consumidor conforme un verdadero juez imparcial.

Pero con todas las dudas e insatisfacciones que se puedan encontrar en la forma en la que la protección del consumidor se ha incorporado a la aplicación del ordenamiento jurídico, hay que terminar valorando que al final es identificable un saldo positivo. El de que la contratación estandarizada pasa a tener un contenido algo más transparente y, sobre todo, más equilibrado. En el prestador de servicios, sobre todo el gran prestador de servicios, ha anidado la idea o noción de que su poder de manipulación de los clientes ya no parece ilimitado.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

Cámara Lapuente, S. (2017). *Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016. Su impacto en la jurisprudencia del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo*. Revista para el análisis del Derecho INDRET 1/2017. Barcelona, enero 2017.

Carballo Fidalgo, M. (2019). *Hacia un concepto autónomo y uniforme de cláusula abusiva. La jurisprudencia del TJUE y su recepción por los tribunales españoles*. Revista para el análisis del Derecho INDRET 1/2019. Barcelona, enero 2019.

Castillo Martínez, CC. (2021). *La transparencia como valor transversal. Una aplicación concreta al índice de referencia de los préstamos hipotecarios*. Revista Actualidad Civil nº 5, 1 de mayo de 2021. Editorial Wolters Kluwer.

Díaz Fraile, JM. *La doctrina de la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019, sobre la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios (De Modestino a Bauman, o del “Derecho sólido” al “Derecho líquido”)*. Revista de Notarios y Registradores. Abril 2019

Madrid Rodríguez, F. (2021). *El crédito revolving (II): el control de transparencia*. Revista Actualidad Civil nº 6, 1 de junio de 2021. Editorial Wolters Kluwer.

Martín Fuster, JM.:

- (2021). *La apreciación de oficio de las consecuencias de la nulidad. Comentario a la cuestión prejudicial presentada por el TS en el Auto de 27 de noviembre de 2019*. Revista General de Derecho Procesal 53 (2021).
- (2020) *Efectos de la falta de transparencia: Comentario tras las Sentencias del Tribunal Supremo 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre*. Diario LA LEY, nº 9748, de 3 de diciembre de 2020. Editorial Wolters Kluwer.

Martínez Escribano, C. (2019). *CONTROL DE TRANSPARENCIA, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL. Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del TS sobre novación y transacción de cláusulas suelo*. Revista de Derecho Civil. ISSN 2341-2216. Vol VI, núm. 1 (enero-marzo, 2019. Estudios, pp 361-397.

Miranda Serrano, LM. (2018). *El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria*. Revista para el análisis del Derecho INDRET 2/2018. Barcelona, abril 2018.

Pertíñez Vílchez, F.

- (2013). *Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario*. Revista para el análisis del Derecho INDRET 3/2013. Barcelona, julio 2013.
- (2020). *El devenir de la cláusula IRPH tras la STJUE 3 de marzo 2020: transparencia, carácter abusivo e integración*. Diario LA LEY, nº 9689, de 4 de septiembre de 2020. Editorial Wolters Kluwer.

Sánchez Alonso, O. (2019). *La cláusula de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria: una historia interminable. Comentarios a la sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019*. Blog <https://hayderecho.com/2019/10/09>.

Sánchez García, J (2020). *Transparencia vs abusividad conforme a los principios fijados por el TJUE en la interpretación de la Directiva 93/13*. Revista de Derecho vLex #199 . Diciembre 2020. pp 1-17. potestad, guarda y custodia, derecho de visitas, uso de vivienda, o contribución agastos.



## DISCURSO DE CONTESTACIÓN

A cargo del

Excmo. Sr. Dr. Don Julio Arenere Bayo

Excelentísimo Señor Presidente

Excelentísimos Académicos

Autoridades

Queridos compañeros y amigos

Señoras y señores

Constituye para mí un auténtico honor que la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación me haya confiado la grata tarea de contestar al discurso de ingreso de D. Juan Ignacio Medrano Sánchez que acabamos de tener la oportunidad de escuchar esta tarde.

Recibimos hoy en nuestra Academia a D. Juan Ignacio Medrano Sánchez. Turolense de nacimiento, nacido en la Plaza del Torico de Teruel, justo encima de un afamado establecimiento por su chocolate. Se aficionó a ese dulce que todavía le sigue gustando.

Licenciado en Derecho por la facultad Zaragoza, compartimos escenarios de formación, aunque en distintos años, y compartimos trabajo en la Audiencia Provincial de Zaragoza, donde actualmente y desde hace muchos años, desempeña la presidencia de la Sección 4ª. Ingresó en la Carrera Judicial en 1981 y ha servido, antes de recalar en Zaragoza, en Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Figueras y Mataró. También aplicó normas de derecho laboral, ya que su llegada a esta ciudad lo fue a un Juzgado de lo Social, pasando a continuación al de Primera Instancia Nº 2 De Zaragoza y con posterioridad a la Audiencia Provincial, primero como magistrado y en la actualidad, como ya he dicho, como

Presidente de la Sección 4ª. Estando en la Audiencia, superó con el número 1 de toda España, el proceso selectivo para el reconocimiento de la condición de Magistrado Especialista en el Orden Jurisdiccional Civil.

También ha ejercido actividad docente, formando parte de la Comisión de Expertos para la elaboración del Programa de Formación Continúa de la Carrera Judicial, y siendo profesor asociado de la cátedra de derecho procesal. Ha sido director o ponente en innumerables congresos, jornadas, cursos y seminarios organizados por el Consejo General del Poder Judicial, Colegios de Abogados y de Procuradores, Cámara de Comercio y otras instituciones jurídicas. También ha sido autor de numerosas publicaciones que abarcaban tanto el derecho común como el derecho foral aragonés, las cuales renuncio a enumerar pues nos llevaría un largo trecho de esta contestación.

Hoy recibimos a un estudioso del Derecho, a un apasionado de su profesión y a un erudito en asuntos jurídico sociales, como evidencian sus múltiples publicaciones, conferencias y ponencias, siempre con la aplicación ponderada de la Ley y el sentido de la Justicia como hilo conductor.

La capacidad intelectual y jurídica ha quedado expuesta a través de su brillante discurso que ha estudiado temas tan importantes como son los que acaba de exponer. Si por algo se caracteriza Juan Medrano es por su rigor profesional, tanto en el estudio como en el criterio. Juez independiente en todas sus vertientes y en el más amplio sentido de la expresión, en su carrera profesional ha tenido la ley como norte y la justicia como objetivo.

Por lo tanto, aunque poco puedo añadir a lo que aquí hemos escuchado en palabras de un gran experto en la materia, trataré de subrayar a continuación algunas de las conclusiones que, creo, son de especial trascendencia para la materia que nos ocupa.

El nuevo Académico, en la primera parte de su discurso, realiza un pormenorizado estudio de la Directiva 93/13 de la Comunidad Económica Europea, la cual era necesaria para eliminar las barreras jurídicas que representaban obstáculos al desarrollo del tráfico jurídico comunitario con gran auge, dado el incremento de la contratación on line.

Pone de manifiesto las finalidades de la misma, y su contenido referido a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, siendo esencial homogeneizar las legislaciones de consumo de los distintos Estados miembro, ya que la normativa era muy heterogénea y la intensidad de protección muy diversa.

Resalta, el deber de transparencia del predisponente y de comprensibilidad

del clausulado no negociado, y pone de manifiesto que la Directiva 93/13 se proyecta con particular relevancia sobre los elementos esenciales del contrato, en términos tales que el que se adhiere a él, o el consumidor, comprenda el alcance económico de lo que ha pactado. Y después de abordar la trascendencia jurídica de la transparencia, estudia la relación entre transparencia y abusividad. La primera hace referencia a la comprensibilidad del condicionado general del contrato no negociado y se configura como un específico deber de conducta del predisponente; la segunda se refiere al desequilibrio en las obligaciones y derechos de las partes en el aspecto jurídico, aunque pueda tener consecuencias patrimoniales.

El sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información; situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de las mismas, y que habida cuenta de tal situación de inferioridad, los Estados miembros han de establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo. En este contexto incumbe al juez nacional, determinar, si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, la cláusula en cuestión cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que impone dicha Directiva.

El académico pasa a continuación a exponer la posición definitiva del Tribunal Supremo, resaltando la STS de 9 de mayo de 2013, que adelantándose a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, anticipó una noción de transparencia que implicaba que las cláusulas atinentes a la definición del objeto principal del contrato pueden ser declaradas abusivas si no se sujetan a una redacción transparente. Estamos ante un error de consentimiento, que fue el cauce utilizado en las acciones ejercitadas por los inversores minoristas para lograr la anulación de sus contratos de adquisición de productos financieros que tuvieran cierta complejidad y en cuya comercialización las entidades bancarias no tuvieron cuidado ni de informar, ni de que las condiciones generales de esos contratos, por ellas predisuestas, tuvieran una especial claridad. Esa falta de información y de transparencia fue considerada por la jurisprudencia como una presunción de error del consentimiento.

Después de exponer la legislación interna existente y proyectos legislativos, el académico termina augurando que es muy probable que en los tribunales se termine confundiendo el alcance del control de contenido, y se entre abiertamente a controlar la equidad de la correlación del precio con el servicio.

En la segunda parte del discurso, aborda la figura del cliente como nuevo referente de protección, la tutela del consumidor y del inversor en los productos financieros, destacando la doctrina jurisprudencial que sanciona como elementos imprescindibles de la relación de clientela un estricto deber de información al cliente sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro.

Estudia el Académico la ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, resaltando el alcance de la protección del adquirente de viviendas a construir, convirtiendo a las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor, sin exigir la apertura de una cuenta especial y su correspondiente garantía, en responsable frente a los compradores, por el total de las cantidades anticipadas por estos e ingresadas en las cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad.

Expone la abundante jurisprudencia sobre la protección del empresario en la ley de condiciones generales de contratación; su exclusión de la tutela otorgada al consumidor; y también sobre la falta de transparencia como motivo de oposición en el proceso de ejecución.

Hace un profundo estudio de las tarjetas de crédito revolving, que conlleva, por lo general, un préstamo leonino, en el que se genera un relevante desequilibrio contractual entre las partes. En él hay un señuelo, que es la cuota fácil, en la que de caer el prestatario se introducirá en una deuda perpetua en la que solo abonará prácticamente intereses; contiene cláusulas que conducen al consumidor a una posición financiera gravemente perjudicial, lo que puede conllevar la aplicación de una vieja ley de 1908, conocida como ley Azcarate o de represión de la usura.

Resalta el verdadero problema de la contratación no negociada en la que los tribunales se inmiscuyen en la libertad de pacto entre las partes cuando existan casos en los que pueda apreciarse un abuso del derecho o soluciones pactadas desproporcionadas.

En la tercera parte, el Académico estudia la crisis y la incidencia de la abusividad en la ejecución hipotecaria, y la respuesta que ha dado el legislador nacional. Desmenuza los tipos de intereses que se dan en la contratación: moratorios abusivos, interés ordinario y el interés remuneratorio, poniendo de manifiesto las sucesivas resoluciones que se han pronunciado sobre los mismos.

Deja claro la jurisprudencia, que cuando una persona física se constituye en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corres-

ponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como puede ser la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social; o bien si actuó con fines de carácter privado; comprendiendo en el término gerencia a todos los administradores, sean del tipo que sean, a los que considera empresarios y no consumidores.

También examina la responsabilidad del fiador cónyuge del administrador o socio de la deudora tanto si existe sociedad ganancial o separación de bienes, así como el contenido y alcance de la oposición del fiador.

En los procesos de ejecución siempre se ha exigido la liquidez de la deuda y ello presentó problemas cuando la cláusula “suelo” era abusiva, lo que generaba su expulsión del proceso el cual seguía su curso; en consecuencia se desconocía la cuantía de la deuda y por lo tanto no era líquida, lo que se solucionó a través de la creación de un incidente para su determinación.

Examina igualmente la jurisprudencia sobre la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que los tribunales deberán verificar un doble control: por un lado, el cumplimiento de las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, impago de tres plazos mensuales; y por otro, deberán valorar su justificación, la que debe ponderarse en función de los criterios de esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo, así como posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

Concluye su exposición el Académico, después de explicar el colapso de la ejecución hipotecaria que se generó, con un pormenorizado estudio sobre la cuestión prejudicial de 8 de febrero de 2017 planteada por el Tribunal Supremo, y sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la subsistencia del contrato aquejado de una cláusula abusiva, resaltando la STS de 11 de septiembre de 2019 que puso fin a una polémica.

Entiendo que este discurso resuelve cualquier duda sobre la existencia o no de seguridad jurídica. Y no puedo terminar esta contestación sin hacer alusión al principio “*standum est chartae*”. Se ha de estar a la carta, decían las Observancias de Aragón, igualmente definido en el artículo 3 del Código del Derecho Foral de Aragón: «Conforme al principio *standum est chartae*, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés».

El principio “*Standum est Chartae*” (“hay que estar a la letra”) se refiere a la primacía de la autonomía de la voluntad y la libertad de actuación de las partes

en el ámbito civil. Esto es, el juez debe estar siempre a la carta y juzgar según lo que se contiene en ella, salvo que contenga algo imposible o contra el Derecho natural. Su traducción al aragonés es el proverbio «pactos rompen fueros» que citan los autores desde Joaquín Costa y «hablen cartas y callen barbas». Expresiones estas muy extendidas por la Península Ibérica, que, entiendo y me atrevo a decir, que ya no son de aplicación incuestionable en los contratos que han sido objeto de estudio en el discurso de D. Juan Ignacio Medrano Sánchez, en especial en los de consumo.

Y termino ya, agradeciéndole haber aceptado su designación como nuevo académico de número de esta docta corporación y por los servicios que le va a prestar en los próximos años.

En mi nombre, y en el de todos mis compañeros, le traslado nuestra más efusiva enhorabuena por su discurso de ingreso y le doy nuestra más cordial bienvenida a esta Academia Aragonesa, deseándole que su incorporación contribuya a su progreso personal y profesional, al menos en la misma medida que su presencia nos reportará conocimientos y sabiduría a quienes vamos a tener oportunidad de seguir compartiendo con él, trabajo y afanes en los años venideros de nuestra existencia.

Muchas gracias por su atención.

# **PROBLEMAS QUE SUSCITA LA CONTRATACIÓN CON LOS GRUPOS DE EMPRESAS. MECANISMOS DE EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD**

Illma. Sra. Doña Carmen Gay Cano

## **1. Realidad económica. Las sociedades mercantiles como sujetos principales de la actividad empresarial y consiguiente proliferación de los grupos de empresas.**

No es necesario extenderse en que la realidad económica confirma que hoy la actividad empresarial se desarrolla fundamentalmente a través de sociedades de capital, principalmente, limitadas y anónimas, frente a la opción de ejercicio como empresario individual o a través de otros tipos societarios personalistas, por razones obvias de limitación de la responsabilidad patrimonial de los socios.

Y nuestro legislador lo incentiva. En efecto, la reciente Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, ha dado un paso más al permitir la constitución de sociedades limitadas con solo un euro de capital social (nuevo art. 4 de la Ley 1/2010, de 2 de julio, por la que se aprueba el texto refundido de la Ley Sociedades de Capital, “LSC”). Medida que, en mi opinión, va a tener efectos perniciosos en el tráfico jurídico al promover la constitución -en ocasiones, irreflexiva- de sociedades que nacen sin la más mínima solvencia, además de poner en cuestión el principio del capital mínimo como cifra de garantía.

En este contexto de protagonismo de las sociedades mercantiles, han irrumpido también de forma imparable en el escenario económico los grupos de sociedades que han dejado de ser estructuras empresariales reservadas a las multinacionales y grandes empresas, para utilizarse también en proyectos de tamaño medio o, incluso, pequeño, por muy diversos motivos.

En efecto, en primer lugar, es una fórmula idónea para acotar riesgos empresariales, no vinculando todo el patrimonio a los posibles resultados adversos de las empresas productivas o comerciales sometidas a factores externos, como estamos viviendo actualmente con la crisis energética y de suministros. Así, es habitual la creación de sociedades que concentran el patrimonio inmobiliario, aunque en todo o en parte esté cedido su uso a las sociedades productivas.

También permite dotar a la actividad de una mejor organización, optimizando costes y competitividad. Es el caso de la incorporación al grupo de distintas sociedades por actividades o negocios complementarios como pueden ser “segundas” marcas, montaje, transporte, servicio técnico, logística, etc.

En ocasiones responde a evitar que se dupliquen estructuras, en especial las administrativas, constituyéndose una sociedad cuyo objeto social es la prestación de servicios de administración y gestión de todas las del grupo y que, por tanto, también concentra la responsabilidad de administradores *ex arts.* 236 y ss. LSC. Recordemos que nuestro ordenamiento societario exige designar una persona física como representante permanente (art. 212 bis LSC) que responde solidariamente con la sociedad administradora (art. 236.5 LSC).

En determinadas estructuras patrimoniales familiares, en combinación con las normas sucesorias y fiscales, puede ser un instrumento útil en la planificación sucesoria al permitir asignar a distintos herederos negocios diferentes en función de su vinculación o de sus competencias.

La práctica demuestra que las posibles formas de los grupos de empresas pueden ser muy variadas y complejas. Hay estructuras horizontales, verticales, con participación recíproca o circulares. La más típica es la de una sociedad holding o matriz cuyo objeto es la tenencia de la participación en otras sociedades y su gestión<sup>1</sup>. Con frecuencia, las dependientes son sociedades unipersonales íntegramente participadas por la matriz, que tienen regulación propia en los arts. 12 y ss. LSC.

No hay un término único para identificar a las demás sociedades del grupo, utilizándose indistintamente tanto en las normas como en la práctica profesional los términos filial, dominada, subordinada, participada o dependiente en función de la intensidad del control.

Aunque indudablemente son estructuras lícitas que encuentran, incluso, fundamento constitucional en el derecho de la libertad de empresa que reconoce el

---

<sup>1</sup> Los arts. 471 y ss, LSC regulan la constitución por holding de una sociedad anónima europea.

art. 38 de la Constitución, es cierto que en ocasiones los grupos societarios se utilizan para intentar eludir responsabilidades o consecuencias jurídicas en su actuación en el tráfico económico<sup>2</sup>.

Considero oportuno señalar que me referiré a los grupos de sociedades no cotizadas ya que, por su trascendencia en el mercado, los grupos de cotizadas tienen un régimen especial<sup>3</sup>.

## **2. Normativa mercantil referente a los grupos de empresas.**

Nuestro ordenamiento mercantil no ha abordado la regulación integral de los grupos de sociedades o grupos de empresas. Y ello a pesar de las sucesivas reformas societarias, algunas muy recientes, como la producida por la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de capital y, este mismo año, primero por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal y recientemente por la ya citada Ley 18/2022.

Debemos advertir que aunque lo habitual es que los grupos los formen sociedades de capital por la ya mencionada limitación de la responsabilidad patrimonial, nada obsta a que estén integrados total o parcialmente por sociedades personalistas, incluso, por sociedades civiles u otras entidades.

### **• El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.**

Antes de entrar en nuestra legislación vigente, merece la pena detenerse en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil<sup>4</sup> que sí aborda de forma completa y rigurosa la regulación de los grupos de sociedades a los que dedica el Libro Segundo, Capítulo I del Título IX (arts. 291-1 a 291-37).

---

<sup>2</sup> La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo incorporó la obligatoria identificación del titular real.

<sup>3</sup> Arts. 527, 527 decies, 529 ter, 529 duodecimos, 529 unvices y 529 duovices y 541 LSC y Ley del Mercado de Valores, cuyo texto refundido aprueba el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

<sup>4</sup> Según propuesta realizada por la Sección Segunda de Derecho Mercantil de marzo de 2018, [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803661-Propuesta\\_de\\_la\\_Seccion\\_Segunda\\_de\\_Derecho\\_Mercantil\\_del\\_Anteproyecto\\_de\\_Ley\\_de\\_Codigo\\_Mercantil\\_.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803661-Propuesta_de_la_Seccion_Segunda_de_Derecho_Mercantil_del_Anteproyecto_de_Ley_de_Codigo_Mercantil_.PDF)

En primer lugar, hay que destacar que parte de un concepto amplio de grupo “*cualquiera que sea el fundamento de ese control*”, expresión que permite subsumir las situaciones de mero control fáctico muy habituales en la práctica. En efecto así sucede cuando hay una gran dependencia comercial, productiva o financiera aunque no exista vinculación societaria. Piénsese en una sociedad que es proveedor y/o cliente único o muy determinante en la cifra total de negocio de otra sociedad de modo que sus resultados -y su subsistencia- están totalmente vinculados al comportamiento económico de la sociedad que tiene dicha posición.

También establece obligaciones estrictas de información sobre la integración y separación del grupo, así como de publicidad registral y contable, sancionando el incumplimiento con la responsabilidad solidaria de los administradores (arts. 291-6 y 7).

Incorpora las distintas construcciones jurisprudenciales que luego analizo de extensión de la responsabilidad a otros sujetos, regulando supuestos de responsabilidad solidaria y subsidiaria de otras sociedades del grupo, así como de sus administradores (art. 291- 12 y 13).

Se positiviza el hecho innegable de la imposición de decisiones por la sociedad dominante a las sociedades dependientes en “interés del grupo” que, en ocasiones, causan perjuicios a la sociedad afectada, estableciendo límites y obligaciones de reparación o compensación (arts. 291-9, 10 y 11).

Por último, además de una regulación detallada de las cuestiones contables (arts. 291-20 a 37), prevé también medidas societarias de protección para los socios minoritarios o ajenos al grupo (arts. 291-15 a 18).

Es decir, el Anteproyecto aborda el fenómeno de los grupos de sociedades de forma global, frente a lo que sucede con nuestro derecho vigente como paso a analizar.

## **2.1. Ley de Sociedades de Capital.**

La LSC no incorpora una regulación sustantiva integral de los grupos de sociedades. En efecto, más allá de referencias aisladas<sup>5</sup> y con ocasión de la regulación de las cuentas anuales<sup>6</sup>, el Título I, Capítulo IV titulado “*Los grupos de sociedades*”, está integrado únicamente por el art. 18 que ofrece un escueto con-

---

<sup>5</sup> Arts. 107.1, 143, 150.2, 157.6, 162.2, 188.3, 229.1 e), 231.2 c) y 231 bis LSC.

<sup>6</sup> Arts. 260, 261 y 262.5 LSC.

cepto de grupo: “A los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.”

Como primera cuestión debemos reparar en que es un concepto sólo “a los efectos” de la LSC. Efectivamente, no hay un concepto general que se aplique en los posibles ámbitos de actuación de los grupos de empresas, lo cual es distorsionador.

La normativa concursal según la nueva redacción dada por la Ley 16/2022<sup>7</sup>, remite al art. 42.1. CCom, añadiendo “aunque el control sobre las sociedades directa o indirectamente dependientes lo ostente una persona natural o una persona jurídica que no sea sociedad mercantil”. Concepto más amplio, aunque también sólo “a efectos” concursales, en coherencia con el hecho de que pueden ser concursados personas naturales y jurídicas, no sólo sociedades de capital (art.1 LC).

También en el ámbito fiscal<sup>8</sup> y laboral<sup>9</sup> se dispone de conceptos propios.

El concepto de grupo del art. 18 LSC requiere ser integrado con el art. 42 CCom, que es una norma meramente contable y, por tanto, insuficiente desde el punto de vista sustantivo como ahora veremos.

Considera sociedad dominante a “la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.” Es decir, es suficiente el control potencial.

## **2.2. El art. 42 del Código de Comercio.**

Sistemáticamente, los arts. 42 y ss. CCom integran la Sección 3<sup>a</sup> referida a la “Presentación de las cuentas de los grupos de sociedades”, dentro del Título III “De la contabilidad de los empresarios”.

Es una normativa técnica, pero exclusivamente contable y, por tanto, insuficiente desde un punto de vista sustantivo. Y no puede ser de otro modo ya que

---

<sup>7</sup> Da nueva redacción a la Disposición adicional primera.

<sup>8</sup> Los arts. 55 y ss. de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades regulan los grupos de consolidación fiscal.

<sup>9</sup> El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, no ofrece un concepto de grupo que ha sido construido por la jurisprudencia con el carácter favorable a la mayor y mejor protección del trabajador propio del derecho laboral.

el objetivo de estas normas es dotar de transparencia a la información económica de los grupos mediante la técnica de la consolidación de cuentas que permite integrar los estados contables de las distintas sociedades que componen el grupo, para evitar que una visión aislada de las sociedades ofrezca una imagen patrimonial distorsionada<sup>10</sup>.

Volviendo al art. 42.1<sup>11</sup>, la actual redacción hace del control el requisito esencial con una redacción muy similar a la del art. 18 LSC. Con ocasión de la reforma de 2007<sup>12</sup> se abandonó definitivamente el criterio de que se apreciase “*unidad de decisión*” por los problemas prácticos de constatación de esta situación de hecho. Contempla una estructura del grupo vertical o de subordinación.

La norma recurre al mecanismo de establecer presunciones *iusuris tantum* para apreciar la existencia de control sea en la junta o bien en el órgano de administración.

Un primer grupo de supuestos se refiere a los casos de control político en junta general. El primero y obvio en las sociedades de capital es que la dominante ostente “*la mayoría de los derechos de voto*”.

Sin embargo, esta mayoría política no tiene porqué coincidir necesariamente con la mayoría económica, aunque sea lo habitual. En efecto, así sucede cuando existe el denominado “minoritario de control” al que los estatutos le reconocen voto plural para todos o determinados acuerdos (sólo posible en las sociedades limitadas *ex art.* 188.1 LSC). En la práctica es habitual en el caso de socios estratégicos para el negocio a los que, por ello, se les confiere este privilegio político.

Hay otros supuestos en los que el juego de mayorías puede determinar el ejercicio de control. Así sucede cuando existen acciones o participaciones sin

---

<sup>10</sup> La normativa contable complementaria que afecta a los grupos de empresas se encuentra en el RD 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan general de Contabilidad, el RD 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad para PYMES y los criterios contables específicos para microempresas, el RD 1491/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan general de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de plan de actuación de las entidades sin fines lucrativos y el RD 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan general de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan general de Contabilidad de PYMES aprobado por Real Decreto 151/2007, de 16 de noviembre.

<sup>11</sup> “*Existe un grupo de sociedades, cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.*”

<sup>12</sup> Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.

voto (arts. 98 y ss. LSC) o acciones con el derecho de voto suspendido sea por impago de dividendos pasivos (art. 83 LSC) o por ser titular de las mismas la propia sociedad en autocartera (art. 142 LSC).

La Ley impone la abstención obligatoria en el derecho de voto en junta por concurrir conflicto de intereses en el socio en los casos previstos en el art. 190 LSC<sup>13</sup>, situación que puede dar el poder de decisión al minoritario, si bien en este caso el ejercicio del control sería ocasional.

Pero también se produce esta situación *de facto* en las sociedades con gran número de socios en las que hay gran absentismo y la junta la pueden dominar socios minoritarios.

Además del control por participación social, el art. 42.1.c) se refiere a que la sociedad “*pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto*” en clara referencia a los pactos parasocietarios y de sindicación.

---

<sup>13</sup> En concreto, el precepto establece que “1. El socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto:

a) autorizarle a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria.

b) excluirle de la sociedad,

c) liberarle de una obligación o concederle un derecho,

d) facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor o

e) dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230.

*En las sociedades anónimas, la prohibición de ejercitar el derecho de voto en los supuestos contemplados en las letras a) y b) anteriores solo será de aplicación cuando dicha prohibición esté expresamente prevista en las correspondientes cláusulas estatutarias reguladoras de la restricción a la libre transmisión o la exclusión.*

*2. Las acciones o participaciones del socio que se encuentre en algunas de las situaciones de conflicto de interés contempladas en el apartado anterior se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de los votos que en cada caso sea necesaria.*

*3. En los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, los socios no estarán privados de su derecho de voto. No obstante, cuando el voto del socio o socios incurros en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social. Al socio o socios que impugnen les corresponderá la acreditación del conflicto de interés. De esta regla se exceptúan los acuerdos relativos al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad. En estos casos, corresponderá a los que impugnen la acreditación del perjuicio al interés social.*

Es importante reparar que a efectos del cómputo se considera la mayoría real, no la meramente formal, adicionándose a los derechos de voto de la sociedad dominante los de otras sociedades dependientes o de los que disponga *“a través de personas que actúen en su propio nombre, pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes”*.

El segundo supuesto es cuando se dispone del control del órgano de gestión. En efecto, se considera dominante a la sociedad que *“tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.”* Aunque con carácter general se asocia a la mayoría en junta como órgano competente para nombrar a los administradores, puede darse también si se establecen mayorías cualificadas para el nombramiento, siendo necesario el voto del mencionado minoritario de control.

Dado que el art. 42 CCom es una norma contable, se refiere también a la capacidad de controlar el nombramiento cuando *“deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.”*

Por último, se presume el control si los administradores de la dependiente lo son también de la dominante o son altos directivos de ésta o de otra sociedad del grupo.

No hay tampoco referencia alguna a los supuestos de control extrasocietario que ya hemos visto que sí contempla el Anteproyecto cuando define los grupos por subordinación (art. 291-2 y 3). Además, también presume la existencia de control en dos supuestos generalizados en la práctica de uso de imagen corporativa, que sería muy recomendable incorporar a nuestro ordenamiento:

*“e) Cuando una sociedad haya incluido en la denominación elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio o registrado a nombre de ésta o de cualquier otra sociedad perteneciente al mismo grupo.*

*f) Cuando una sociedad haya hecho constar en la documentación o en cualquier clase de publicidad la pertenencia de la misma al grupo.”*

También regula el Anteproyecto los grupos por coordinación (art. 291-4) cuando dos sociedades independientes actúan coordinadamente entre sí bajo un poder de dirección unitario y común en virtud de pactos o contratos entre ellas. Es el supuesto de los contratos atípicos de colaboración mercantil que pueden ser de contenido muy variado.

### 2.3. Legislación concursal.

Ya hemos mencionado que se ha visto modificado concepto de grupo a efectos concursales por la Ley 16/2022 en coherencia con su ámbito subjetivo (art. 1 LC).

A lo largo de la Ley hay numerosas referencias a los grupos de sociedades<sup>14</sup>. Destaca la regulación de la declaración conjunta del concurso de sociedades del mismo grupo, tanto en el caso de concurso voluntario como necesario (arts. 38 y 39 LC).

### 3. Contratación con intervención de grupos de sociedades.

Al abordar esta cuestión hay que partir de dos principios fundamentales en nuestro ordenamiento:

- El grupo carece de personalidad jurídica propia y, por tanto, tampoco existe un patrimonio del que sea titular el grupo como tal. Así lo reconoce, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2018<sup>15</sup> cuando señala que *“No existe un “patrimonio de grupo”, ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, o que justifiquen de otro modo el levantamiento del velo (sentencias 100/2014, de 30 de abril y 429/2014, de 17 de julio)”*.
- En nuestro derecho rige el principio de eficacia relativa de los contratos recogido en los arts. 1091 y 1257 del Código Civil (“CC”), que impide, en principio, extender a terceros las obligaciones dimanantes del mismo.

Aunque el Anteproyecto también establece que el grupo carece de personalidad jurídica propia (art. 291-1), como luego veremos, sí regula la extensión de la responsabilidad a otras sociedades (arts. 291-9 a 291-13).

Esta posible ampliación de los sujetos responsables en el caso de grupos de empresas no es algo extravagante en nuestro ordenamiento mercantil. De hecho, el art. 61.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia establece que *“la actuación de una empresa es también imputable a las empresas*

---

<sup>14</sup> Arts. 7.1º, 8.2, 38, 39, 41, 46, 65, 282.5º, 283.1.3º y 4º, 586.2, 587.1 y 3, 596.3, 603.1, 652.2, 682.2, 685.2 y 755.

<sup>15</sup> Cendoj 28079110012018100045.

*o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.”*

Al abordar la contratación en la que intervienen grupos de sociedades y los problemas jurídicos que pueden suscitarse hay que distinguir entre operaciones intragrupo y contratos con terceros ajenos al mismo.

### **3.1. Contratación intragrupo.**

En una aproximación superficial podría pensarse que la contratación entre sociedades del mismo grupo es una cuestión meramente interna y, por tanto, no merece especial atención. Sin embargo no es así ya que puede afectar terceros (trabajadores, acreedores, etc.), a otras empresas, a los socios minoritarios y, en consecuencia, al mercado.

La realidad es que estas operaciones han preocupado al legislador sólo por su posible opacidad frente a terceros o porque puedan dar lugar a una imagen económico-patrimonial distorsionada. Por ello, impone obligaciones de información en las cuentas de operaciones con el grupo o partes vinculadas, centrándose en la consolidación de estados contables.

Es por primera vez en la reforma operada por la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, cuando se introduce el art. 231 bis sobre *“operaciones que celebre la sociedad con su sociedad dominante u otras sociedades del grupo sujetas a conflicto de interés”*.

Llama la atención que, sistemáticamente, no está ubicado en el Capítulo IV dedicado a los grupos de sociedades junto al art. 18 LSC. Se incluye en la regulación de los deberes de los administradores y, en concreto, del deber de lealtad. Es decir, se incorpora como un mecanismo de control de las operaciones en las que pueda concurrir conflicto de intereses por parte de los administradores como una garantía para los socios y para los demás operadores que interactúen con el grupo.

Los administradores tienen el deber primordial de defender el interés social y de actuar con lealtad, evitando situaciones de conflicto, tanto personalmente como a través de personas vinculadas (arts. 228, 229 y 231 LSC). Son muchas las resoluciones judiciales que insisten en ello, también en el caso de pertenencia a un grupo. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Cendoj 28079110012015100666.

recuerda que *“El interés del grupo no es absoluto y no puede justificar un daño a la sociedad filial (...) El administrador no puede escudarse en las instrucciones recibidas de la dirección unitaria del grupo a que pertenece la sociedad que administra (...) no puede verse afectado por una especie de “obediencia debida” a las instrucciones del administrador del grupo que perjudique injustificadamente los intereses de la sociedad que administra, por los que ha de velar.”*

El mecanismo de control que articula el art. 231 bis LSC es estableciendo una especial intervención de los órganos societarios en estas operaciones.

En concreto, se impone la necesaria aprobación por la junta general de determinadas operaciones que pudieran considerarse actos de mera gestión competencia del órgano de administración si se trata de operaciones en las que la propia Ley hace reserva de competencia a la junta como pueden ser las operaciones sobre activos esenciales (art. 160 LSC)<sup>17</sup>. Reserva competencial que también se puede incorpora a los estatutos al amparo de la libertad de pacto que reconoce el art. 28 LSC, como permite expresamente el art. 160 j) LSC<sup>18</sup>. Por ejemplo, en algunas sociedades puede incluirse la necesaria intervención de la junta para incurrir en un determinado nivel de endeudamiento, para otorgar garantías o celebrar negocios sobre bienes o derechos estratégicos (marcas, patentes etc.).

También se requiere intervención de la junta cuando el valor de la operación vinculada *“o del conjunto de operaciones previstas en un acuerdo contrato marco”*, exceda del 10% del valor del activo total de la sociedad (art. 231 bis.1 LSC).

En los demás supuestos la regla general es que las operaciones de la sociedad con su sociedad dominante o las demás sociedades del grupo, deben aprobarse por el órgano de administración. En estos casos se permite la participación en la adopción del acuerdo de los administradores vinculados y que representen a la sociedad dominante, pero si su voto fue decisivo, se invierte la carga de la prueba y se hace recaer en ellos y en la sociedad la prueba de la adecuación al interés social de la operación, en caso de impugnación o exigencia de responsabilidad.

---

<sup>17</sup> El art. 160 f) LSC considera que es competencia de la junta *“La adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figure en el último balance aprobado.”* Obsérvese que incluye este supuesto junto a otros como la aprobación de cuentas, el nombramiento y separación de administradores o la modificación de estatutos, acuerdos que nadie cuestiona que son competencia de la junta, razón por la cual, en mi opinión, por simple coherencia, no puede entenderse que sea una limitación a las facultades representativas de los administradores a efectos del art. 234.1 LSC.

<sup>18</sup> Atribuye a la junta *“Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos”*.

Con el fin de facilitar la operativa diaria, se prevé la posible delegación del control de estas operaciones intragrupo en “*órganos delegados o en miembros de alta dirección*”, siempre que sean operaciones “*celebradas en el curso ordinario de la actividad empresarial, entre las que se incluirán las que resultan de la ejecución de un acuerdo o contrato marco, y concluidas en condiciones de mercado.*” Ello no obstante, el órgano de administración debe establecer mecanismos de control interno para la evaluación periódica del cumplimiento de estos requisitos (art. 231 bis 3 LSC).

Como excepción, no se consideran operaciones en conflicto de interés las realizadas por la dominante con sus sociedades dependientes, “*salvo cuando en la sociedad dependiente fuese accionista significativo una persona con la que la sociedad no podría realizar la operación directamente, sin aplicar el régimen de operaciones con partes vinculadas*” (231 bis, 4 LSC).

La infracción del deber de lealtad puede dar lugar al ejercicio de las acciones de impugnación del acuerdo, cesación, remoción de sus efectos y “*anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad*” (art. 232 LSC), sin perjuicio del ejercicio de acciones de responsabilidad frente los administradores conforme a lo dispuesto en el art. 236 LSC.

El Anteproyecto (art. 291-9 a 12) positiviza la realidad de que la dominante imparte instrucciones a los administradores de las dominadas “*en interés del grupo*”, matizando que dichas instrucciones no podrán ser contrarias a la ley, los estatutos ni poner en riesgo la solvencia de la sociedad dependiente. Los posibles supuestos son muy variados: imposición de aprovisionamientos y suministros dentro del grupo, compromisos de exclusividad, cesión de clientela, contratación de condiciones de financiación comunes, etc.

Dado que su ejecución puede provocar perjuicios a la sociedad dependiente, el Anteproyecto impone que la sociedad dominada deberá ser compensada por el daño causado, incorporando así la doctrina jurisprudencial de las “*ventajas compensatorias*”<sup>19</sup>. Además, prevé la responsabilidad solidaria de la sociedad dominante y de sus administradores, por el perjuicio causado en caso de falta de compensación.

---

<sup>19</sup> Entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 11-12-2015, nº 695/2015 (Cendoj 28079110012015100666), de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) nº 552/19 de 30-4-2019, de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 1ª) nº 447/2018 de 25-9-2018, y de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª) nº 111/2017 de 25-4-2017.

Esta doctrina jurisprudencial la explica magníficamente la sentencia del Tribunal Supremo ya citada de 11 diciembre de 2015<sup>20</sup> cuando recuerda que *“Ciertamente, la existencia de un grupo de sociedades supone que, cuando se produzcan conflictos entre el interés del grupo y el interés particular de una de las sociedades que lo integran, deba buscarse un equilibrio razonable (...). Ese equilibrio puede buscarse en la existencia de ventajas compensatorias (...). Se trata de realizar un balance de las ventajas facilitadas o las prestaciones realizadas en ambas direcciones (de la sociedad al grupo y del grupo a la sociedad) y concluir si existe o no un resultado negativo para la sociedad filial. Las ventajas o prestaciones realizadas por el grupo a favor de la sociedad filial deben ser verificables, sin que sean suficientes meras hipótesis, invocaciones retóricas a “sinergias” o a otras ventajas faltas de la necesaria concreción, que carezcan de consistencia real (...). En todo caso, han de tener un valor económico, y guardar proporción con el daño sufrido por la sociedad filial (...). El argumento del interés de grupo y la alegación de los beneficios que, en abstracto, supone la integración en un grupo societario (...) no excluye la existencia de un daño directo del que el administrador debe responder. (...) nunca puede estar justificada una actuación en beneficio del grupo que suponga poner en peligro la viabilidad y solvencia de la sociedad filial, con el perjuicio que ello puede suponer para los socios externos y los acreedores (...).”*

Otra medida muy interesante que incorpora el Anteproyecto en las operaciones de afianzamiento es que se permite a la sociedad dominante otorgar garantías reales o personales en favor de sociedades dependientes, pero considera ineficaces las prestadas por la dominada en garantía de obligaciones de la dominante o de otras sociedades del grupo (art. 291-14). Por excepción, sí cabe la garantía solidaria en un solo acto de obligaciones de una sociedad del grupo, así como en el caso de garantías prestadas por entidades de crédito integradas en un grupo en el ejercicio ordinario de su actividad.

Por último, el Anteproyecto protege también a los socios externos de sociedades no cotizadas que no participan en la dominante, reconociéndoles un derecho de separación a valor razonable desde la integración de la sociedad en el grupo y también por no compensación cuando sea exigible (art. 291-15 a 17). En todos estos casos la dominante responde solidariamente del reembolso de su participación (art. 291-18).

---

<sup>20</sup> Cendoj 28079110012015100666.

Otra medida societaria, más discutible, consiste en reconocer el derecho de adquisición del cien por cien de la participación por la dominante si dispone ya del 90% del capital social y del 75% de los votos “*sin necesidad de consentimiento individual de los socios*”<sup>21</sup>. En este caso, el socio afectado debe recibir el valor razonable más una compensación del 10% en dinero o en participación en la sociedad dominante (art. 291-19).

### **3.2. Contratación del grupo con terceros.**

Partiendo de la premisa de que el grupo carece de personalidad y patrimonio propios, unido al principio de eficacia relativa de los contratos, el problema que se suscita en la contratación con terceros por sociedades que pertenecen a un grupo es cómo hacer exigibles las obligaciones y las consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento a otras sociedades no firmantes del contrato.

En los grupos puede darse la situación de que la sociedad solvente sea la matriz no las sociedades dependientes, en ocasiones creadas *ad hoc* para determinado proyecto (como sucede en las promociones inmobiliarias). Frente a terceros proyectan la apariencia de solvencia del grupo o de la sociedad dominante, que no es parte del contrato, mediante el uso de una imagen corporativa común, utilizando con fines publicitarios referencias a otros proyectos del grupo como garantía de buen hacer y solvencia comercial.

Sin duda, la primera cautela es una adecuada redacción de los documentos contractuales estableciendo claramente las obligaciones que asumen las partes, las garantías de otras sociedades del grupo y cualesquiera otros pactos de protección en uso de la autonomía de la voluntad (1255 CC), respetando los elementos propios de la contratación mercantil que establecen los arts. 50 y ss. CCom.

Un supuesto habitual, en especial, en la prestación de bienes y servicios a diversas sociedades del grupo, es que el contrato marco lo suscriba la matriz, aunque contemple prestaciones a favor de las sociedades dependientes. Jurídicamente, si las filiales no son parte contractual, son contratos con estipulación a favor de tercero (art. 1257 *in fine* CC) y, por tanto, se deberá ser cauteloso en la constancia de la aceptación requerida.

Las situaciones de posible abuso de derecho o de vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima ha llevado a los tribunales a elaborar distintas construcciones jurisprudenciales para cubrir las “*lagunas de protección*” a

---

<sup>21</sup> Se prevé ya en la normativa societaria en el art. 359 LSC en el caso de expulsión o exclusión de socios.

terceros por la ausencia de una regulación completa de los grupos de empresas<sup>22</sup>. En tales casos debe superarse *“la ficción jurídica creada al existir una unidad de fin entre tales empresas con la misma actividad, persiguiendo un mismo fin, y actuando coaligadamente en la gestión del mismo (...)”*<sup>23</sup>.

No sin reconocer que es muy loable la sensibilidad que han mostrado nuestros tribunales con estas construcciones, el problema es que son pronunciamientos, caso por caso, en función de los hechos probados que pueden ser muy distintos, de modo que no permiten establecer un criterio único y definitivo aplicable a todos los supuestos. A ello se añade que en las relaciones jurídicas con intervención de grupos de sociedades la prueba puede ser muy compleja.

Paso a analizar las que pueden resultar útiles en la contratación con participación de grupos.

En el supuesto de existencia de una pluralidad de contratos con partes y contenido distintos, resulta muy útil la doctrina jurisprudencial<sup>24</sup> de los contratos complejos, interrelacionados o dependientes. En tal caso, el Tribunal Supremo entiende *“el fenómeno en su conjunto debe ser considerado como una unidad jurídicamente orgánica y, por lo tanto, interrelacionada, de suerte que hay que calificar el contenido esencial del marco contractual a los efectos de aplicar las principales consecuencias jurídicas que puedan derivarse: incumplimiento, resolución, nulidad, etc.”* (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2016<sup>25</sup>).

Quizá la construcción más clásica es la doctrina del “levantamiento del velo” que sanciona el abuso de la persona jurídica. El fundamento último es la prohibición del abuso de derecho que recoge el art. 7.2 CC<sup>26</sup>.

No obstante, nuestro Tribunal Supremo reitera que es una doctrina que tiene carácter excepcional y es de aplicación restrictiva, constituyendo un mecanismo subsidiario ante el agotamiento de otras opciones jurídicas de exigencia de responsabilidad. Requiere prueba contundente de concurrencia de los presupuestos

---

<sup>22</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22-12-2009, nº 5/2010, (Cendoj 28079370202009100580).

<sup>23</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 65/2009, de 9-2-2009, (ROJ SAP M 3268/2009).

<sup>24</sup> Entre otras, sentencias del Tribunal Supremo nº 284/2020, de 11-6-2020, (ROJ: STS 2047/2020) y de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 214/2019, de 29-5-2019, (ROJ: SAP M 5316/2019).

<sup>25</sup> Cendoj 28079110012016100440

<sup>26</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 5-10-2021 (Cendoj: 28079110012021100654) y de 18-1-2021 (Cendoj 28079110012021100014).

para su aplicación, lo cual no siempre es fácil. Así lo recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2012<sup>27</sup> al recordar que se *“exige que se acrediten aquellas circunstancias que ponen en evidencia de forma clara el abuso de la personalidad de la sociedad.”* La aplicación de esta doctrina *“no justificaría por sí sola la condena a una entidad diferente (...) por el hecho de que fueran empresas del mismo grupo”* (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2021<sup>28</sup>).

En otra línea encontramos sentencias en las que se aprecia creación intencionada de confusión en el mercado *“por la utilización indistinta y confusa de ambas sociedades”* entre las que se aprecia *“un solo y mismo interés y finalidad económica que se ha utilizado en abuso y fraude del comprador con el fin de generar su confianza”*<sup>29</sup>. También si se ha creado la expectativa de que se dispondría de la garantía de la sociedad dominante<sup>30</sup>.

La incorporación a la normativa societaria del régimen de responsabilidad de administradores y, en concreto, de la figura del administrador de hecho aplicada a los grupos societarios ha llevado a la posible consideración de la sociedad dominante como administrador de hecho a efectos de exigencia de responsabilidad<sup>31</sup>. Tesis que encuentra fundamento legal en el art. 236.3 LSC que, además de los supuestos de nombramiento nulo o extinguido, contempla a la persona *“bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.”*

En ocasiones, nuestros tribunales salvan también el escollo aplicando la doctrina de la solidaridad tácita que promueve una interpretación correctora del art. 1137 CC no exigiendo pacto expreso de solidaridad porque *“entre los obligados se da una unidad de objeto o comunidad jurídica de objetivos manifestándose*

---

<sup>27</sup> Cendoj 28079110012012100335.

<sup>28</sup> Cendoj 28079110012021100014.

<sup>29</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 30-1-2018, nº 47/2018, (Cendoj 28079110012018100045), de 18-1-2021, nº 5/2021, (Cendoj 28079110012021100014) y de 25-5-2005, nº 375/2005 (Cendoj 28079110012005100373).

<sup>30</sup> En igual sentido, sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22-12-2009 (Cendoj 28079370202009100580) señala que *“en el orden civil se ha imputado responsabilidad a la sociedad dominante en determinados supuestos en que podía entenderse que existía una vinculación más o menos explícita de la misma como garante, o bien cuando con sus actos había creado una apariencia generadora de confianza para terceros que contrataban con las sociedades filiales, etc.(...)”*

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 4-6-2002, nº 530/2002 (Cendoj 28079110012002102181).

*una interna conexión entre todos ellos*<sup>32</sup> propia de los grupos de empresas que justifica la responsabilidad solidaria.

El Anteproyecto aborda directamente la cuestión de la extensión de la responsabilidad regulando diversos supuestos, tanto en el caso de la contratación intragrupo como en las relaciones con terceros (arts. 291-9 a 13).

Así, establece la responsabilidad solidaria de la sociedad dominante y de sus administradores por el perjuicio causado por la imposición de una decisión que no sea compensada adecuadamente en el plazo de un año desde la instrucción perjudicial. También responderán solidariamente los administradores de la sociedad dependiente, salvo que acrediten que han cumplido con las obligaciones de información, que la compensación era adecuada y que no se ha puesto a la sociedad en riesgo de insolvencia.

Además, se establece la responsabilidad subsidiaria por las deudas de la sociedad dependiente cuando *“se hubiera generado en el acreedor, por las circunstancias concurrentes,”* la confianza en la asunción por la dominante de responsabilidad *“por apariencia”*.

Por último, si la matriz no tiene domicilio en España serán también responsables subsidiarias las demás sociedades dependientes domiciliadas en territorio español, lo cual facilita el posible ejercicio de acciones.

#### **4. Reflexión final.**

Para finalizar debo reiterar que sería muy recomendable que el legislador mercantil, si no es capaz de afrontar la incorporación de un nuevo Código completo que actualice el vigente que data de 1.885, debería incorporar en alguna de las múltiples reformas societarias, al menos, la regulación completa de los grupos de sociedades que ofrece el Anteproyecto.

Sin duda, ello dotaría de seguridad jurídica a esta realidad empresarial de la imparable irrupción de los grupos de empresas en el escenario jurídico-económico.

Zaragoza, 15 de diciembre de 2022.

Carmen Gay Cano. Esta Academia evoca el espíritu del recto Derecho, cuyo símbolo histórico es el Justicia de Aragón, Juan de Lanuza, ejecutado en 1591 por defender el *derecho*.

---

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Supremo nº 482/2021, de 5-7-2021 (ROJ 2703/2021).



# **PREMIOS 2022**



**PREMIO DE DERECHO PRIVADO**  
**“CASTÁN TOBEÑAS”**



# CAPACIDAD Y TESTAMENTO: ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

María Cayetana Martínez Navarro

## I. LA CAPACIDAD PARA TESTAR

La ley exige como requisito adicional para que el negocio jurídico adquiera plena validez que el testador tenga la capacidad suficiente para su otorgamiento. No obstante, esta tarea se hace compleja por el simple hecho de que la apertura del testamento se lleva a cabo cuando el otorgante ya no se encuentra, quedando tan solo su voluntad plasmada en el documento.

El Código Civil exige tener la capacidad legal suficiente para la eficacia de todo acto jurídico. Generalmente, hasta la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, a partir de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (hecha en Nueva York en 2006 y ratificada en España en 2008), en nuestro ordenamiento se distinguía entre la capacidad jurídica y la de obrar. La primera era la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, atribuida en abstracto a toda persona por el hecho de serlo<sup>1</sup>. La segunda, sin embargo, suponía la aptitud para celebrar válidamente negocios jurídicos, lo cual dependía de la edad de la persona y de su capacidad para gobernarse por sí misma<sup>2</sup>.

Pues bien, parece claro que la modificación llevada a cabo por la antedicha norma, ahora, contempla a las personas como sujetos de derechos, con independencia de que pudieran padecer un déficit, enfermedad o anomalía que les acarrearía algún tipo de discapacidad física, psíquica o sensorial. Ello se traduce en que toda persona es titular de capacidad jurídica –la cual coincidirá con el concepto que veíamos anteriormente y que permanece invariable– y, en función de la

---

<sup>1</sup> Este aspecto de la capacidad va ligado a la personalidad (art. 30 CC). Por ejemplo, toda persona, con independencia de su edad o su aptitud para gobernarse por sí misma podrá tener la propiedad de un bien. SAIZ GARCÍA, C.: “Comienzo y extinción de la personalidad”, en AA.VV.: *Derecho Civil I (Derecho de la persona)*, (coord. J. R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, 2<sup>a</sup> ed., Valencia, 2016, p. 79.

<sup>2</sup> Tienen plena capacidad de obrar (por ejemplo, para celebrar válidamente un contrato) los mayores de edad no incapacitados judicialmente. *Ibidem, loc. cit.*

edad, la madurez y el grado de discernimiento que ostente el sujeto su ejercicio será desarrollado únicamente por la persona actuante o, en su caso, se adoptarán medidas de apoyo que permitan la actuación personal de la misma.

Al margen de lo anterior, debe hacerse notar que, en relación con el testamento, existen ciertas particularidades que hacen necesario matizar el nuevo contenido de los arts. 663 y ss. de nuestro Código, por cuanto la aptitud para testar confluye muy frecuentemente con el propio ejercicio del derecho, y teniendo este acto carácter personalísimo nadie puede suplir la capacidad ni otorgar testamento en nombre de otro<sup>3</sup>, por más que este padezca algún tipo de limitación por razón de su discapacidad.

Adicionalmente, otra diferencia entre el testamento y el resto de negocios jurídicos es que para el primero se plantean menores exigencias de capacidad que las que se requieren para cualquier otro negocio jurídico *inter vivos*, y ello es así porque mientras estos surten efectos de manera inmediata e irrevocable, pudiendo producir perjuicios irreparables para las partes y terceros, el testamento es un acto esencialmente revocable que, además, produce sus principales efectos tras la muerte del testador<sup>4</sup>.

Asimismo, mientras que en general, se permite a las personas jurídicas llevar a cabo negocios de disposición *inter vivos*, únicamente son capaces para otorgar testamento las personas físicas, de manera unipersonal, sin que pueda equipararse a testar el hecho de que las personas jurídicas puedan prever el destino de sus bienes.

Centrándonos ya en el negocio que nos ocupa, si partimos del Derecho Romano, encontraremos que en aquella época la capacidad para otorgar testamento se encontraba muy limitada, existiendo numerosas incapacidades para ello<sup>5</sup>. Como a continuación veremos, al igual que la sociedad ha evolucionado, la mentalidad y las antiguas concepciones también lo han hecho. Nuestro Código Civil ha debido ir adaptándose a ello y así, hoy en día son reducidas las limitaciones legales que se imponen al respecto, pudiendo clasificarlas en absolutas,

---

<sup>3</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo VI*, Volumen Segundo, 9ª ed., Revisión por Antonio. M. Román García, Editorial Reus, Madrid, 2015, p. 31.

<sup>4</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>5</sup> En concreto, no podían testar ni los esclavos, ni los peregrinos que carecían de *status civitatis*, ni los *in patria potestate* aun con el consentimiento del *pater familias*. Tampoco podían hacerlo los impúberes, los locos, los pródigos, los sordos, los mudos en el testamento oral y las mujeres en ciertas épocas. En nuestro Derecho antiguo se prohibió testar también a los religiosos profesos, a los arzobispos y a los Obispos, si bien esta prohibición se retiró durante el siglo XIX. ROMERO COLOMA, A. M.: “La capacidad de testar y su problemática jurídica”, *RDF*, nº 56, parte Tribuna Abierta, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 290.

que son las que incapacitan para otorgar cualquier tipo de testamento, y relativas, que únicamente limitan para celebrar determinadas modalidades. Nosotros nos centraremos en el análisis de las primeras.

## 1. La presunción de capacidad

La primera duda que puede surgir en sede testamentaria es la relativa precisamente a si se debe presumir que la persona que otorga testamento es capaz para hacerlo *per se*, o si, por el contrario, se debe probar tal circunstancia.

Es el art. 662 CC el que responde a esta pregunta, estableciendo una regla general de capacidad: «*pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente*». Es decir, se presume que toda persona, en principio, es capaz para otorgar testamento, por lo que, si lo desea, podrá hacerlo con plena validez jurídica<sup>6</sup>.

Como se puede observar, la norma reconoce el derecho a la testamentación activa con gran amplitud, en sintonía con los principios *pro capacitate* y *favor testamenti*<sup>7</sup> que rigen el Derecho de Sucesiones español, así como con el respeto al ejercicio del derecho a la propiedad privada y la herencia reconocidos constitucionalmente<sup>8</sup>.

En consonancia, nuestro legislador optó por la regla general de capacidad, pero ello no quiere decir que los testamentos realizados por personas que se presumen capaces no sean susceptibles de ser impugnados, y es que como bien ha matizado nuestra doctrina jurisprudencial, nos encontramos ante una presunción

---

<sup>6</sup> Además, se trata de una «fuerte presunción», como así lo declara la STS (Sala 1ª), de 22 de junio de 1992 (RJ 1992/5460) y posteriormente lo recalca la STS (Sala 1ª), de 31 de marzo de 2004 (RJ 2004/1717).

<sup>7</sup> Principios invocados repetidamente en sede jurisprudencial. Entre las más recientes, las SSTs (Sala 1ª), de 10 de septiembre de 2015 (RJ 2015/5628); de 8 de abril de 2016 (Roj STS 1627/2016); y de 7 de julio de 2016 (Roj STS 3123/2016). Respecto a nuestra jurisprudencia menor, *vid.* SSAP de Madrid (Secc. 12ª), de 21 de junio de 2018 (JUR 2018/229064); de A Coruña (Secc. 4ª), de 23 de abril de 2018 (JUR 2018/184040); y de Soria (Secc. 1ª), de 1 de febrero de 2018 (JUR 2018/97410).

<sup>8</sup> Además, «*en materia testamentaria no hay posibilidad de suplir la falta de capacidad mediante la intervención de otras personas (al ser un acto personalísimo), de ahí que interese el reconocimiento lo más amplio posible de la capacidad de testar*». RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: “Comentario de los arts. 662 a 666 CC”, en AA.VV.: *Código Civil comentado, Volumen II* (dir. A. Cañizares Laso; P. De Pablo Contreras; J. Orduña Moreno; R. Valpuesta Fernández.), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 259.

*iuris tantum*<sup>9</sup>. Es decir, se admite la posibilidad de que quien impugna el testamento pruebe que el testador no contaba con la capacidad necesaria para su otorgamiento, si bien esta no resultará, como se verá, una tarea sencilla<sup>10</sup>.

Dejando sentada esta regla general, la incapacidad para otorgar testamento será, en consecuencia, la excepción, debiendo la misma ser declarada<sup>11</sup>.

Dicho esto, no debe confundirse la capacidad para testar, respaldada por esta presunción general de capacidad, con la libertad para hacerlo. La inobservancia de cualquiera de ellas –capacidad y libertad– puede afectar a la validez del testamento, pero mientras la primera se refiere a la aptitud para entender lo que se dispone y las consecuencias de ello, la segunda hace referencia a un posible vicio de la voluntad.

Ciertamente, uno de los problemas que con mayor frecuencia se plantean ante los Tribunales es el de la influencia indebida sobre el testador con el fin de obtener algún beneficio hereditario. Nos encontramos ante una captación de la voluntad del testador<sup>12</sup>.

Adicionalmente, si tenemos en cuenta el progresivo envejecimiento de la población y que la mayoría de las personas de edad avanzada viven solas, en resi-

---

<sup>9</sup> Esto mismo ha sido remarcado desde antaño por nuestro Alto Tribunal, que declaraba ya en su STS (Sala 1ª), de 26 de septiembre de 1988 (RJ 1988/6860) que *«toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción «iuris tantum» que se ajustan a la idea tradicional del «favor testamenti» y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental, [...], constituyendo una presunción «iuris tantum» de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario, [...], con arreglo a cuya doctrina aparece evidente que la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento del testamento cuestionado corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad y, con base en ello, postula la nulidad del mencionado testamento».*

<sup>10</sup> Esta fuerte presunción se encuentra reforzada, además, por el juicio de capacidad del notario autorizante.

<sup>11</sup> Esto supone que la incapacidad debe ser determinada, percibida, y ello con independencia de que exista o no una sentencia a partir de la cual se establezca una provisión de apoyos en favor del discapacitado.

<sup>12</sup> Para evaluar si un testador es vulnerable una serie de factores a tomar en consideración son: *«el entorno social del testador (si convive con alguien, si dispone de algún cuidador o de algún buen samaritano), sus circunstancias sociales (si permanece aislado o tiene contacto con familiares además de con quien conviva, si está padeciendo algún conflicto familiar, su grado de dependencia del cuidador), factores físicos (enfermedades, discapacidades sensoriales, problemas de comunicación, trastornos de la personalidad) y las circunstancias en que se ha otorgado el testamento en cuestión».* VAQUER ALOY, A.: “La protección del testador vulnerable”, *Anuario de Derecho Civil*, Núm. LXVIII-II, Estudios Monográficos, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pp. 329-330.

dencias o asistidos por cuidadores, una de las cuestiones que debería centrarse en solventar nuestro Derecho es precisamente la influencia que ejercen determinadas personas sobre estos sujetos vulnerables con el fin de captar su voluntad y lograr alguna atribución sucesoria.

Al mismo tiempo, en la práctica, se añade la dificultad de distinguir tal captación de voluntad con la propia falta de capacidad del testador, pues es frecuente que ambas figuras confluyan, recurriendo en muchos casos los Tribunales a declarar la nulidad del testamento por *falta de cabal juicio* –tomando la terminología empleada por el art. 663 CC antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio– cuando únicamente nos encontramos con un vicio de consentimiento<sup>13</sup>.

En efecto, en un caso resuelto en la SAP de Ourense, de 30 de enero de 2002<sup>14</sup>, la testadora de noventa y cuatro años de edad decidió sustituir el reparto hereditario igualitario entre sus hijas por la atribución total del único bien que poseía solo a una de ellas, aquella que la atendía, y en este sentido se argumenta por el Tribunal que *«no se pone en duda, pese a su avanzada edad, la capacidad para otorgar el debatido testamento. El notario autorizante, que la visitó dos veces, una para hablar con ella y otra para el acto formal de otorgamiento en presencia de los testigos según refiere la actora en confesión, la estimó apta, intelectual y psíquicamente, para ello. La prueba testifical recibida a instancia de la demandante, en un total de diez personas especialmente cercanas a la testadora o familiares [...] afirman que la referida causante estuvo siempre lúcida, describiéndola como especialmente lúcida, que sorprendía por su capacidad mental, ingenio, de excelente memoria, muy conversadora y perfectamente conocedora tanto de lo que ocurría alrededor o de lo que quería. [...] Habrán de analizarse las circunstancias específicas que concurren en la vida de cada testador para poder pronunciarse sobre si su voluntad decisoria está o no viciada o lo que es lo mismo si su liberalidad testamentaria vino determinada por un falso conocimiento de la realidad que le fue provocado por el heredero beneficiado»*. De este modo, se estimó que no existían pruebas suficientes que apuntaran a que la testadora fuese *«una persona de personalidad débil o tornadiza, susceptible de ser sometida su conciencia a la voluntad de otro»*, entendiéndose que no existía la captación de su voluntad.

---

<sup>13</sup> Incluso es frecuente alegar conjuntamente la incapacidad del testador y la captación de su voluntad. Así, *«El testador vulnerable no es necesariamente una persona carente de capacidad natural para testar; pero sí que su voluntad expresada, por la influencia recibida, no es espontánea y completamente propia, por lo que la vía de la nulidad del testamento por falta de capacidad testamentaria si no es técnicamente la más precisa, sí que permite lograr el resultado deseado de proteger la libertad de testar privando de eficacia al testamento o a sus cláusulas que no son fiel reflejo de la verdadera intención del causante»*. *Ibidem*, pp. 341-342.

<sup>14</sup> SAP de Ourense (Sec. 2ª), de 30 de enero de 2002 (Roj SAP OU 102/2002).

En cualquier caso, debemos tener presente que el hecho de que un testador o testadora modifique su voluntad, una o repetidas veces, en un sentido o en otro, no tiene necesariamente que significar que no disponga de capacidad testamentaria o que su voluntad esté siendo captada, porque tal cambio de parecer puede ser debido a circunstancias ocurridas en los momentos previos al otorgamiento del testamento o a un simple y libre cambio de voluntad. Habrá de examinarse cada caso en concreto y las circunstancias que lo rodean para poder llegar a una conclusión lo más acertada posible.

Retomando la capacidad para testar, tampoco se debe confundir la falta de esta con la simple dificultad para manifestarla, aunque también pueden concurrir ambas circunstancias. Una cosa es la propia capacidad o aptitud interna y otra la exteriorización de la misma. Muchas veces el testador de edad avanzada o aquejado de enfermedades físicas puede tener dificultades para expresar su voluntad en el momento del otorgamiento. Recae sobre el notario la labor de cerciorarse de que esa merma de las facultades lingüísticas no se encuentra relacionada con el deterioro de facultades mentales y la consiguiente pérdida de comprensión<sup>15</sup>. Un caso paradigmático fue el recogido en la STS de 24 de noviembre de 2004<sup>16</sup>, en el que en un testamento otorgado por una persona que no podía hablar ni escribir, de la prueba practicada se concluyó que *«en el momento del otorgamiento del testamento en cuestión no presentaba duda alguna al notario otorgante [i.e. autorizante] que tenía la capacidad suficiente para tal otorgamiento, tanto, no sólo por la manera de comportarse, sino también por su gestualidad perfectamente comprensible ante temas importantes del testamento»*. Se estimó que era suficiente que el testador hubiera mostrado su conformidad con el contenido del testamento con un simple movimiento afirmativo de cabeza<sup>17</sup>.

Similar supuesto es el referido a un testador que, a resultas de un accidente, solo podía responder en ocasiones, y no siempre, a preguntas sencillas mediante el movimiento de manos y los ojos. A pesar de ello, no se estima la nulidad del acto, por la sencillez del contenido del testamento. Considera el juzgador que *«al testador se le debió preguntar si deseaba que todo lo suyo fuera para la demandada, y para efectuar tal pregunta y obtener una adecuada respuesta, no se requería una capacidad cognitiva y una demostración volitiva más allá de la que era capaz de*

---

<sup>15</sup> Como ocurre por ejemplo en los casos de demencia vascular o de la enfermedad de Alzheimer.

<sup>16</sup> STS (Sala 1ª), de 24 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7554).

<sup>17</sup> Declara la resolución que *«el testamento cuestionado está hecho de conformidad con la voluntad del testador, sobre todo cuando las instrucciones que dio el testador eran de una gran simplicidad, y que su lectura sólo necesitaba unos movimientos afirmativos de cabeza»*. Ya la STS (Sala 1ª), de 30 de noviembre de 1991 (Roj STS 10285/1991) establecía que *«es suficiente que asienta al contenido leído del testamento mediante movimientos de cabeza, tan inequívocos en su significado e interpretación como un asentimiento manifiesto por medio de la palabra»*.

*expresar atendidos los déficit y menoscabos antes referidos. El informe médico afirma que era capaz de responder a cuestiones sencillas e incluso hacer operaciones aritméticas muy simples, y que era capaz de elegir entre varias opciones de respuesta. Tal comportamiento, unido a la presencia y apreciación del notario autorizante, y la de los testigos presenciales, nos conduce al convencimiento de que el testador emitió libre y voluntariamente su disposición testamentaria, y que lo hizo de forma consciente»<sup>18</sup>. Esta es una muestra más de la fuerza de la presunción de capacidad, reforzada más si cabe por la modificación de nuestro sistema por la reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, a partir de la cual se ahonda en la idea de que ha de procurarse cualesquiera medios de apoyo y asistencia a la persona aquejada de alguna discapacidad para que conforme libremente su voluntad.*

En el caso de personas que padecen de hipoacusia, hay que destacar que a pesar de que existan escasas resoluciones judiciales que reflejen este problema, es unánime que la sordera es una patología que no tiene por qué incidir en la capacidad del testador<sup>19</sup>. Del mismo modo, tampoco se consideran incapaces para testar a las personas que sufren dificultades visuales<sup>20</sup>.

Ciertamente, en la actualidad, el legislador impone determinadas precauciones con base en las mencionadas circunstancias especiales del testador, como pueden ser la intervención de testigos en la lectura del testamento<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Como dispone la SAP de A Coruña (Secc. 3ª), de 28 de octubre de 2013 (AC 2013/1925), «*debe rechazarse lo que parece una presunción de incapacidad intelectual derivada de una incapacidad física, como se deduce de la afirmación de que si se tienen dificultades para el habla, aunque se pueda hacer entender no está la persona en plena capacidad, y por lo tanto no puede testar. La dificultad para el habla no implica merma de la capacidad intelectual*».

<sup>19</sup> A este problema se refieren la STS (Sala 1ª), de 27 de diciembre de 1930 y las SSAP de Valencia, de 13 de octubre de 2003 (AC 2003/1796); y de Segovia, de 23 de febrero de 2004 (JUR 2004/289570). Además, un estudio pormenorizado de la cuestión lo encontramos en ROMERO COLOMA, A.M.: “Capacidad de testar e hipoacusia del testador”, *RCDI*, Año nº 84, nº 706, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2008, p. 786.

<sup>20</sup> La jurisprudencia que hace referencia a esta discapacidad prácticamente no cuestiona la falta de capacidad del testador por el hecho de padecerla, sino que centra su atención en valorar si se ha cumplido o no con los requisitos formales que especialmente se exigen para estos casos. MORETÓN SANZ, M. F.: “Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial: el testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías. Su conciliación con el principio de presunción de capacidad y el de *favor testamenti*”, *RCDI*, Año nº 93, nº 720, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2010, pp. 1849-1863.

<sup>21</sup> Establece el art. 697 CC que «*al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos: 1º Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento; y 2º Cuando el testador o el Notario lo soliciten*», según la nueva redacción del precepto dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. Con el nuevo tenor se elimina la circunstancia de que el testador «sea ciego», de lo que parece inferirse que el ámbito de aplicación del reseñado precepto queda ampliado, configurándose una suerte de cláusula de cierre que podría englobar otros supuestos distintos a los expuestos.

Se busca así evitar la vulneración del derecho constitucionalmente recogido a la igualdad y en particular de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

En relación a todo lo expuesto, la realidad es que en la actualidad estamos expuestos a una gran cantidad de enfermedades y es muy frecuente encontrarlos con personas que, con independencia de su edad, padecen de hipoacusia o sordera (en mayor o menor medida), problemas en el habla, en la escritura... Se trata de personas que sufren de cierta deficiencia que puede conllevar no entender o comprender correctamente la lectura del testamento que realiza el notario. Es necesario aceptar que tales discapacidades no van ligadas a la falta de aptitud para testar, y particularmente, que no eximen del respeto a la presunción de capacidad recogida en el art. 662 CC.

## **2. Excepciones a la presunción de capacidad.**

Una vez sentada la regla general de capacidad contenida en el art. 662 CC, es necesario analizar las excepciones a la misma, las cuales deberán interpretarse siempre de manera restrictiva, limitándose a las fijadas taxativamente, sin que quepa la aplicación de la analogía.

El reformulado art. 663 CC, más que de exceptuar, se encarga de complementar el anterior precepto, en el sentido de estipular una prohibición de testar a «La persona menor de catorce años» y a «La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello»<sup>22</sup>.

En ambos supuestos de incapacidad absoluta debemos entender que la persona no cuenta con la suficiente capacidad intelectual y volitiva. Esta no les es

---

<sup>22</sup> Debe ponerse de relieve que con carácter previo a la reforma efectuada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, el precepto aludía al incapaz de testar, que se concretaba en los siguientes sujetos: «1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo» y «El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio».

Con esta nueva redacción parece que el legislador se hace eco de las reivindicaciones sociales y emplea no solo un lenguaje más inclusivo en el que tienen cabida mujeres y hombres, sino que, además, configura un sistema que parte del respeto a la persona con discapacidad, de tal modo que se prevé la provisión de cuantos apoyos y asistencia resulten necesarios, a fin de que la misma pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, evitándose la sustitución de su voluntad como ocurría con el anterior régimen normativo. Así, se adapta nuestro Código a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

presumible a los sujetos que sufran una alteración psíquica de entidad, y lo mismo se puede predicar respecto de los menores de catorce años, en tanto que no han alcanzado su completo desarrollo intelectual.

Es decir, si interpretamos conjuntamente ambos preceptos, a saber, los arts. 662 y 663 CC, no podemos sino llegar a la conclusión de que la regla general será la capacidad, siempre que la persona cuente con más de catorce años y pueda conformar su voluntad, para lo cual será necesario, en caso de que sufra alguna enfermedad que merme sus facultades psicofísicas, la prestación de los medios, la ayuda y/o asistencia de terceras personas a tal fin. En consecuencia, la *incapacidad* debe ser la excepción.

## 2.1. La edad

De acuerdo con el art. 663.1 CC, no puede testar la persona menor de catorce años<sup>23</sup>.

Los catorce años se entienden así como un límite mínimo necesario en la testamentación activa<sup>24</sup>. De este modo, nuestro sistema opta por una edad inferior a la que podemos contemplar en el Derecho comparado, no estando en sintonía, pues, con otras legislaciones europeas como la francesa, la italiana o la portuguesa<sup>25</sup>. Igualmente, nuestra ley no se muestra concordante con las legislaciones de países como Costa Rica, Brasil o Argentina<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Con la reforma efectuada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, además de modificarse el apartado segundo de dicho precepto en los términos que más adelante se dirán, se suprime la frase «*Están incapacitados para testar [...]*» por la expresión «*No pueden testar [...]*», lo que supone un evidente avance en pos del empleo de un lenguaje inclusivo y respetuoso para con las personas aquejadas de algún tipo de discapacidad.

<sup>24</sup> Tomando como ejemplo lo dispuesto en el art. 240.2 CC, cuyo contenido hallábamos en el art. 315.2 CC hasta la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, en la actualidad, se sostiene que «*la edad de catorce años se alcanza a las cero horas del día en el que se cumplen los años*». La doctrina lo entiende aplicable analógicamente al tema que nos ocupa a pesar de que el art. 315.2 CC [actual art. 240.2 CC] se refiere a que «*para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento*». En este sentido, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *op. cit.* p. 266.

<sup>25</sup> El art. 903 CC francés exige una edad mínima de dieciséis años; el art. 591 CC italiano, la mayoría de edad; y el art. 2189 CC portugués solo permite otorgar testamento a los menores emancipados, cosa que no puede ocurrir antes de los dieciséis años.

<sup>26</sup> El art. 591 CC costarricense considera incapaces para testar a los menores de quince años; el art. 1860 CC brasileño exige una edad mínima de dieciséis años; y el art. 3614 CC de la República de Argentina exige para testar la mayoría de edad, es decir, los dieciocho años.

Volviendo a lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, la edad de catorce años que se exige para testar dista a su vez de la que se requiere para llevar a cabo cualquier otro negocio jurídico. A juicio de LACRUZ BERDEJO<sup>27</sup>, los motivos que llevaron al legislador a escoger una edad tan temprana podrían ser, en primer lugar, que otorgar testamento no causa perjuicio alguno ni al menor, ni a los posibles acreedores o legitimarios, cuyos derechos permanecen incólumes. En segundo lugar, como ya se ha definido, el testamento es un acto esencialmente revocable, por lo que el menor podrá otorgar otro en cualquier momento posterior. A todo ello habría que añadir que el otorgamiento del testamento es un acto personalísimo, en tanto que «*nadie puede suplir o complementar la falta de plena capacidad del menor; de forma que si éste no lo realiza nadie puede otorgarlo por él*»<sup>28</sup>.

Ahora bien, aunque el art. 663.1 CC contiene esta regla general de *incapacidad*, existe una excepción en virtud del art. 688.1 CC referida a los testamentos ológrafos. En concreto, el precepto dispone que este tipo de testamentos, por su propia naturaleza, solo podrá ser otorgado por personas mayores de edad<sup>29</sup>, estado que se alcanza en nuestro ordenamiento con el cumplimiento de los dieciocho años<sup>30</sup>. La razón que se apunta para que se haya exigido así es que se ha querido evitar «*que los menores lo llevaran a cabo de forma descuidada y, además, al ser precisa la autografía, probablemente los menores no tienen en ese momento suficientemente definidos los caracteres de la propia caligrafía*»<sup>31</sup>.

Al margen de lo anterior, con carácter previo a la reforma efectuada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, con buena lógica, ya apuntaba la doctrina que la expresión «*de uno y otro sexo*» debía tacharse de innecesaria. Sin embargo, se justificaba en que «*en el derecho anterior al Código Civil, el varón podía testar desde los catorce años y la mujer desde los doce. Esta diferenciación en cuanto al sexo está ya presente en Las Partidas y llega hasta el Proyecto de 1851. El Código, por tanto, quiere dejar claro que unifica la edad para testar*»<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L.: “VIII. Las disposiciones a causa de muerte”, en AA.VV.: *Elementos de Derecho Civil, V*, 4ª ed., Revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2009, p. 161. Así lo pone de relieve también MESA MARRERO, C.: “Régimen Jurídico de los Menores e incapaces en el Derecho Sucesorio”, RJN, nº 43, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 159-234.

<sup>28</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *op. cit.* p. 265.

<sup>29</sup> La doctrina entiende que no cabe el otorgamiento de testamentos ológrafos por menores de edad emancipados. Al respecto, *ibidem*, p. 266.

<sup>30</sup> *Vid.* el art. 240.II en consonancia con el art. 12 CE.

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *op. cit.* p. 266.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 265.

Es lógico que se establezca este límite mínimo puesto que el testamento es un acto complejo, con una gran repercusión patrimonial y se requiere que la persona tenga la capacidad idónea para entender y querer tal acto, entendiendo que por debajo de los catorce años aún no se está en disposición de tal conciencia y además se es más fácilmente influenciable. Lo que se cuestiona es si se puede entender que el menor de catorce años cuenta con este discernimiento, por lo que la doctrina propone, bien la elevación de la edad para testar a los dieciséis años o incluso a la mayoría de edad, bien *«la introducción de criterios más flexibles que permitan examinar en cada caso concreto al notario la capacidad de discernimiento del menor que testa»*<sup>33</sup>.

A lo expuesto habría que añadir que, si bien existe el mencionado límite de edad inferior para testar, no existe uno superior que impida a las personas ancianas este acto. Como más adelante se analizará, nuestro Tribunal Supremo ha declarado al respecto que la ancianidad no puede estimarse como causa de incapacidad para testar<sup>34</sup>. Debe entenderse que esto sería contrario al art. 14 CE, que prohíbe la discriminación por razón de la edad. Quizás sí podría establecerse un límite de edad (por ejemplo, en torno a los ochenta y cinco o noventa años) a partir de la cual se exigiera un examen de carácter neurológico para poder realizar determinados actos con trascendencia jurídica como lo es el testamento<sup>35</sup>.

Como puede deducirse, independientemente del debate doctrinal que pueda surgir respecto a la edad concreta que debe marcar el límite a la testamentación activa, la capacidad para testar por razón de la edad no plantea problemas relevantes en la práctica pues se trata de un dato objetivo, que no da pie a mayores apreciaciones.

---

<sup>33</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>34</sup> Así lo consideraba ya en su STS (Sala 1ª), de 25 de octubre de 1928 (Tol 5.036.540), declarando que *«no puede anularse un testamento por el estado senil del otorgante, ya que ni el derecho ni la medicina consienten que por el sólo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a senectud o ancianidad, se haya de considerar demente al individuo. Que la senectud constituye un estado fisiológico en la mayoría de los casos, y la demencia es un estado específico y patológico»*.

<sup>35</sup> Así lo propone VERDERA IZQUIERDO, B.: “La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas”, *RCDI*, Año nº 90, nº 744, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2014, p. 1637.

## 2.2. La imposibilidad para conformar o expresar la voluntad en el momento de testar

### 2.2.1. Concepto

El art. 663.2 CC declara incapacitado para testar al que «en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello». Con la terminología imprecisa que emplea el citado precepto legal, nuestro Código, una vez más, deja la puerta abierta a la controversia y suscita múltiples cuestiones de gran trascendencia teórico-prácticas, puesto que el hecho de que una persona no pueda conformar o expresar su voluntad, ni aun con medios de apoyo, supone una importante consecuencia jurídica, que es la imposibilidad para otorgar testamento.

Se trata, pues, como ocurría con la redacción del precepto original previa reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio, de una «*fórmula abierta que no específica qué enfermedades o circunstancias concretas son las que incapacitan para testar por no poseer el suficiente discernimiento*»<sup>36</sup>.

Ante una definición tan parca, se hace necesario conocer en primer término qué significación tiene la fórmula legal empleada y, para ello, qué mejor que acudir a la interpretación que hacía la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal del concepto de *cabal juicio*, la cual, pese a su eliminación de la redacción actual del precepto, entendemos puede seguir sirviéndonos de referencia para identificar aquellas situaciones en las que el testador no dispondría de suficiente capacidad para celebrar este trascendente negocio jurídico. Así, el TSno requería una absoluta integridad mental en el otorgante, bastando con ostentar una aptitud mental suficiente al tiempo de la testamentación. En otras palabras, el testador habrá de tener capacidad natural de entender y querer llevar a cabo el testamento y todas las disposiciones en él contenidas.

En efecto, nuestro Alto Tribunal reconoció en su sentencia de 22 de enero de 2015 que «el problema se desplaza a determinar si en los días del otorgamiento de ambos testamentos, la misma [la demencia] era de la suficiente intensidad para determinar la presencia o ausencia de capacidad, en una persona que ya ha fallecido, sin perjuicio de la dificultad de determinar la presencia de la «frontera» entre una y otra, cuestión complicada por la discutida posibilidad de intervalos de lucidez, y la gran dificultad probatoria que presenta en supuestos como el que nos ocupa de demencia

---

<sup>36</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *op. cit.* p. 266.

mixta el conocer si en dos determinados días, por la evolución de su enfermedad, podría producirse una situación de capacidad»<sup>37</sup>. Declaró además que, en algunos supuestos de gran dificultad probatoria, la jurisprudencia «no exige la certeza absoluta, sino que es posible acudir a criterios de probabilidad cualificada»<sup>38</sup>.

Por su parte, entendemos que la incapacidad para testar cuando la persona «no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello» ha de interpretarse desde otro espectro: en un sentido negativo<sup>39</sup>. O lo que es lo mismo, simplemente como la ausencia de patologías, anomalías o trastornos mentales que impidan comprender el contenido de las disposiciones testamentarias y su trascendencia o, en caso de sufrir tales deficiencias, la dificultad al tiempo de comprender las consecuencias jurídicas del otorgamiento de un testamento no pueda ser salvada con el apoyo de una tercera persona que asista al otorgante. En este sentido, creemos que se trata de una forma sencilla de acotar la indefinición del precepto, que redundaría a su vez en una reducción de la inseguridad jurídica.

Con todo, lo cierto y verdad es que el legislador del siglo XIX no empleó la expresión más adecuada para concretar la falta de capacidad ahora estudiada, pero tampoco el del siglo XXI, lo que ha provocado y provocará a buen seguro la inexistencia de unanimidad a la hora de determinar cuándo una persona será plenamente capaz de testar y cuándo no, lo que, sin duda, originará disfuncionalidades interpretativas en la práctica judicial. Estamos, por tanto, ante una cuestión problemática<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> STS (Sala 1ª), de 22 de enero de 2015 (RJ 2015/465), en la que la testadora, de 89 años, padecía una demencia mixta (vascular y Alzheimer).

<sup>38</sup> *Vid.* STS (Sala 1ª), de 19 de junio de 2000 (RJ STS 2000/5291), así como las SSAP de Islas Baleares (Secc. 5ª), de 15 marzo de 2013 (AC 2013/1199); y de Zaragoza (Secc. 4ª), de 3 de octubre de 2016 (JUR 2016/268580).

<sup>39</sup> De un modo similar también lo entendía MESA MARRERO a la hora de analizar el concepto de *cabal juicio*. *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, p. 21.

<sup>40</sup> Ya reconocía el Alto Tribunal (Sala 1ª), en su sentencia de 11 de diciembre de 1962 (RJ 1962/5063), que «La expresión «cabal juicio» está empleada sin pretensión científica, pero con amplia comprensión práctica y aun cuando el término «cabal» es sinónimo de lo completo, justo, acabado y exacto, y en tal sentido no parece pueda predicarse de la salud mental que, como la física, es raramente perfecta [...] La ley emplea la expresión refiriéndose a que el acto de testar reúna los requisitos propios del acto verdaderamente humano, caracterizado porque se realice con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer, lo que con el mismo se persigue, voluntad que la falta de inteligencia vicia de por sí, como poderse querer verdaderamente lo que no es antes conocido.

Por otra parte, el precepto se refiere a que dicha incapacidad se produzca «en el momento de testar». La expresión puede parecer que abarca dos situaciones bien distintas y, si se nos permite, antitéticas, por cuanto la primera pudiera tener una cierta connotación temporal, mientras que la segunda haría alusión al modo o causa de producción. Desde este momento debemos decir que, a nuestro juicio, la norma engloba en su tenor, de un lado, a quien *permanentemente* «no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello», mientras que, de otro, a quien, a pesar de no estar aquejado de una enfermedad mental prolongada como tal, se encuentra, en ese momento, en una situación de anomalía o trastorno psíquico transitorio grave<sup>41</sup>.

Para apreciar la ausencia de tal incapacidad, bastará la mera falta de capacidad fáctica o de hecho suficientemente demostrada<sup>42</sup>. Esto es, «*que la persona padezca, habitual o accidentalmente, una enfermedad o trastorno suficientemente grave que afecte sus facultades intelectuales y volitivas de forma que le impida, en el momento en que pretende testar, ordenar su sucesión de modo consciente y libre*»<sup>43</sup>. Nos encontramos, pues, ante supuestos en los que la persona no ha sido provista de medidas legales de apoyo, pero sí se cuestiona su salud mental a la hora del otorgamiento.

### 2.2.2. Problemática. Especial referencia a los intervalos lúcidos

Son frecuentes los litigios en los que se cuestiona la capacidad de personas de edad avanzada, entre los que, como es sabido, existe mayor posibilidad de sufrir alguna de las enfermedades que afectan a la capacidad de entender y manifestar la voluntad propia. A pesar de ello, como se ha comentado anteriormente, la edad no puede ser un factor que determine por sí misma la ausencia de la meritada

---

<sup>41</sup> En efecto, la jurisprudencia previa a la importante reforma operada sobre nuestro Código reconocía que el *cabal juicio* se perdía por «*cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y el alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue*». STS (Sala 1ª), de 4 de octubre de 2007 (Roj STS 6397/2007). Esto es, no se identificaba únicamente con la presencia de enfermedades mentales dilatadas en el tiempo. Y lo mismo debemos seguir propugnando, a nuestro parecer, a día de hoy.

<sup>42</sup> La STS (Sala 1ª), de 22 de junio de 1992 (RJ 1992/5460) declara que «*no es preciso ni siquiera que tal declaración judicial exista como condición, ni con anterioridad, ni al tiempo del otorgamiento, ni posteriormente (...)*».

<sup>43</sup> MESA MARRERO, C.: *La capacidad para testar...*, cit. pp. 22-23.

capacidad, puesto que legalmente no existe un límite de edad máximo para testar, y constitucionalmente tal apreciación sería del todo cuestionable<sup>44</sup>. Tampoco será determinante que estas personas sufran los síntomas propios de una edad avanzada mientras los mismos no afecten a las facultades intelectuales y volitivas<sup>45</sup>.

Desde luego, las enfermedades físicas graves padecidas por el testador no serán por sí solas determinantes de la ausencia de capacidad, salvo que la misma afecte de manera directa y grave a la facultad de entender y querer lo que se manifiesta<sup>46</sup>.

La mayor fuente de problemas a la hora de delimitar si el testador puede o no testar es cuando existe alguna enfermedad o trastorno mental que, en mayor o menor medida, afectan a su raciocinio<sup>47</sup>. La más común es la demencia, en particular, la de tipo Alzheimer, que hoy en día se encuentra entre las principales causas de muerte en España.

La dificultad que encontramos con la demencia es que no siempre implica una pérdida de conciencia y, además, tiene carácter progresivo, por lo que resulta

---

<sup>44</sup> En este sentido se pronuncian las SSTS (Sala 1ª), de 27 de enero de 1998 (RJ 1998/394); y de 27 de junio de 2005 (Tol 674.276).

<sup>45</sup> «Parece obvio que los trastornos físicos propios de la ancianidad (lentitud de reflejos, artrosis, reuma, dificultad al andar, incontinencia urinaria...) no constituyen en sí mismos causas de incapacidad para testar; ya que la debilidad corporal de carácter leve no afecta en principio a la mente. Respecto a los achaques mentales de carácter ordinario (pérdida de memoria, confusión de nombres, falta de conexión entre ideas, desorientación...), tampoco, como regla general, implican una incapacidad para otorgar testamento, ya que suelen llevar consigo simplemente una mera alteración de las facultades psíquicas (y para la ausencia de cabal juicio se requiere una perturbación mental grave), además de que estos deterioros mentales propios de la edad no inciden necesariamente en todas y cada una de las esferas psíquicas del anciano». RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *op. cit.* p. 271. En el mismo sentido, STS (Sala 1ª), de 27 de enero de 1998 (RJ 1998/394).

<sup>46</sup> Un ejemplo claro de ello lo encontramos en la SAP de Pontevedra (Secc. 3ª), de 20 de abril de 2016 (JUR 2016/121095), que, padeciendo el testador un cáncer terminal que le impedía el movimiento y le suponía dificultades de habla y expresión, así como probables trastornos cognoscitivos, el juzgador entiende que sigue prevaleciendo la presunción de capacidad del otorgante. En el mismo sentido falla la SAP de Las Palmas (Secc. 5ª), el 31 de marzo de 2014 (Roj SAP GC 534/2014) ante un testador con metástasis cerebral del cáncer de pulmón que le había sido diagnosticada un mes antes de otorgar testamento, considerando para este caso que «consciente no significa estar despierto (como dice la apelante) sino que siente, piensa, quiere y obra con conocimiento de lo que hace».

<sup>47</sup> Al respecto, VELAYOS JORGE, J.L. y GARRIDO DE PALMA, V.: “La capacidad para testar: su valoración médica y su consideración jurídica”, *RJN*, nº 95-96, Consejo General del Notariado, Madrid, 2015, pp. 401-437.

difícil determinar el momento a partir del cual la enfermedad afecta directamente a la capacidad de la persona<sup>48</sup>. Algunos autores hacen un paralelismo entre el grado y evolución de la alteración y la posible capacidad del testador, lo que a su vez coincide con el sentido de la práctica jurisprudencial. En concreto, RODRÍGUEZ GUTIÁN expone que *«con toda probabilidad cabe sostener que muchas personas con demencias en estados iniciales mantienen una capacidad de tomar decisiones aceptables; por tanto, en la fase inicial existe una mínima capacidad para testar, pero existe. En el extremo opuesto parece también indudable que en la fase avanzada, es decir, cuando ya se ha instaurado la enfermedad (denominada fase demencial de la enfermedad), la incapacidad es evidente»*<sup>49</sup>. El problema se acentúa, pues, cuando la demencia se encuentra en una fase intermedia, donde no hay contundentes probabilidades, sino que la incapacidad puede tanto producirse como no hacerlo.

Por lo que respecta a la perturbación mental producida por la embriaguez o el abuso de estupefacientes, el mismo autor opina que estas solo imposibilitarán para testar cuando concurren en el momento concreto del otorgamiento por la intoxicación, ocasional o crónica, que afecte a las concretas facultades mentales del testador<sup>50</sup>.

Es llamativa la duda que se plantea cuando la persona testó bajo un síndrome depresivo severo. En este sentido, se suele alegar la ausencia de cabal juicio cuando el testador se suicidó días o semanas después del otorgamiento. Los Tribunales, por su parte, rechazan que la depresión o el derivado suicidio del testador pueda considerarse una circunstancia que suponga necesariamente la ausencia de capacidad al momento del otorgamiento<sup>51</sup>.

Por otro lado, habrá también ocasiones en las que la incapacidad para testar no se derive de una enfermedad concreta, sino que devenga de la existencia de múltiples patologías confluyentes que afecten a las capacidades mentales de la persona, por lo que en estos casos podría resultar extremadamente difícil identi-

---

<sup>48</sup> SSAP de Alicante (Secc. 6ª), de 31 octubre de 2012 (JUR 2013/22829); de Valencia (Secc. 6ª), de 23 abril de 2013 (AC 2013/1621); y de Santiago de Compostela (Secc. 6ª), de 25 de marzo de 2014 (JUR 2014/219778).

<sup>49</sup> *Op. cit.* p. 269.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 270. Al respecto, STS (Sala 1ª), de 5 de noviembre de 2009 (RJ 2010/84); y SAP Valladolid (Secc. 1ª), de 31 de octubre de 1997 (AC 1997/2057).

<sup>51</sup> Así lo aprecian la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal), de 1 de octubre de 1991 (RJ 1992/3908); y la SAP de Cuenca (Secc. 1ª), de 10 de mayo de 2016 (JUR 2016/139515).

car el momento en el que puede considerarse que se perdieron. El criterio pericial, según resulta de la jurisprudencia, debe tener aquí un valor esencial<sup>52</sup>.

Con independencia de la alteración que pueda sufrir el testador, lo importante será determinar la repercusión que esta tiene en la aptitud mental del mismo con el fin de valorar si su capacidad de juicio se vio afectada<sup>53</sup>. Incluso se descarta la consideración de incapaz para testar a una persona por el hecho de encontrarse internada en un centro psiquiátrico, puesto que la enfermedad puede ser leve y permitirle conservar la capacidad natural, o por el simple hecho de que aun con una enfermedad mental grave, el mismo puede encontrarse en un período de lucidez<sup>54</sup>.

Así, en segundo lugar, resulta necesario a la par que complejo hacer una especial referencia a los intervalos lúcidos en el momento de testar. Y es que existen enfermedades mentales y trastornos psíquicos que confieren a la persona cierta lucidez. Ciertamente, como han puesto de relieve los psiquiatras en repetidas ocasiones, *«la persona afectada por enfermedad mental puede experimentar una cierta mejoría de los síntomas que padece, en virtud, por ejemplo, y es el supuesto más frecuente, de la instauración de una medicación acertada y oportuna»*<sup>55</sup>.

Así pues, podríamos definir el intervalo lúcido como un espacio de tiempo, normalmente reducido o temporal, en el que una persona que, en condiciones

---

<sup>52</sup> SAP de Zaragoza (Secc. 4ª), de 3 de octubre de 2016 (JUR 2016/268580). En este caso, la causante padecía en fechas próximas al otorgamiento de testamento «lesiones isquémicas cerebrales, cáncer no diagnosticado y con una altísima probabilidad de metástasis en cerebro, medicado con hipnóticos, con una grave depresión y ese grado de influenciabilidad, acaso el dato menos perceptible por el fedatario [...]. El cuadro que presentaba la causante un mes antes del otorgamiento del testamento impugnado desvela una sintomatología con aspectos neurológicos, digestivos y psicológicos, que hacen altamente verosímil que la causante no tuviera la lucidez necesaria y la voluntad plena y consciente de alterar las anteriores voluntades testamentarias». Finalmente, «la Sala considera que se debe entender por acreditada el grado de probabilidad cualificada que para este tipo de situaciones viene exigiendo el TS para entender acreditada la falta de capacidad del testador, lo que debe llevar a la estimación del recurso».

<sup>53</sup> Esto ha sido respaldado por las SSAP de Las Palmas (Secc. 5ª), de 26 de enero de 2015 (AC 2015/311); y de 7 de junio de 2015 (JUR 2015/252501), así como la de Huesca (Secc. 1ª), de 26 de diciembre de 2014 (AC 2014/2262).

<sup>54</sup> Cabe decir que, si bien en los casos de internamientos psiquiátricos no desaparece la presunción de capacidad, es unánime entre nuestra doctrina que deben extremarse las cautelas a la hora del otorgamiento.

<sup>55</sup> ROMERO COLOMA, A. M.: “Testamento y capacidad: problemática jurídica de la incapacidad mental del testador”, *Diario La Ley*, nº 7349, Secc. Tribuna, Editorial LA LEY, Madrid, 2010, p. 3.

normales, tiene sus facultades mentales mermadas, recobra su capacidad mental, entendiéndose que su capacidad natural, en ese momento, es suficiente para otorgar testamento. Debemos distinguir esta situación de la propia remisión, curación o simple mejoría de la patología mental<sup>56</sup>.

En estos casos existe, por así decirlo, una inversión de la presunción de capacidad, en el sentido de entender que la regla general será considerar no capaz para testar a quien carezca regularmente de dicha capacidad, siendo la excepción el intervalo lúcido y su consiguiente capacidad para otorgar testamento. Igualmente, siempre cabrá la destrucción del juicio de capacidad, aun el referido a un intervalo lúcido, mediante prueba en contrario.

Ante el posible escenario de un intervalo lúcido deberemos tener en cuenta que, durante el mismo, la persona es capaz de realizar cualquier acto o negocio jurídico, entre ellos, el testamento. Lo contrario no se podría sostener en modo alguno, ya que se le estaría privando del derecho a la testamentifacción activa a una persona que, de hecho, en el momento del otorgamiento, tiene la capacidad natural suficiente para llevarlo a cabo.

Como quiera que sea, se trata de una realidad a la que volveremos a hacer referencia más adelante, por cuanto tiene una relevancia trascendente en aquellos supuestos en los que existiera una sentencia judicial previa en la que se determinase que la persona no ostenta suficiente capacidad para testar, ni aun provista de apoyos.

En tercer lugar, debemos tener en cuenta que el examen de la eventual capacidad para prestar consentimiento al tiempo de otorgar testamento ha de llevarse a término de manera abstracta, analizando todas y cada una de las circunstancias del caso concreto. Para ello, nuestros Juzgados y Tribunales suelen tener en cuenta ciertos datos referidos a las circunstancias subjetivas del otorgante contenidos, por ejemplo, en informes médicos, o derivadas de testimonios de personas cercanas, o incluso la propia conducta del testador antes o incluso después de otorgar testamento<sup>57</sup>.

Pues bien, no resulta infrecuente encontrar resoluciones judiciales en las que se exige una menor o mayor capacidad del testador, en función del contenido del propio testamento, prestando especial atención a la simplicidad o complejidad

---

<sup>56</sup> Existen, por su parte, determinadas enfermedades o trastornos mentales que no admiten la producción de un intervalo lúcido, como son el síndrome de Down, la oligofrenia, la esquizofrenia o la paranoia, todas ellas en su grado profundo. *Ibidem*, p. 5.

<sup>57</sup> En efecto, de ese modo se pronuncia la SAP Barcelona (Secc. 1ª), de 14 de octubre de 2014 (Roj SAP B 11107/2014).

delas disposiciones del propio instrumento. En efecto, nuestro Tribunal Supremo ha afirmado que cuanta más complejidad tenga el testamento, mayor habrá de ser la capacidad de entender y querer para llevarlo a cabo, no bastando con la simple capacidad natural media<sup>58</sup>.

Al respecto, resulta obligado traer a colación la anteriormente mencionada STS de 22 de enero de 2015<sup>59</sup>, con la que coincidimos, y que pone de manifiesto la necesidad de valorar el contenido del testamento, reconociendo que la existencia de disposiciones de complejidad media en el reseñado instrumento público resulta incompatible con el estado de demencia mixta que sufría la testadora, lo cual queda corroborado por los peritos médicos.

La cuestión ahora sería qué debe entenderse por testamento con contenido complejo. Del análisis de numerosa jurisprudencia al respecto, llegamos a la conclusión de que se hace referencia a instrumentos en los que se hagan disposiciones más allá del clásico reparto equitativo. A nuestro parecer, la complejidad de un testamento puede ser un indicio, pero nunca una prueba que permita por sí sola la declaración de nulidad por falta de capacidad natural del otorgante, y ello con independencia de que se sufriera de hecho un importante deterioro cognitivo<sup>60</sup>.

Al margen de lo anterior y sin ánimo de ahondar exhaustivamente en una cuestión que no es objeto de nuestro estudio, sí quisiéramos hacer referencia a la posible desheredación y comentar una línea jurisprudencial ya asentada que afecta a las causas mismas.

El testador, cumpliendo con lo previsto en el art. 849 CC, expresa en sus testamentos la causa legal en que se funda la desheredación (que ha de ser una de las expresamente señaladas por la ley art. 848 CC), a saber, la recogida en el art. 853.2ª CC, que declara justa causa de desheredación el maltrato de obra y la injuria grave de palabra.

Pues bien, tradicionalmente se ha venido entendiendo que la expresión «maltrato de obra» hacía referencia a la existencia de actos en los que se emplea fuerza física<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> STS (Sala 1ª), de 19 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6399).

<sup>59</sup> STS (Sala 1ª), de 22 de enero de 2015 (RJ 2015/465).

<sup>60</sup> SAP Pontevedra (Secc. 1ª), de 31 de mayo de 2016 (Roj SAP PO 1121/2016).

<sup>61</sup> Si bien la STS (Sala 1ª), de 26 de junio de 1995 (RJ 1995/5117), hace una flexibilización del concepto y declara que no es esencial para apreciar la existencia de maltrato de obra cuando no habiendo ningún tipo de violencia física, el hijo consiente la expulsión de su madre de su domicilio.

Y así, la STS 28 de junio de 1993<sup>62</sup> declaró explícitamente que *«la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc., son circunstancias y hechos que de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva sólo están sometidos al Tribunal de la conciencia»*.

Sin embargo, la STS de 3 de junio de 2014<sup>63</sup> modificó esta línea interpretativa y, respecto a los malos tratos o injurias graves de palabra, entendió que *«de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen»*.

De esta forma, nuestro Tribunal Supremo provocó intencionadamente un cambio de criterio de acuerdo con la realidad que la sociedad ya estaba viviendo en el año 2014 y consideró que debía entenderse el maltrato psicológico como una modalidad del maltrato de obra<sup>64</sup>.

Sea como fuere, a fin de evitar futuros conflictos o, si cabe, simplificarlos, sería aconsejable que los fedatarios públicos ahondaran en las causas mismas de desheredación y especificaran las circunstancias de cada caso concreto, pues es hartamente frecuente en la práctica notarial limitarse a hacer constancia de la concurrencia de la causa de desheredación sin un mayor detalle o profundización.

### **3. La situación del discapacitado con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica**

En el presente apartado analizaremos la concreta situación en la que se encuentra la persona que tiene mermada ya no su capacidad de obrar, terminología esta que ha sido suprimida conforme a la reforma tantas veces aludida, sino

---

<sup>62</sup> STS (Sala 1ª), de 28 de junio de 1993 (RJ 1993/4792).

<sup>63</sup> STS (Sala 1ª), de 3 de junio de 2014 (RJ 2014/3900).

<sup>64</sup> En el mismo sentido se pronuncia la STS (Sala 1ª), de 30 de enero de 2015 (RJ 2015/639), que aprecia como causa legal de desheredación de los hijos de la causante su *«conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios»*.

su capacidad jurídica<sup>65</sup>, la cual ha sido declarada por medio de una resolución judicial atribuyendo medidas de apoyo para el correcto ejercicio de la misma. Nos centraremos, por tanto, en la incidencia que pudieran tener las medidas «formales», como las denomina el Código, en tanto que, a nuestro juicio, son las más gravosas para la persona que adolece de algún tipo de discapacidad, pero, además, también se erigen como aquellas que podrían presentar mayores problemas al tiempo de otorgar testamento, precisamente por la naturaleza personalísima del mismo.

Nuestro Código Civil, en el momento de su aprobación, exigía que el sujeto que se dispusiera a testar estuviera dotado de capacidad natural, a saber, de capacidad de entender y querer sus propios actos. De este modo, gozaba de total validez el testamento del demente<sup>66</sup>, siempre que se produjera en un intervalo lúcido y se adoptaran las cautelas que el originario art. 665 CC recogía<sup>67</sup>.

No obstante ello, la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha reformado el meritado precepto y le ha dado un nuevo cuerpo y sentido en orden de principios. Así, la redacción previa a la reforma contemplaba que quien, encontrándose incapacitado judicialmente, pretendiese testar, no conteniendo pronunciamiento alguno al respecto la resolución por la que se adoptaba tal medida, el notario designaría dos facultativos para que le reconocieran, y no autorizaría el acto a menos que estos reconocieran al testador y respondieran de su capacidad<sup>68</sup>. Ahora, en cambio, la

---

<sup>65</sup> Ahora, se entiende que la persona, por el mero hecho de serlo, tiene derecho a la toma de decisiones propias, de modo que la modificación judicial de su capacidad de obrar supondría un atentado contra la dignidad personal del sujeto en cuestión. En consecuencia, la capacidad jurídica, conforme a la reforma realizada, comprendería una doble vertiente: la primera, que se referiría al aspecto pasivo, esto es, a su titularidad; la segunda, al aspecto activo, a saber, a su ejercicio. Así lo declara la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, «el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse».

<sup>66</sup> Antigua terminología empleada y, por suerte, ya desfasada por su carácter claramente peyorativo hacia la persona que padece algún tipo de enfermedad de corte psicológico o psiquiátrico.

<sup>67</sup> El art. 665 CC en su redacción originaria de 1889 disponía: «Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el notario dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos».

<sup>68</sup> El art. 665 CC, antes de modificarse por la Ley 8/2021, de 2 de junio, conforme a la redacción que le dio la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, establecía que: «*siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad*».

disposición elimina toda referencia tanto al eventual contenido de la sentencia por la que se configuraran las medidas de apoyo formales (curatela o, en su caso, defensor judicial), como al papel que pudieran desempeñar los facultativos a la hora de reconocer al discapacitado, dejando exclusivamente en manos del notario la labor de comprobar la idoneidad de la persona para testar<sup>69</sup>. Por ende, será el fedatario público quien se encargue de apoyar al testador en la manifestación de las preferencias de este último. No obstante, a nuestro parecer, efectuando una labor integradora del art. 665 con el 663.2º, ambos de nuestro Código, entendemos que el nuevo tenor del precepto extractado no impedirá que quien se haya designado, bien voluntariamente por el propio discapacitado, bien judicialmente, para asistirlo, no pueda participar en el proceso en el sentido de garantizar el respeto a la voluntad y preferencias de la persona aquejada con alguna enfermedad que le impida hacerlo por sí misma.

Sea como fuere, *a priori*, se permite otorgar testamento a la persona discapacitada, aun cuando haya pasado por un proceso formal de atribución de medidas de apoyo, siempre que, claro está, se encuentre en ese momento en un intervalo lúcido<sup>70</sup>.

Así las cosas, podremos hallarnos ante distintas situaciones, las cuales analizaremos de inmediato.

En primer lugar, puede ocurrir que la sentencia por la cual se disponen medidas de apoyo a favor del sujeto que ahora desea otorgar testamento no se pronuncie sobre la capacidad testamentaria del mismo. En este caso será plenamente aplicable el art. 665 CC y las cautelas que el mismo impone. Será preciso, entonces, que el notario reconozca al testador y, de afirmarle suficiente capacidad, autorice el testamento, pudiendo contar, desde nuestro punto de vista, con la ayuda de la persona que asista al discapacitado.

Al respecto se ha dicho por algún que otro autor que el supuesto de hecho del precepto alude y encuentra acomodo únicamente en el testamento notarial abierto,

---

<sup>69</sup> El vigente art. 665 CC reconoce que: «La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias».

<sup>70</sup> De hecho, el propio art. 664 CC recuerda que «El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido». Al respecto, puede verse también a RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *op. cit.* p. 273.

por cuanto resulta dudoso que pudiera ser hábil en el cerrado<sup>71</sup>. Por el contrario, sí resulta unánime la negación de su aplicabilidad al testamento ológrafo<sup>72</sup>.

En segundo lugar, podemos encontrarnos ante una sentencia que sí contenga pronunciamiento expreso respecto a la capacidad para otorgar testamento de la persona de que se trate, permitiéndole ejecutar dicho acto<sup>73</sup>. Si la sentencia permite testar al sujeto, debemos plantearnos si sigue siendo de aplicación el art. 665 del Código y con él las cautelas que específicamente prevé o si, por contra, habremos de acudir a las previsiones generales recogidas por la ley para cualquier testador, esto es, al juicio notarial sobre la capacidad y a la consecuente aplicación de la presunción de capacidad que estipula el art. 662 CC.

Al respecto, al haberse eliminado del art. 665 CC la referencia a que la resolución judicial contenga algún pronunciamiento sobre la capacidad testamentaria, es posible mostrarse favorable sobre la eventual aplicabilidad del dicho precepto, sin necesidad de acudir a la presunción de capacidad contemplada en el art. 662 CC para considerar válido el citado instrumento notario. Sea como fuere, la reseñada capacidad habrá de ser apreciada al tiempo del otorgamiento *ex art. 666 CC*<sup>74</sup>.

Finalmente, también puede ocurrir que, existiendo una sentencia por la que se proveen medidas de apoyo, esta declare la imposibilidad del sujeto de otorgar testamento por las graves circunstancias que padezca, pronunciándose, por tanto, desfavorablemente. Parece que, ante este escenario, la persona no podrá testar aun contando con el reconocimiento notarial y con la asistencia del sujeto designado, y ello ni siquiera cuando se encontrara en un intervalo lúcido. La misma

---

<sup>71</sup> De hecho, el notario, al tiempo del otorgamiento del testamento, no podrá certificar la capacidad del testador en el momento en que se redactó. Igualmente, surgen dudas acerca de si quien lo redactó fue efectivamente el discapacitado o, por el contrario, otra persona distinta. CAROL ROSÉS, F.: “Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad”, *RCDI*, Año nº 93, nº 764, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2017, p. 3246.

<sup>72</sup> Sobre el testamento ológrafo, *vid.* TORRES GARCÍA, T. F.; “Del testamento ológrafo”, en AA. VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo IX, Vol 1º-A: Artículos 657 a 693 del Código Civil* (dir. M. Albadalejo y S. Díaz Alabart), Edersa S.A., Madrid, 2004.

<sup>73</sup> Así ocurrió en el supuesto resuelto en la SAP de Guipúzcoa (Secc. 3ª), de 11 febrero de 2011 (AC 2011/45).

<sup>74</sup> Algún sector doctrinal entendía antes de la reforma del año 2021 que el art. 666 CC no era aplicable cuando existía una sentencia de incapacitación, contuviera o no pronunciamiento acerca de la capacidad para testar. ÁLVAREZ LATA, N.: “Comentario al art. 665 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (Coor. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 950.

afirmación habría de hacerse si se recobraran las aptitudes psíquicas necesarias por parte del testador. Esto única y exclusivamente cambiará en el momento en que se dicte una nueva sentencia que, ahora sí, le otorgue las facultades suficientes para llevarlo a cabo<sup>75</sup>.

La principal crítica doctrinal al respecto considera que, basándose nuestro sistema sucesorio en el reconocimiento de la capacidad natural de entender y querer el acto que se va a llevar a cabo, «*en la medida en que así se respeta más la libertad y voluntad del sujeto, y en la medida en que el testamento es un acto personalísimo en el que no cabe representación ni complemento de capacidad, [...], difícilmente podrá establecerse en la sentencia [...] el grado de aptitud psíquica que tendrá el incapacitado [sic] cuando otorgue testamento*»<sup>76</sup>.

Por tanto, como señala ALBALADEJO GARCÍA<sup>77</sup>, corriente a la que nos adscribimos, la capacidad a la que alude el art. 665, así como el 663 apartado segundo, ambos del Código Civil, es la natural, la de entender y querer llevar a cabo el reseñado acto de carácter personalísimo, y no la de obrar general que rige en materia de obligaciones y contratos. Y esto resulta meritorio aclararlo, pues en modo alguno un Juzgado o Tribunal debería poder conceder o negar a un sujeto una situación que es de facto, en tanto que la misma se ejecutará —o no— en un momento posterior al pronunciamiento judicial de concurrir los presupuestos necesarios para ello.

Además, esta negación preestablecida de capacidad iría en contra no solo de lo dispuesto en el art. 666 CC que, como es sabido, alude a la apreciación de la misma al tiempo del otorgamiento, sino también del art. 269 CC al establecer que «En ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos». Por ello, lo lógico sería que, de otorgarse testamento en un intervalo lúcido, aun negándose en sentencia la testamentifacción activa, se reputase como válido el testamento elaborado<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Al respecto, en la SAP de Cuenca (Secc. 1ª), de 12 de junio de 2012 (JUR 2012/250369), se estima parcialmente un recurso cuyo fin tenía la ampliación de la esfera de actuaciones de una persona discapacitada y permitirle, ahora sí, otorgar testamento. Igualmente, la SAP de las Palmas (Secc. 3ª), de 2 de julio de 2012 (JUR 2012/367523) confirma la sentencia de 1ª Instancia por la que se declaraba la imposibilidad del ejercicio del derecho de sufragio activo y del de otorgar testamento. De esto se infiere que en la mayoría de las ocasiones la jurisprudencia priva de forma completa al sujeto de la capacidad testamentaria, incluso cuando se pudiera encontrar en un intervalo llamado lúcido.

<sup>76</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *op. cit.* p. 275.

<sup>77</sup> “Los cambios introducidos en el art. 665 por la Ley de modificación del Código Civil en materia de testamentos”, *RDP*, Editorial Reus, Madrid, 1992, pp. 715-727.

<sup>78</sup> Así también se considera en la STS (Sala 1ª), de 20 de mayo de 1994 (RJ 1994/3723).

En otro orden de cosas, cabe resaltar que, como es bien sabido, al igual que contraer matrimonio o el ejercicio del derecho de sufragio son actos personalísimos, lo mismo cabe decir del acto de testar. No cabe, en consecuencia, «complementar» la capacidad de dicho sujeto en modo alguno cuando nos hallemos ante esta clase de actos. A lo sumo, la persona que asista a la discapacitada podrá asistir o apoyar, en el bien entendido de prestar ayuda en el desarrollo de la toma de decisiones por la primera, explicando su trascendencia personal y patrimonial.

A fin de dar luz sobre este punto, pondremos ahora por casoun sujeto que otorga testamento antes de que recayera sentencia por la cual se le proveyera de medidas de apoyo, y otro posterior a la misma. Imaginemos en este contexto que dicha resolución somete a curatela representativa al sujeto para la realización de actos de disposición, pero no hace referencia expresa a la facultad para otorgar testamento. Así las cosas, fallecido el testador, los herederos perjudicados por este último testamento proceden a su impugnación, en tanto que otorgado en fecha posterior a la sentencia.

Pues bien, el Tribunal Supremo ha resuelto esta cuestión en su sentencia de 15 de marzo de 2018<sup>79</sup>. A la vista de esta resolución, podríamos llegar a la conclusión de que el cuestionado último testamento es válido, y ello sobre la base de los siguientes argumentos.

En primer lugar, por el principio de presunción de capacidad que rige en nuestro ordenamiento. De manera específica para el testamento, el art. 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe «*expresamente*». De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción. En este caso, la sentencia no contenía un pronunciamiento expreso que restringiera de algún modo el acto de testar. La misma se limitaba, entonces, a declarar la *incapacidad* parcial del testador para realizar actos de disposición de sus bienes.

Es cierto que el testamento es el negocio jurídico por el que el testador «*dispone de sus bienes*», pero esta expresión no nos puede llevar a confusión. La disposición de bienes *mortis causa* no puede equipararse a los actos de disposición *inter vivos*, por su diferente naturaleza y caracteres y porque existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual<sup>80</sup>.

En segundo lugar, como reza acertadamente la sentencia del Alto Tribunal, «*partiendo de que el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC), ni el*

---

<sup>79</sup> STS (Sala 1ª), de 15 de marzo de 2018 (Roj STS 936/2018).

<sup>80</sup> Así lo recuerda en cuestión la misma STS (Sala 1ª), de 15 de marzo de 2018 (Roj STS 936/2018).

*tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento»<sup>81</sup>.*

En tercer lugar, el testamento realizado antes de la sentencia de provisión de apoyos es válido, ya que, conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar testamento, debe atenderse al estado en el que el testador se halle al tiempo de otorgar el testamento (art. 666 CC). Por eso, el testamento hecho antes de la «*enajenación mental*» es válido (art. 664 CC).

Finalmente, debemos de tener siempre presente que la finalidad de las normas que regulan la capacidad para otorgar testamento es garantizar la suficiencia mental del testador respecto del propio acto de testar y que el régimen del art. 665 CC ofrece un cauce para que la persona discapacitada pueda ejercer la facultad de testar, si bien esta garantía especial adicional no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada.

Pero con independencia de estos supuestos, cabe preguntarse qué eficacia puede tener una eventual sentencia de provisión de apoyos que previamente, quizás no demasiado tiempo atrás, otorgó testamento. Habría que partirse de la base de que contamos, en primer lugar, con una presunción a favor de la capacidad de testar, la cual no se desvirtúa por el mero hecho de recaer sentencia posterior de configuración de algún sistema de protección en favor del discapacitado<sup>82</sup>.

Además, la sentencia tiene efectos constitutivos, de modo que no cabe una aplicación retroactiva a situaciones previas a ella. O dicho en otros términos, tan solo tendrá efectos *ad futurum*<sup>83</sup>.

En cualquier caso, debe advertirse que a día de hoy no existe jurisprudencia consolidada al respecto por el escaso lapso temporal transcurrido desde la reforma del Código. Deberemos esperar a la interpretación que hagan nuestros Juzgados y Tribunales ante esta clase de situaciones hartamente complejas en la práctica, pero, a nuestro entender, junto con la opinión profesional del notario, podrán valorarse, entre otros aspectos, la opinión que ofrezca el médico de familia que atendía ordinariamente al testador, las manifestaciones efectuadas por el otorgante en el procedimiento de atribución de apoyos, la realización de otros actos jurídicos previos a la testamentifacción o, en general, la coherencia de la voluntad de dejar sus bienes a las personas que libremente desee.

---

<sup>81</sup> Téngase en cuenta que la Sentencia se dictó antes de que se produjera la reforma del año 2021. Es por ello que se alude al tutor y al curador conforme al anterior sistema. Sin embargo, no encontramos demasiadas dificultades para aplicar el razonamiento a la situación expuesta.

<sup>82</sup> MESA MARRERO, C.: *La capacidad para testar...*, *op. cit.* pp. 122-123.

<sup>83</sup> STS (Sala 1ª), de 8 de abril de 2016 (Roj STS 1627/2016).

Aun con todo, desde nuestro trabajo aplaudimos la reforma del Código Civil en esta materia, toda vez que despeja toda duda sobre la eventual potestad que se venían atribuyendo los Juzgados de Instancia referida a la privación de forma completa y absoluta al discapacitado de su capacidad de testar. En efecto y tal y como hemos tenido ocasión de analizar anteriormente, la capacidad del otorgante debe referirse exclusivamente a la aptitud de querer y entender llevar a cabo dicho acto al tiempo del otorgamiento y siempre teniendo en consideración que la titularidad de los derechos en general sigue recayendo sobre la persona afectada de algún tipo de discapacidad. Por ello, considerando que la situación que aqueja a la persona puede mutar tras recaer sentencia firme, no debería ser posible emitir un pronunciamiento que deniegue totalmente la capacidad natural a ningún sujeto, en virtud de lo dispuesto en el art. 269.V CC.

#### **4. La apreciación de la capacidad del testador**

##### **4.1. El juicio notarial**

Hoy en día, estamos expuestos a continuas reformas legislativas en prácticamente todos los ámbitos del Derecho. La sociedad cambia y el Derecho lo hace con ella. Desde el punto de vista civil, una de las instituciones que se ha visto afectada por esta labor renovadora es la del notariado.

Con la introducción de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se ha pretendido la desjudicialización, atribuyendo a los diversos tipos de profesionales jurídicos, o compartiendo con ellos, competencias que antes estaban reservadas exclusivamente a los juzgados. Entre estos profesionales se encuentra el notariado, que ha visto incrementadas sus funciones en gran medida.

Con todo ello, el papel del notario se encuentra en la actualidad muy reforzado, ampliándose su importante función de dar certeza y autenticidad a los negocios jurídicos. En este contexto, no es de extrañar, pues, que se requiera también de su intervención a la hora de llevar a cabo un acto de gran trascendencia como es el testamento, que encuentra en el notariado la institución más adecuada para transmitir de forma auténtica, con seguridad jurídica y con la fuerza probatoria suficiente la voluntad de una persona<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> La doctrina ha destacado que la intervención del notario, *«que es imperativa en los tipos de testamento más frecuentes, cumple varios fines garantistas: entre otros, está destinada a asegurar la capacidad del testador, la integridad de la voluntad testamentaria y la corrección jurídica del acto»*. TORRES GARCIA, T., y GARCÍA RUBIO, M. P.: *op. cit.*, pp. 80-81.

En relación con la concreta materia de estudio que nos ocupa, el fedatario público tiene un papel fundamental, pues es, por imperativo del art. 685 CC, el encargado de asegurarse de que el testador cuenta con la capacidad necesaria para otorgar testamento y de que se cumple con las solemnidades que permitirán entender el acto como plenamente válido<sup>85</sup>.

Específicamente, el notario tiene la obligación de verificar la identidad del testador, pues tal y como dispone el art. 685.1 CC, «el notario deberá conocer al testador y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo notario o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas»<sup>86</sup>.

Además de esta tarea, el art. 685 CC dispone que «también deberá el notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar»<sup>87</sup>. De la redacción del precepto se desprende el carácter imperativo de esta función, debiendo asegurarse de forma diligente de que el otorgante cuenta con las aptitudes necesarias para formalizar válidamente el testamento notarial, así como de plasmar la efectiva voluntad del mismo<sup>88</sup>.

Una vez comprobado este extremo, el notario autorizará el testamento haciendo constar en el documento que, a su juicio, el testador cuenta con la capacidad legal necesaria para otorgarlo<sup>89</sup>.

Respecto a la redacción que el notario utilice para hacer constar la existencia de tal capacidad, ha sido doctrinalmente controvertido el plano formal de esta

---

<sup>85</sup> En el caso de que el testador opte por el testamento ológrafo, la figura del notario no tendrá esta relevancia respecto a la valoración de su capacidad puesto que únicamente en el caso de que se impugne el testamento, será el juez de instancia quien deberá hacer esa valoración.

<sup>86</sup> Así se desprende también de los arts. 686 CC y 23 LN. Para el otorgamiento de cualquier instrumento público, así como para los múltiples actos de trascendencia jurídica y no tan jurídica que se llevan a cabo en el día a día, resulta necesaria la identificación de la persona o personas que lo llevan a cabo a los efectos de atribuirle una autoría. En este caso resultaría del todo contraproducente que se considerara válido un testamento que no contuviera la firma del testador puesto que no se le podría atribuir de manera fiable la voluntad expresada en el documento a la concreta persona, pudiendo ser fácil objeto de impugnación.

<sup>87</sup> En los supuestos contemplados en los arts. 700 y 701 CC (testamentos que son otorgados únicamente ante testigos), el art. 685.2 CC dispone que estos «procurarán asegurarse de su capacidad».

<sup>88</sup> Esto mismo es recogido por el art. 696 CC en referencia a los testamentos abiertos, disponiendo que el notario «también hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento».

<sup>89</sup> Art. 696 y 707.4 CC.

exigencia. Nuestro Alto Tribunal, en su Sentencia de 10 de septiembre de 2015, recoge una muestra de tal discrepancia. Por un lado, se defiende que «conforme a la naturaleza formal del negocio testamentario, el cumplimiento de dicha solemnidad requiere de una constatación, expresa y ritualista, en el documento autorizado por el notario por el que declare que a su juicio el testador se halla con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento». Por otra parte, sin embargo, se entiende que «el cumplimiento de dicha solemnidad no requiere de una constatación expresa del juicio de capacidad, desarrollada mediante una fórmula literal exacta o sacralizada, sino que puede inferirse de locuciones o expresiones distintas que igualmente referan idéntico juicio de capacidad»<sup>90</sup>. Finalmente, en la doctrina se ha optado por interpretar de una forma flexible la norma considerando que aunque no se emplean locuciones que dejen una constancia expresa de la voluntad del testador, será válido que la misma se desprenda del conjunto de disposiciones y de las propias expresiones empleadas por el notario<sup>91</sup>.

Por lo que respecta al valor del juicio de capacidad que realiza el fedatario, el mismo no supone una garantía absoluta de la aptitud del testador. Es decir, no blinda el testamento, puesto que siempre se va a tratar de una apreciación subjetiva del propio notario<sup>92</sup>, quien no es un experto en la valoración de la salud mental de las personas<sup>93</sup>, que no tiene establecido ningún protocolo de actuación al respecto, y que, además, no está obligado a pedir asesoramiento médico para

---

<sup>90</sup> STS (Sala 1ª), de 10 septiembre de 2015 (RJ 2015/5628), que recoge la doctrina ya sentada por la trascendental STS (Sala 1ª), de 20 de marzo de 2013 (RJ 2013/7291). En el caso de la SAP de Madrid (Secc. 25ª), de 30 de diciembre de 2015 (JUR 2016/39051), se considera suficiente para entender que la testadora tenía plena capacidad el constar en el testamento expresiones tales como «ordena este testamento que redacto conforme a su voluntad... Informo a la compareciente... En su consecuencia... le leo el contenido íntegro... Manifiesta su consentimiento y... lo firma».

<sup>91</sup> VAQUER ALOY, A.: «La relajación de las solemnidades del testamento», *RDC*, vol. III, nº 4, NOTYREG HISPANIA, S.L, Tenerife, 2016, pp. 19-20.

<sup>92</sup> Como el Tribunal Supremo declara, «el juicio del notario es exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración de especialistas, como ocurre con el supuesto del artículo 665», y añade que «cuando el fedatario hace constatación de la capacidad del testador [...], no supone que de fe de un acto que concluye, sino más bien que expresa su apreciación subjetiva acerca de las condiciones del otorgante para poder testar». STS (Sala 1ª), de 19 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6399).

<sup>93</sup> Efectivamente, «es una opinión subjetiva, emitida por un jurista más o menos habituado a discernir sobre capacidades, pero cuyos conocimientos profesionales no pueden en modo alguno equipararse a los que poseen los profesionales médicos; máxime cuando estos practican ramas de la medicina relacionadas con detectar padecimientos de este tipo». SAP de A Coruña (Secc. 3ª), de 15 de noviembre de 2013 (Roj SAP C 2917/2013), posteriormente confirmada por la STS (Sala 1ª), de 26 de junio de 2015 (Roj STS 3164/2015).

cerciorarse de su dictamen<sup>94</sup>. Debemos entender que, salvo ese caso, se trata de una labor compleja y ante todo subjetiva, que da como resultado un juicio que, desde luego, no garantiza que el testador se encuentra capacitado para testar<sup>95</sup>. Podrá, por ello, ser destruido posteriormente por los Tribunales.

Gran parte de la doctrina defiende la necesidad de establecer un protocolo de actuación en estos casos para dotar a la valoración de mayores garantías y evitar que cada fedatario tenga su propio modo de proceder. Así, «dependiendo de las circunstancias de cada caso, el notario podría limitarse a mantener una conversación con el otorgante y valorar su aspecto general y condiciones físicas, o realizar también un sencillo test cognoscitivo que permita evaluar la capacidad intelectual de la persona. También podría ser oportuno que en casos dudosos y, particularmente, si el otorgante tiene edad avanzada y dificultades cognitivas, el notario pudiera pedir asesoramiento médico antes de expresar su juicio sobre la capacidad»<sup>96</sup>.

A pesar de esa subjetividad, la jurisprudencia atribuye a ese juicio de capacidad realizado por el notario cierta presunción de acierto debido a la seriedad y prestigio de la institución notarial, que dota a las aseveraciones del fedatario de objetividad y una especial relevancia de certidumbre<sup>97</sup>, reforzando en todo caso la presunción de capacidad del testador.

Nos encontramos, por tanto, ante una valoración que cuenta con una *fuerte* presunción *iuris tantum*, lo que supone que puede ser rebatido mediante prueba adecuada en contrario<sup>98</sup>. La presunción de capacidad que reviste el juicio del

---

<sup>94</sup> *Vid.* la nueva redacción del art. 665 CC.

<sup>95</sup> En caso de duda, hay que recordar que el notario debe inclinarse por presumir la capacidad.

<sup>96</sup> MESA MARRERO, C.: *La capacidad para testar...*, *cit.*, pp. 88-89.

<sup>97</sup> La STS (Sala 1ª), de 31 de marzo de 2004 (RJ 2004/1717) motiva tal presunción por el deber que se le impone al notario de «observar una extremada atención, consecuente del contacto directo y personal con el otorgante». Por el contrario, como LACRUZ BERDEJO sostiene, «*el T.S. mantiene en medida probablemente excesiva la presunción de acierto de la apreciación notarial (y de los testigos) de la capacidad de testador; llegando la S. 20 febrero 1975 a decir que, aunque en el caso pudiera ser «casi segura» la incapacidad mental de la testadora, «esa casi seguridad» no constituye la fijeza y seguridad que la doctrina legal exige [...]. En realidad, las posibilidades de equivocarse el notario (y los testigos) sobre la capacidad del testador cuando éste no ha sido incapacitado, pero no se halla en su cabal juicio, son considerables, pese a lo que diga la jurisprudencia*», (la cursiva es nuestra). *Op. cit.* pp. 162-163.

<sup>98</sup> En este sentido se pronuncian, entre otras, las SSTS (Sala 1ª), de 26 de abril de 2008 (RJ 2008/2680) y de 5 de noviembre de 2009 (RJ 2010/84). Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo en el Sentencia (Sala 1ª), de 22 de enero de 2015 (RJ 2015/465), la cual señala que «el juicio notarial de la capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma una presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*».

notario fue destruida, entre otras, en la STS de 22 de junio de 1992, que anula un testamento porque tras la aportación de un dictamen de tres peritos, se considera probado que el testador no tenía la aptitud necesaria para testar, por lo que no puede prevalecer en este caso ni la presunción de capacidad del notario y del médico del causante, ni la documental y testifical que se practicó en instancia<sup>99</sup>.

El mantenimiento de este sistema resulta arriesgado, pues resta seguridad jurídica a nuestra institución testamentaria. Solo hay que pensar en los casos de personas de edad avanzada con alguna enfermedad que provoca un deterioro mental progresivo cuyos signos no son siempre aparentes en sus etapas iniciales y que pueden pasar fácilmente desapercibidos para una persona que no está preparada para ello<sup>100</sup>. La limitación de medios con los que cuenta el notario le conducen con frecuencia a utilizar recursos tan primitivos como la formulación de una serie de preguntas trampa<sup>101</sup>, y en vista de las respuestas, interpreta si las facultades mentales del testador o testadora son las requeridas para este acto. Y es que, desde luego, no se le puede exigir al notario mayores conocimientos que los jurídicos, pues no es experto en materias tales como la Psicología o la Medicina<sup>102</sup>.

Aun admitiendo que el notario sea la persona competente para comprobar que el testador se encuentra capacitado para el otorgamiento, a nuestro juicio, resultaría del todo aconsejable, para los casos en que la persona padeciera alguna

---

<sup>99</sup> SSTS (Sala 1ª), de 22 de junio de 1992 (RJ 1992/5460); y de 19 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6399).

<sup>100</sup> Además, es también frecuente que el notario no cuente con toda la información necesaria sobre las circunstancias del testador, que le podrían ayudar a emitir su juicio. Muchas veces no se le proporciona determinados datos que son relevantes, informes médicos o incluso la existencia de un procedimiento judicial de incapacidad. Sobre ello se pronuncian las SSAP de Santiago de Compostela (Secc. 6ª), de 25 de marzo de 2014 (Roj SAP C 1964/2014); de Madrid (Secc. 19ª), de 9 de junio de 2014 (Roj SAP M 8819/2014); de Valencia (Secc. 8ª), de 11 de diciembre de 2014 (Roj SAP V 5411/2014); de Valencia (Secc. 11ª), de 22 de junio de 2016 (Roj SAP V 3271/2016); y de Barcelona (Secc. 11ª), de 9 de septiembre de 2016 (Roj SAP B 9255/2016).

<sup>101</sup> Como reconoce la SAP de Baleares (Secc. 4ª), de 17 de abril de 2001 (Roj SAP IB 1108/2001).

<sup>102</sup> En efecto, debemos ser conscientes de que el notario no es un experto en Psiquiatría, Psicología, Neurología o Geriátrica, y no está capacitado para percatarse o juzgar cuándo un testador es plenamente consciente de lo que implica la testamentifacción y cuándo no, máxime cuando muchos trastornos mentales no son tan evidentes. La SAP de Sevilla (Secc. 6ª), de 21 de abril de 2016 (Roj SAP SE 728/2016), considera que *«de la prueba testifical pericial de la Médico que trató [a la testadora] un mes antes de que otorgara testamento se deduce que la misma al otorgarlo sufría una enfermedad que determinaba alteraciones de juicio y pensamiento afectando a sus facultades intelectivas y volitivas, cosa que destruye la presunción de capacidad, por mucho que esté reforzada por el juicio que al efecto hizo el notario al que, en un momento dado, la enfermedad pudo pasarle inadvertida ya que no dispone de conocimientos especializados»*. Se reconoce también esta dificultad, entre otras, en las SSAP de León (Secc. 2ª), de 24 de febrero de 2016 (Roj SAP LE 124/2016); y de Alicante, de 16 de septiembre de 2016 (Roj SAP A 2679/2016).

enfermedad de carácter psicológico o psiquiátrico grave, o la misma se hubiera visto sometida a un procedimiento de provisión de apoyos por razón de su discapacidad, que se dispusiera, en todo caso, de la posibilidad de acudir a la opinión experta de facultativos<sup>103</sup>, y más concretamente, de expertos en Psiquiatría.

Precisamente por ello, ¿qué ocurre cuando los facultativos estiman que el testador tiene capacidad mental suficiente, pero el fedatario no lo considera así? Como indica ROMERO COLOMA, *«parece evidente que el notario puede hacer un juicio sobre la capacidad del testador; pero, lógicamente, ese juicio que haga, al no hacerlo una persona altamente cualificada para emitirlo, es refutable. No tendrá el mismo valor probatorio el juicio que haga el notario sobre la apreciación mental del testador que el que realice una persona especializada en Medicina, y mucho más, si lo realiza un facultativo especialista en Psiquiatría o en Neurología»*<sup>104</sup>.

Para finalizar, simplemente debemos mencionar que, al tratarse de una calificación subjetiva, en caso de que el notario yerre en su actuación, cabe exigírsele la correspondiente responsabilidad civil por su negligencia. Precisamente, porque ello ocurre, existen múltiples expedientes y quejas a resolver por la DGRN frente a notarios que se niegan a autorizar testamentos y otros negocios jurídicos de personas que juzgan incapaces para ello o que, por el contrario, los autorizan cuando la persona no tenía la aptitud necesaria para otorgarlo<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> Ello lo recogía acertadamente el legislador en su APL a partir del cual reformulaba el art. 665 CC estableciendo que *«si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos facultativos que previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud»*. Esta opción, por desgracia, no ha salido adelante, como sabemos, con la redacción definitiva del precepto.

<sup>104</sup> ROMERO COLOMA, A. M.: “Capacidad e incapacidad para testar”, *RJN*, nº 88-89, Consejo General del Notariado, Madrid, 2013/2014, pp. 443-444.

<sup>105</sup> En este sentido, la RDGRN de 20 de diciembre de 2016 resuelve una queja contra la actuación profesional del notario que autoriza un testamento de persona que padece afasia global y no puede comunicarse verbal ni oralmente, solo con sonidos guturales y movimientos del cuerpo. Dispone la misma que *«la posible responsabilidad disciplinaria notarial, cuya competencia corresponde a los Colegios Notariales y a esta Dirección General, procede basarla en si hubo una diligente actuación o si por el contrario hubo negligencia en la intervención notarial, elemento que parece no se puede predicar del caso objeto de este expediente, pues el notario debe formar un juicio, y así lo hizo en su momento, no siéndole exigible una investigación para la que carece de aptitud, debiendo servirse de sus propias percepciones. En efecto, como resulta del informe del notario, acudió un primer día al domicilio de la otorgante, a fin de comprobar su capacidad, habiendo solicitado, asimismo, informe médico sobre su aptitud. Igualmente, solicita quedarse solo con la testadora, a fin de indagar su voluntad real de testar, en una larga entrevista, generando todo ello una percepción en el notario acerca de su capacidad, que no puede calificarse de negligente»*.

Y, aunque innecesaria por reiterativa la aclaración que nos hace el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 junio 1944 en su art. 146 del RN, «*el notario responderá civilmente de los daños o perjuicios ocasionados por su actuación cuando sean debido a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieran repararse en todo o en parte, autorizando una nueva escritura, el notario lo hará a su costa, y no vendrá este obligado a indemnizar salvo en lo relativo a otros daños que hubiere podido ocasionar*».

#### **4.2. Momento de apreciación de la capacidad**

En el Derecho Antiguo se exigía poseer capacidad para testar al tiempo del otorgamiento y en todo el transcurrido hasta la muerte del testador. En el Derecho moderno tal exigencia ha desaparecido, considerando el art. 666 CC, que para valorar si la persona es capaz o no para testar, «se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento».

En este mismo sentido se pronunció la STS de 25 de abril de 1959 al considerar que «*la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental que anula o disminuye su inteligencia y libertad, al extremo de desaparecer su personalidad síquica en la vida de relación con la ausencia del valor y trascendencia del acto, ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, cualesquiera que sean las últimas anomalías y evoluciones de la enfermedad, aun en estado latente en el sujeto, mientras no se demuestre en forma inequívoca que en dicho momento tenía enervadas sus potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera y clara elección (...)*»<sup>106</sup>.

Este precepto debe ponerse en relación con el 664 CC, que establece que los testamentos otorgados antes de la enajenación mental son válidos.

De ambas normas se extrae que el momento que se debe tener en cuenta en todo caso para valorar si una persona tiene o no plena capacidad para testar es el propio momento del otorgamiento, no siendo determinantes las circunstan-

---

<sup>106</sup> STS (Sala 1ª), de 25 de abril de 1959 (RJ 1959/1974). Doctrina confirmada igualmente por las SSTS (Sala 1ª), de 7 de julio de 2016 (RJ 2016/3157); de 8 abril de 2016 (RJ 2016/1675); y de 15 marzo de 2018 (RJ 2018/1090). Igualmente, las SSTSJ de Navarra, (Sala de lo Civil y Penal), de 8 de mayo de 2000 (RJ 2000/6378); y de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1ª), de 7 de abril de 2014 (RJ 2014/3562). En el mismo sentido, mencionar las SSAP de Murcia (Secc. 1ª), 6 de mayo de 2014 (JUR 2014/169329); de Las Palmas (Secc. 4ª), de 9 noviembre de 2016 (JUR 2017/18645); y de Madrid (Secc. 13ª), de 3 de marzo de 2017 (AC 2017/429).

cias anteriores ni posteriores al mismo<sup>107</sup>. No obstante, estas situaciones ajenas al momento concreto del otorgamiento pueden ser de utilidad puesto que cabe que «*tales actos anteriores o posteriores, unidos a otras pruebas, puedan ser relevantes para apreciar la incapacidad del testador*»<sup>108</sup>.

También es interesante tratar aquí el supuesto que se plantea cuando el testador se suicida con posterioridad al otorgamiento del testamento. El TSJ de Cataluña, en su ya mencionada sentencia de 1 de octubre de 1991 declara que «*no puede inferirse que la persona que pone fin a su vida lo haga siempre por no hallarse en su cabal juicio. Tal conclusión sería contraria a las enseñanzas de la psiquiatría e incluso al común sentir de civilizaciones que tenemos por clásicas*»<sup>109</sup>. Así, el suicidio en sí mismo no indica que en el momento en que otorgó el testamento la persona no se encontrara en sus plenas facultades mentales<sup>110</sup>.

Ni siquiera la provisión de apoyos posterior al testamento es *per se* prueba suficiente que rompa la presunción de capacidad del testador y que pruebe que el mismo no se encontraba plenamente capaz en el momento del otorgamiento.

Pero al igual que en los casos anteriores, la sentencia posterior al acto por la que se proveen apoyos, constituyendo, por ejemplo, un régimen de curatela representativa, puede, a nuestro entender, ser un indicio de que la enfermedad mental existía ya en momento de testar<sup>111</sup>.

Como recuerda la doctrina, «tal valor indiciario sin duda gana fuerza cuanto mayor sea la proximidad temporal entre el otorgamiento del testamento y la sentencia [...]. Pero tal indicio, además, debe ir acompañado de pruebas que acrediten la falta de capacidad del testador en el momento de otorgar el instrumento, por ejemplo, informes médicos que demuestren que el testador tenía en esa fecha la enfermedad mental»<sup>112</sup>.

---

<sup>107</sup> Así, no serían concluyentes actos o circunstancias previas al otorgamiento para determinar la capacidad o incapacidad de la persona como puedan ser manías de la persona, negocios ilógicos, el no tener un expediente clínico previo a la acción de testar, etc. Muestra de ello lo encontramos en las SSTs (Sala 1ª), de 31 de marzo de 2004 (RJ 2004/1717); y de 5 de noviembre de 2009 (RJ 2010/84).

<sup>108</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *op. cit.*, p. 279.

<sup>109</sup> STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal), de 1 de octubre de 1991 (RJ 1992/3908).

<sup>110</sup> Lo que no obsta para que sirva como indicio de ello. «Un indicio, por ejemplo, de que ya lo tenía planeado es que el suicidio se produzca en un intervalo temporal muy próximo al otorgamiento del testamento. [...] la relación entre enfermedad mental y suicidio ha sido objeto de numerosos estudios, que coinciden en que un elevado porcentaje de suicidas presentan un trastorno mental en el momento de la muerte». RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *op. cit.* p. 280.

<sup>111</sup> Así también se entendió en las SSTs (Sala 1ª), de 22 de junio de 1992 (RJ 1992/5460); y de 19 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6399).

<sup>112</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *op. cit.* p. 280.

## II. LA INEFICACIA DEL TESTAMENTO

### 1. La nulidad

Tradicionalmente, se ha admitido por parte de nuestra doctrina como causas de ineficacia, la nulidad, la anulabilidad, la rescisión, la resolución, y la caducidad, entre otras.

La ineficacia del testamento conlleva la ausencia de los efectos jurídicos que con el mismo se pretendían, pero a pesar de tan significativa consecuencia, en materia de invalidez e ineficacia del testamento, son múltiples las lagunas que hallamos a lo largo del articulado de nuestro Código Civil. De hecho, no contamos con una regulación jurídica específica de la materia objeto de estudio<sup>113</sup>.

En la doctrina se ha afirmado que «la nulidad del testamento se produce cuando el otorgante carecía de capacidad para testar, o cuando su voluntad no se expresó libremente, o cuando en el mismo otorgamiento fueron infringidos los requisitos de forma esenciales para la validez del acto»<sup>114</sup>.

De este modo, una de las causas que puede dar lugar a la nulidad de pleno derecho del testamento es precisamente la falta de capacidad del testador, lo que ocurrirá cuando, ora el otorgante no tenga cumplida la edad suficiente para prestar su consentimiento, ora cuando no padezca una enfermedad o discapacidad que le impida conocer las consecuencias del acto de testar. El momento que se tendrá en cuenta a efectos de apreciar estas circunstancias será el del otorgamiento del testamento. Esto es, de acuerdo con lo dispuesto en las normas del Código Civil, cuando al tiempo de testar no concurren todos y cada uno de los elementos esenciales y necesarios para que adquiera plena validez el negocio, deberemos reputarlo nulo en su totalidad.

---

<sup>113</sup> Como reconoce la STS (Sala 1ª), de 12 de noviembre de 1964 (RJ 1964/5080), «nuestro ordenamiento civil, no recoge en un título o capítulo la doctrina general relativa a la ineficacia de los negocios jurídicos, con su gana de inexistencia, nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión, revocación, denuncia, caducidad, etc., ni contiene tampoco una normación general sobre la ineficacia de los testamentos; por lo que no habrá que inducirla de los diversos preceptos que a una y otra aludan, pero sin que pueda reputarse aplicable íntegramente a los testamentos, la doctrina general sobre la nulidad de los negocios jurídicos, por ser aquéllos, unos negocios de estructura unilateral y comprensivos de declaraciones no recepticias». Por ello, debemos acudir necesariamente a la técnica de la analogía a fin de resolver estos espacios normativos, siempre que sea posible apreciar identidad de razón entre los dos supuestos tal y como exige el art. 4 CC.

<sup>114</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: “Comentario de los arts. 676 a 731 CC”, en AA.VV.: *Código Civil Comentado, Volumen II* (dir. A. Cañizares Laso; P. De Pablo Contreras; J. Orduña Moreno; R. Valpuesta Fernández), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 360.

Seguidamente trataremos de dar luz a todas las cuestiones relativas a la acción de nulidad y así no solo mostrar una imagen teórica lejana a la realidad, sino también los aspectos más incipientes de la práctica forense.

### **1.1. La acción de nulidad**

Si hablamos de impugnación del testamento por la concurrencia de una causa de nulidad al tiempo de su otorgamiento, necesariamente habremos de referirnos a la particular acción de nulidad.

El primer aspecto a comentar es la naturaleza jurídica de esta acción. Y es que no siempre fue un tema alejado de toda duda, ya que, hasta la STS de 20 de junio de 1928<sup>115</sup>, se entendía que el carácter de la acción era mixto, el cual se componía por una naturaleza real destinada a la persecución del patrimonio hereditario para su reintegración, y por una naturaleza personal cuyo fin último sería alcanzar la nulidad. Sin embargo, dicha resolución judicial marca un antes y un después y su estela es seguida por las sucesivas sentencias del mismo Alto Tribunal hasta el día de hoy<sup>116</sup>. En cualquier caso, se admite el ejercicio simultáneo de la acción por la que se interese la declaración de nulidad y la que pretenda la restitución de los bienes hereditarios<sup>117</sup>.

Asimismo, la nulidad se configura como una cuestión de orden público, de modo que no cabe, prohibición alguna de su ejercicio por parte del testador<sup>118</sup>. Ello justifica que la legitimación activa recaiga sobre cualesquiera interesados en tanto ostenten un interés legítimo en que se declare la nulidad, y ello porque se les pudiera reconocer alguna expectativa sucesoria de estimarse la reseñada acción. Además, hemos de tener en cuenta que esta es transmisible a los herederos de los legitimados.

Sin embargo, ha de comentarse que la STS de 13 de julio de 1989<sup>119</sup> sostuvo en su fundamentación que la legitimación activa recaía exclusivamente sobre los herederos que lo sean por llamamiento de la ley. Evidentemente, estos tendrán la

---

<sup>115</sup> STS (Sala 1ª), de 20 de junio de 1928 (Tol 5.036.540).

<sup>116</sup> CASANUEVA SÁNCHEZ, I.: “La acción de nulidad de testamento. Concepto y ejercicio”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, Nº 16, Universidad de Extremadura: Servicio de Publicaciones, Extremadura, 1998, p. 353.

<sup>117</sup> *Vid.* arts. 71 y ss. LEC.

<sup>118</sup> Así, el art. 675.2 CC recoge que: «*El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley*».

<sup>119</sup> STS (Sala 1ª), de 13 de julio de 1989 (Roj STS 4224/1989).

condición de interesados en el eventual pleito que se desarrolle, pero no podemos descartar a otros sujetos que también podrán tener un claro interés legítimo al margen de aquellos<sup>120</sup>.

Paralelamente, la legitimación pasiva corresponderá a todos los beneficiarios de la sucesión en virtud de la disposición testamentaria viciada de nulidad, los cuales se entienden favorecidos por el testamento e interesados en que se mantenga su validez. Deberán ser demandados de forma conjunta por la concurrencia de una situación de litisconsorcio pasivo necesario.

El notario autorizante también podrá ser llamado al proceso, si bien en calidad de coadyuvante, pues, como se ha mencionado, podría incurrir en responsabilidad y, por ello, ostenta un interés legítimo<sup>121</sup>.

Por lo que respecta al plazo de prescripción de la acción de nulidad y a su cómputo, se suele señalar que en los supuestos en que nos hallemos ante nulidad radical, como ocurre cuando falta la capacidad del testador, la acción carece de plazo alguno, siendo imprescriptible. Ahora bien, cuando el negocio esté viciado de tal forma que no afecte a los elementos esenciales del negocio jurídico, el plazo que habremos de tener presente es el general de las obligaciones de cinco años (*ex art. 1964 CC*)<sup>122</sup>. En cuanto al cómputo del plazo, este comenzará a partir de la muerte del otorgante, ya que antes no será posible su ejercicio según el art. 1969 CC<sup>123</sup>.

Pues bien, por las divergentes disimilitudes con que cuentan la acción de nulidad absoluta y la acción de anulabilidad, y a fin de evitar consecuencias para

---

<sup>120</sup> Precisamente, la acción de nulidad *per se* supone una ampliación de la legitimación activa a todo aquel sujeto que pudiera tener un interés legítimo, al contrario de lo que ocurre con la nulidad relativa o anulabilidad, en la que tan solo se les concederá acción a las partes del negocio.

<sup>121</sup> Además, los albaceas también podrán ser llamados como legitimados pasivos, lo que se entiende que promovería el buen curso del proceso.

<sup>122</sup> Normalmente recurriremos al art. 1964 CC cuando estemos ante supuestos en los que el testamento se ha otorgado con violencia, intimidación, dolo o fraude que contiene el art. 673 CC, esto es, cuando lo que esté presente sea un vicio de la voluntad. Sin embargo, alguna sentencia aún tiene alguna duda acerca de, si encontrándonos ante un vicio del consentimiento y, por ello, ante una nulidad relativa, es de aplicación el art. 1301 CC o el art. 1964 CC. Al respecto, la SAP de A Coruña (Secc. 3ª), de 7 de febrero de 2014 (AC 2014/322), reconoce que «se confunde la ausencia de consentimiento (no existe un consentimiento prestado porque quien lo manifestó no tenía capacidad), con un consentimiento viciado (sí podía hacerlo, pero se formó erróneamente su voluntad), con la consiguiente influencia que tiene en una posible aplicación del plazo previsto en el artículo 1301 del Código Civil».

<sup>123</sup> Tal precepto dispone que: «El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse».

nada deseables, resulta aconsejable el deslinde de aquella acción que se ejercita y que se formula en el correspondiente escrito de demanda. Esto lo aclaramos, ya que, como ya se ha analizado, es frecuente la confusión entre la falta de capacidad del otorgante y la posible manipulación de la voluntad por parte de terceros. Aunque se trate de acciones que confluyen, es siempre aconsejable evitar pronunciamientos, que como el de la SAP de Navarra, de 22 de abril de 2013<sup>124</sup>, consideren que la sentencia de instancia es incongruente por cuanto la demanda solicita la nulidad del testamento por falta de capacidad de la testadora, y lo que se concede es efectivamente la nulidad, si bien por la coacción que la propia otorgante había sufrido.

Finalmente y ya respecto al procedimiento a través del cual se sustanciará la pretensión, este será siempre el correspondiente al juicio ordinario, conforme a los arts. 248 y 249.2 LEC, y se seguirá por los trámites de los arts. 399 a 436 LEC, puesto que no se solicita la nulidad de un título obligacional, ni tampoco se pleitea sobre la herencia o patrimonio relicto, sino que se combate la validez de un testamento, de manera que la cuantía de la demanda, que se manifiesta a efectos del art. 253.3 LEC, resulta indeterminada, ya que aun siendo económicamente estimable, no puede calcularse conforme a ninguna de las reglas legales de determinación de cuantía.

## **1.2. Las consecuencias de la acción de nulidad**

Sin entrar en más detalles, cabría comentar que como defiende la mayoría de la doctrina, *«el empleo genérico e indiscriminado en el Código Civil de las expresiones «será nulo» (art. 673 y 687), «es nulo» (art.915) y «se anularán» (art. 814.2.1º) exige precisiones para determinar cuándo se trata de una nulidad absoluta, radical o una inexistencia (en cuyos supuestos el testamento podrá ser rechazado de oficio y además la acción dirigida a negar toda validez al mismo no está sujeta a plazo de prescripción extintiva) o cuando de una nulidad relativa, que no cabe oponer de oficio y que solamente puede declararse a instancia de la parte interesada, legitimada para pedirla»*<sup>125</sup>.

Una vez declarada la nulidad del testamento por el órgano judicial competente, las consecuencias de este fenómeno variarán dependiendo de si existía testamento válido anterior o no. En caso de existir testamento previo y válido,

---

<sup>124</sup> SAP de Navarra (Secc. 3ª), de 22 de abril de 2013 (AC 2013/1620).

<sup>125</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: *Derecho de sucesiones...*, cit. p. 675.

podría recobrar de nuevo su eficacia a tener del art. 739 CC. En caso contrario, habrá que acudir a la sucesión abintestato<sup>126</sup>.

En este momento se abren todas aquellas acciones que tengan como fin reclamar responsabilidad, y no solo a los sujetos mentados, sino también al propio notario autorizante del testamento abierto o cerrado si el vicio se produjo por su malicia, negligencia o ignorancia inexcusable (art. 705 y 715.1 CC).

Otro de los efectos a apreciar y que se deduce de la lectura del art. 222.3 LEC, es el relativo a la eficacia de la declaración de nulidad testamentaria. Así, recoge esta norma que la declaración de nulidad no se limitará solo a las partes del proceso, sino también a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos no litigantes que gocen de la titularidad de derechos y que les permita adquirir legitimación conforme a lo previsto en el art. 11 de esa misma ley.

### 1.3. La prueba

Ya hemos podido aclarar que la capacidad constituye la regla general. Ello implica que las incapacidades que recoge el art. 663 CC no pueden más que entenderse como excepciones a la misma y han de interpretarse de manera restrictiva.

Como impone nuestro Tribunal Supremo, *«la incapacidad o afección mental ha de ser grave [...], no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas»*<sup>127</sup>. Por consiguiente, no cabe la declaración de nulidad por meras sospechas o infracciones de normas socioculturales o morales, inclusive<sup>128</sup>, sino que es necesario aportar una prueba sólida que acredite de forma inequívoca y concluyente la situación de incapacidad del testador.

Así las cosas, la capacidad del testador, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 666 CC, solo es posible valorarla al tiempo del otorgamiento y la prueba del déficit en su capacidad natural de entender y querer ha de referirse en todo caso a ese momento, y no a otro. No obstante, la capacidad que se tuviere en períodos anteriores previos a la testamentifacción se podrá tener en cuenta a la hora de valorar todas las circunstancias del caso concreto<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> Así lo estipula el art. 912.1º CC.

<sup>127</sup> Así lo expresan, entre otras, las SSTs (Sala 1ª), de 12 de mayo de 1998 (RJ 1998/3570); de 27 de junio de 2005 (Roj STS 4229/2005); y de 26 de abril de 2008 (RJ 2008/2680).

<sup>128</sup> Así se recogía ya en STS (Sala 1ª), de 25 de octubre de 1928 (Tol 5.036.540).

<sup>129</sup> SAP de las Palmas (Secc. 5ª), de 31 de marzo de 2014 (Roj SAP GC 534/2014).

Pero es que, además, nos encontramos con una *praesumptio* de capacidad, que, no puede clasificarse como *iuris et de iure*, sino que soporta, en todo caso, prueba en contrario. Al respecto, se exige que tal prueba sea, igualmente, completa, evidente, inequívoca y convincente, de modo que no deje margen a la duda para lograr tener la fuerza como para destruir la presunción<sup>130</sup>.

Ahora bien, en ocasiones será ardua la tarea de destruir la presunción de capacidad por cuanto muchas formas de alteración o trastorno psíquico no tienen una manifestación evidente y clara, lo que generará problemas a la hora de interpretar la eficacia o ineficacia del negocio jurídico. Por tanto, la simple sospecha, no probada más allá de toda duda razonable, debe resolverse *pro capacitate*<sup>131</sup>.

La destrucción de la presunción de capacidad acepta cualesquiera pruebas admitidas en Derecho, si bien unas resultan de mayor utilidad que otras en este ámbito. Efectivamente, como se comentaba, los meros indicios o presunciones no bastan, sino que hemos de recurrir a otros medios como el que nos ofrecen los dictámenes médicos y periciales. A este respecto, su valor, aunque alude a situaciones anteriores o posteriores al otorgamiento, está fuera de toda duda, ya que supone una base objetiva sobre la que analizar la capacidad<sup>132</sup>.

Normalmente estos informes son determinantes para acreditar que la persona sufría, al tiempo de otorgar testamento, un grave deterioro cognitivo incompatible con la capacidad mental necesaria para testar<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> STS (Sala 1ª), de 26 de abril de 2008 (RJ 2008/2680).

<sup>131</sup> Y en este sentido sentenció el Alto Tribunal en su sentencia (Sala 1ª) de 19 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6399), en la que se declara nulo un testamento otorgado por una persona internada en un sanatorio y ello a pesar de la prueba testifical de tres médicos de dicha institución, por cuanto la prueba pericial posterior desvirtuó lo previamente declarado. El mismo pronunciamiento recae en STS (Sala 1ª), de 22 de enero de 2015 (RJ 2015/465), en tanto que no resulta posible hacer de nuevo una valoración de la prueba, facultad esta que está reservada a los Tribunales de instancia. En sentido contrario, esto es, a favor de la presunción de capacidad se pronuncian múltiples resoluciones, entre otras, destaca el interesante caso que recoge la STS (Sala 1ª), de 7 de octubre de 1982 (VLEX-76643639), en el que se trata de dilucidar si el otorgante que sufría delirio de persecución con evolución hacia esquizofrenia, pero sin alcanzar el total deterioro, era invalidante al tiempo del otorgamiento, pues era perfectamente posible encontrarse ante intervalos lúcidos. La respuesta del Alto Tribunal fue que sufrir una enfermedad neurasténica no tiene por qué invalidar al sujeto para la prestación del consentimiento.

<sup>132</sup> El valor que tiene un informe pericial se lo atribuirá el Juez de instancia otorgándole mayor o menor importancia en base al diferente material probatorio existente y practicado en el plenario, pero, en todo caso, de acuerdo con las reglas de la sana crítica que recoge el art. 348 LEC.

<sup>133</sup> En este sentido podemos traer a colación las STS (Sala 1ª), de 4 de octubre de 2007 (Roj STS 6397/2007), o, entre tantas, las SSAP de Valencia (Secc. 6ª), de 18 de enero de 2016 (Roj SAP V 990/2016); de León (Secc. 2ª), de 24 de febrero de 2016 (Roj SAP LE 124/2016); y de Cartagena (Secc. 5ª), de 22 de marzo de 2016 (Roj SAP MU 1037/2016).

Igualmente, podemos hacer la siguiente distinción en función de la fase en la que se encuentre la afección de dicha capacidad<sup>134</sup>. Si los informes periciales acreditan que la demencia que afectaba al testador o testadora en el momento del otorgamiento se encontraba en una fase muy avanzada, los Tribunales considerarán más evidente la incapacidad del testador<sup>135</sup>. Si la demencia se encuentra en un grado intermedio o moderado, será más difícil de apreciar<sup>136</sup>. En el caso de encontrarse en la fase inicial o leve de la enfermedad, se aplica la presunción de capacidad reforzada por el juicio del notario y se suele desestimar la pretensión de nulidad del testamento por insuficiencia de la prueba de incapacidad<sup>137</sup>.

Sin embargo, en el caso enjuiciado por la STS de 31 de marzo de 2004, se llega a la conclusión por parte del Tribunal que no se aporta prueba concluyente sobre la situación de incapacidad que la testadora sufría, la cual padecía Alzheimer, pues «*el informe pericial no podría aportar certeza de su estado en la época que testó y los síntomas de la enfermedad [...], por lo que no podría establecer la posibilidad de que estuviera muy mal, sin aportar conclusiones definitivas y sólo conjeturas e hipótesis, por lo que se trata de un informe dubitativo al sentar sólo suposiciones y no hechos concluyentes respecto a que la testadora estuviera efectivamente demenciada*»<sup>138</sup>.

También gozan de fuerza probatoria los interrogatorios de testigos que acrediten la situación del testador y, en especial, del notario interviniente, así como la documental consistente en el propio testamento, analizado su contenido en comparación con otros previos o posteriores si los hubiere.

En un caso del que conoció la AP de Asturias, en sentencia de 8 mayo de 2015<sup>139</sup>, para confirmar la apreciación de la testadora se valoraron, además, prue-

---

<sup>134</sup> MESA MARRERO, C.: *La capacidad para testar...*, cit. pp. 39-41.

<sup>135</sup> Así lo aprecian los Tribunales ante casos de demencia mixta vascular y degenerativa tipo Alzheimer, como se desprende de las SSAP de Zaragoza (Secc. 5ª), de 14 de marzo de 2016 (Roj SAP Z 665/2016); y de Jaén (Secc. 1ª), de 15 de octubre de 2014 (Roj SAP J 1027/2014).

<sup>136</sup> Como así ocurre en la SAP de Palencia (Secc. 1ª), de 9 de octubre de 2014 (Roj SAP P 283/2014).

<sup>137</sup> Así lo resuelven las SSAP de Cádiz (Secc. 8ª), de 30 de junio de 2016 (Roj SAP CA 1085/2016), y de Orense (Secc. 1ª), de 20 de enero de 2017 (Roj SAP OU 21/2017).

<sup>138</sup> STS (Sala 1ª), de 31 de marzo de 2004 (Roj STS 2241/2004). Como la misma declara, «la capacidad del testador ha de destruirse con severidad precisa, acreditando que estaba aquejado de insania mental con evidentes y concretas pruebas (Sentencia de 8-6-1994), ya que juega a su favor la presunción de capacidad establecida en el artículo 662, presunción calificada con el rango de fuerte presunción en la sentencia de 22 de junio de 1992, no obstante admite que pueda destruirse mediante pruebas cumplidas y convincentes demostrativas de que en el acto de la disposición testamentaria la testadora no se hallaba en su cabal juicio».

<sup>139</sup> SAP de Asturias (Secc. 7ª), de 8 mayo de 2015 (JUR 2015/142890), que es posteriormente confirmada por la STS (Sala 1ª), de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018/1090).

bas como la opinión de la médico de familia que atendió a la enferma durante catorce años, lo manifestado por la testadora en el previo procedimiento entonces llamado de modificación de capacidad, la realización de otros actos jurídicos antes y después de la tal procedimiento, así como la coherencia de la voluntad de dejar sus bienes a las personas que le prestaron su apoyo y en quien confiaba. La sentencia reconoce que *«para enjuiciar la capacidad de la otorgante debe partirse de la opinión profesional del notario y los dos médicos que apreciaron in situ, frente a un diagnóstico retrospectivo (sentencia TS de 31 de marzo de 2004) que no es per se suficiente para destruir la capacidad y en este caso se opone a otro aportado que defiende la opción contraria. La resolución recurrida señala que debe darse valor mayor al informe pericial de la demandada por ser emitido por un psiquiatra, especialidad que no tienen los facultativos que la examinaron al autorizar el testamento, pero esta declaración es en principio de mayor valor por cuanto ha sido emitida por personas que conocían a la paciente y una de ellas es la médica de cabecera que atendió durante 14 años a la causante»*.

Con independencia de lo anterior, la actividad probatoria destinada a la destrucción de la capacidad general que todo otorgante posee habrá de llevarse a término, como declaran las normas de la carga de la prueba, por quien o quienes sostengan la falta de cabal juicio y esgriman la existencia de una alteración o anomalía psíquica, temporal o permanente con suficiente entidad como para impedir prestar válidamente su consentimiento<sup>140</sup>.

Sea como fuere, la valoración de la prueba la ostenta el Tribunal de instancia, de modo que no es posible su análisis posterior a través de la casación por ser facultad reservada a aquel juzgador. Se advierte que *«el recurso de casación no es una instancia más del proceso y por tanto no se puede pretender una revisión de cuestiones fácticas ya que su función es controlar la correcta aplicación del Derecho a la cuestión de hecho, de modo que solo podría revisarse excepcionalmente la valoración de la prueba si se justifica que esta conduce a un resultado manifiestamente erróneo, arbitrario o ilógico»*<sup>141</sup>. Por este motivo, como regla general, las sentencias dictadas en casación no entran a valorar la prueba practicada por el Tribunal de instancia, resultando de vital importancia acudir al procedimiento con concluyente material probatorio.

---

<sup>140</sup> El art. 217 LEC en su apartado 2 reconoce que corresponde al actor, en este caso, quien asevere la falta de capacidad para testar, la prueba de los actos constitutivos de su pretensión, a saber, en términos de la norma, aquellos que pretendan el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda. Por otro lado, sobre el demandado recae la carga de probar los hechos impositivos o extintivos de la eficacia jurídica de dichos hechos.

<sup>141</sup> MESA MARRERO, C.: *La capacidad para testar...*, cit. p. 24.

### III. BIBLIOGRAFÍA

ALBADALEJO, M.: *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, 11ª ed., Revisión por Silvia Díaz Alabart, Edisofer, Madrid, 2015.

ALBALADEJO, M.: “Los cambios introducidos en el art. 665 por la Ley de modificación del Código Civil en materia de testamentos”, *RDP*, Editorial Reus, Madrid, 1992.

ÁLVAREZ LATA, N.: “Comentario al art. 665 del CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (Coor. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

ARTERO FELIPE, J. L.: “¿Qué es un testamento?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 888/2014, parte Comentario, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

BARBERÍA LEGARRA, A.: “Puede otorgar testamento una persona que requiere intervención de un curador para realizar actos de disposición”, *RAD*, núm. 6/2018, parte Jurisprudencia, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J.: “El reconocimiento de hijo natural en testamento”, *RDP*, Editorial Reus, Madrid, 1965.

BLASCO GASCÓ, F.P.: *Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Revocar un testamento anterior hecho a favor de unos parientes para beneficiar a un extraño... ¿es indicativo de la falta de capacidad del testador o de vicio en su voluntad?”, *RAD*, núm. 5/2017, parte Estudios, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “Nulidad del testamento por falta de capacidad para testar. Contrato de alimentos versus donación remuneratoria”, *Actualidad civil*, nº 5, Wolters Kluwer, Madrid, 2015.

CAÑIZARES LASO, A.: “Comentario de los arts. 667 a 675 CC”, en AA.VV.: *Código Civil comentado, Volumen II*, (dir. A. Cañizares Laso; P. De Pablo Contreras; J. Orduña Moreno; R. Valpuesta Fernández), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

CAPILLA RONCERO, F. DE S.; “Nulidad e impugnabilidad del testamento”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, Estudios Monográficos, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1987.

CAROL ROSÉS, F.: “Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada

y con discapacidad”, *RCDI*, Año nº 93, nº 764, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2017.

CASANUEVA SÁNCHEZ, I.: “La acción de nulidad de testamento. Concepto y ejercicio”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, Nº 16, Universidad de Extremadura: Servicio de Publicaciones, Extremadura, 1998.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo VI, Volumen Segundo*, 9ª ed., Revisión por Antonio. M. Román García, Editorial Reus, Madrid, 2015.

Centro de Información Estadística del Notariado. En: *Consejo General del Notariado* [en línea]. Madrid, Consejo General del Notariado, 2012. [Fecha de consulta: 13 de octubre de 2018] Disponible en: <http://www.notariado.org/life-ray/web/cien/estadisticas-al-completo>.

COBAS COBIELLA, M. E.: “Capítulo II. Aspectos sustantivos del Derecho hereditario”, en AA.VV.: *Derecho de Sucesiones* (dir. J. Alventosa Del Río. y M. E. Cobas Cobiella), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

DE SALAS MURILLO, S.: “Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención”, *RDACM*, núm. 5/2018, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Tomo II: Derecho de Sucesiones*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.

DOMINGUEZ LUELMO, A.: “El Testamento”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Sucesiones, Tomo I*, (dir. M. C. Gete-Alonso y Calera), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

ESPIÑEIRA SOTO, I.: “¿Puede la Sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?”, *RDC*, vol. II, nº 2, NOTYREG HISPANIA, S.L, Tenerife, 2015.

GÓMEZ GARZÁS, J.: “La presunción de capacidad o favor testamenti en los pacientes diagnosticados de enfermedad de Alzheimer”, en AA.VV.: *Retos y desafíos en materia de discapacidad: una visión multidisciplinar* (dir. A. I. Luaces Gutiérrez,), Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2015.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: “VIII. Las disposiciones a causa de muerte”, en AA.VV.: *Elementos de Derecho Civil, V*, 4ª ed., Revisada y puesta al día por Joaquín RamsAlbesa, Dykinson, Madrid, 2009.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: “Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad”, *RDC*, vol. V, nº 3, NOTYREG HISPANIA, S.L, Tenerife, 2018.

MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.: “El juicio sobre la capacidad del testador emitido por el notario ¿es impugnable?”, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Dykinson, Madrid, 2014.

MESA MARRERO, C.: “Régimen Jurídico de los Menores e incapaces en el Derecho Sucesorio”, *RJN*, nº 43, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002.

MESA MARRERO, C.: *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.

Ministerio de Justicia, Gobierno de España: *Participación pública en proyectos normativos. Normas en tramitación*, [en línea], [fecha de consulta 3 de enero de 2019]. Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto>.

MOLINA PORCEL, M.: *Derecho de Sucesiones*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2006.

MORETÓN SANZ, M. F.: “Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial: el testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías. Su conciliación con el principio de presunción de capacidad y el de *favor testamenti*”, *RCDI*, Año nº 93, nº 720, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2010.

PÁRAMO Y DE SANTIAGO, C.: “Capacidad para otorgar testamento notarial abierto (comentario a la STS de 15 de marzo de 2018)”, *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 208, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2018.

PEÑA LÓPEZ, F.: “El testamento”, en AA.VV.: *Manual de Derecho Civil. Sucesiones* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano). 2ª ed., Madrid, Bercal S.A., 2015.

PRATS ALBENTOSA, L.: “Sobre el cambio de paradigma del “soporte” en que la voluntad “testamentaria” quede contenida y su validez”, *RAD*, núm. 8/20127/2012, parte Estudio, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: “Comentario de los arts. 676 a 731 CC”, en AA.VV.: *Código Civil Comentado, Volumen II* (dir. A. Cañizares Laso; P. De Pablo Contreras; J. Orduña Moreno; R. Valpuesta Fernández), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: *Derecho de sucesiones. Común y foral, Tomo I*, 2ª ed., Dikynson, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: “Comentario de los arts. 662 a 666 CC”, en AA.VV.: *Código Civil comentado, Volumen II* (dir. A. Cañizares Laso; P. De Pablo Contreras; J. Orduña Moreno; R. Valpuesta Fernández), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

ROMERO COLOMA, A. M.: “Capacidad de testar de la persona anciana: problemática jurídica y aspectos prácticos”, *RDF*, nº 43, parte Tribuna Abierta, LEX NOVA, Valladolid, 2009.

ROMERO COLOMA, A.M.: “Capacidad de testar e hipoacusia del testador”, *RCDI*, Año nº 84, nº 706, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2008.

ROMERO COLOMA, A. M.: “Capacidad e incapacidad para testar”, *RJN*, nº 88-89, Consejo General del Notariado, Madrid, 2013/2014.

ROMERO COLOMA, A.M.: “El testador anciano y los problemas de la testamentifacción activa”, *RCDI*, Año nº 85, nº 713, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2009.

ROMERO COLOMA, A. M.: “Intervalos lúcidos y testamento”, *RDF*, nº 55, parte Tribuna Abierta, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

ROMERO COLOMA, A. M.: “La capacidad de testar y su problemática jurídica”, *RDF*, nº 56, parte Tribuna Abierta, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

ROMERO COLOMA, A.M.: “La capacidad mental del testador: problemática jurídica”, *RCDI*, Año nº 80, nº 682, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2004.

ROMERO COLOMA, A. M.: “Testamento y capacidad: problemática jurídica de la incapacidad mental del testador”, *Diario La Ley*, nº 7349, Sección Tribuna, Editorial LA LEY, Madrid, 2010.

ROMERO COLOMA, A. M.: “Testamento y personas ancianas: problemática jurídica”, *RJN*, nº 73, Consejo General del Notariado, Madrid, 2010.

SAIZ GARCÍA, C.: “Comienzo y extinción de la personalidad”, en AA.VV.: *Derecho Civil I (Derecho de la persona)*, (coord. J. R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2016.

Testamentos y Herencias. En: *Consejo General del Notariado* [en línea]. Madrid, Consejo General del Notariado, 2012. [Fecha de consulta: 13 de octubre de 2018]. Disponible en: <http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/testamentos-y-herencias#T2>.

TORRES GARCIA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M. P.: *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.

TORRES GARCÍA, T. F.; “Del testamento ológrafo”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo IX, Vol 1º-A: Artículos 657 a 693 del Código Civil* (dir. M. Albadalejo y S. Díaz Alabart), Edersa S.A., Madrid, 2004.

VAQUER ALOY, A.: “La protección del testador vulnerable”, *Anuario de Derecho Civil*, Núm. LXVIII-II, Estudios Monográficos, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

VAQUER ALOY, A.: “La relajación de las solemnidades del testamento”, *RDC*, vol. III, nº 4, NOTYREG HISPANIA, S.L, Tenerife, 2016.

VELA TORRES, P. J.: “Testamento otorgado por persona con la capacidad modificada judicialmente”, *Diario La Ley*, nº 9220, Sección Comentarios de Jurisprudencia, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

VELAYOS JORGE, J.L. y GARRIDO DE PALMA, V.: “La capacidad para testar: su valoración médica y su consideración jurídica”, *RJN*, nº 95-96, Consejo General del Notariado, Madrid, 2015.

VERDERA IZQUIERDO, B.: “La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas”, *RCDI*, Año nº 90, nº 744, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2014. que encarna en el mundo del derecho.



**PREMIO DE DERECHO PÚBLICO**  
**“GASCÓN Y MARÍN”**



# **CONTRATOS PÚBLICOS Y LÍMITES PARA LOS LICITADORES, BIENES Y SERVICIOS DE PAÍSES TERCEROS: EVITAR LA “COMPETENCIA DESLEAL” PARA REFORZAR EL MERCADO INTERIOR**

Javier Esteban Ríos

## **I. INTRODUCCIÓN**

En materia de contratación pública la Unión Europea ha adoptado, tradicionalmente, una postura orientada a promover la presentación de ofertas por parte del mayor número posible de operadores, en aras de alcanzar niveles elevados de concurrencia y de lograr, con ello, soluciones de mayor calidad y a un precio más bajo.

Esta orientación se encuentra plenamente consolidada, como no podía ser de otro modo, en el ámbito del mercado interior, permitiéndose la participación de cualquier empresario establecido en un Estado miembro. Sin embargo, este patrón ha tenido también una relevante proyección fuera de los límites de la Unión, a través de la suscripción del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y de la conclusión de diversos acuerdos comerciales, entre los que destacan los rubricados con Canadá, Japón y Reino Unido<sup>1</sup>. Estas figuras convencionales contienen diversas previsiones en materia de contratación pública, que regulan qué entidades, materias y umbrales económicos se encuentran sometidos a la libre y recíproca presentación de ofertas.

Pese a ello, son todavía numerosos los Estados que no se encuentran cubiertos por acuerdos internacionales que regulan expresamente cuestiones vinculadas a la contratación pública, destacando la posición de grandes mercados como el chino, el indio o el ruso. En relación con estos Estados, la eventual participación de empresas extranjeras en las licitaciones públicas se fía, fundamentalmente, a la existencia de reciprocidad. Y, a este respecto, se observa como las medidas proteccionistas adoptadas en destino son habituales, produciéndose, de iure o de

---

<sup>1</sup> Por otra parte, debe recordarse la situación privilegiada en la que se encuentran los Estados integrados en el Espacio Económico Europeo.

facto, el cierre a los operadores europeos de gran parte del mercado mundial de la contratación pública<sup>2</sup>.

Estas consideraciones se demuestran especialmente relevantes si se tiene en cuenta que, además, los productos de algunos de los Estados con políticas más restrictivas tienen una amplísima penetración en el mercado interior. Sobre este particular la situación de China es paradigmática, pues las limitaciones para la participación de empresas de la Unión en sus licitaciones se suman a una posición comercial notablemente desigual. Así, en 2020, la Unión Europea mantuvo con China un déficit comercial, que recoge la diferencia entre las exportaciones y las importaciones de bienes, de 180.800 millones de euros<sup>3</sup>, de los que 22.354 millones correspondían a nuestro país<sup>4</sup>.

Tal realidad, debería llevar a la reflexión acerca de cómo ha de actuarse ante la detección de asimetrías que afecten a los mercados de contratación pública<sup>5</sup>. Y ello a los efectos de adaptar el marco jurídico existente frente a dichas asimetrías, de modo que se fortalezca el mercado interior y se fomenten condiciones de competencia más equitativas en las licitaciones públicas que tienen lugar en la Unión Europea.

---

<sup>2</sup> En este sentido, cerca del 50 % del mercado mundial de la contratación pública está actualmente cerrado a las empresas europeas, como consecuencia de medidas proteccionistas, de acuerdo con lo dispuesto por la Comisión Europea en su *Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso de los productos y servicios de terceros países al mercado interior de la Unión en el ámbito de la contratación pública, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los productos y servicios de la Unión a los mercados de contratación pública de terceros países*, pág. 2.

<sup>3</sup> De acuerdo con datos de Eurostat, el intercambio de bienes UE-China arrojó en 2020 un déficit de 180.800 millones de euros para la Unión Europea pues, mientras que las exportaciones se limitaron a 202.600 millones de euros, las importaciones ascendieron a 383.400 millones de euros. Datos accesibles desde: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=China-EU\\_-\\_international\\_trade\\_in\\_goods\\_statistics#EU\\_and\\_China\\_in\\_world\\_trade\\_in\\_goods](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=China-EU_-_international_trade_in_goods_statistics#EU_and_China_in_world_trade_in_goods)

<sup>4</sup> Así, de acuerdo con datos del ICEX para el ejercicio 2020, las exportaciones españolas de bienes a China supusieron 8.169 millones de euros, y las respectivas importaciones 29.333 millones de euros, lo que arroja una reducidísima tasa de cobertura (27,85 %). Dichos datos pueden consultarse a través de: <https://www.icex.es/icex/es/Navegacion-zona-contacto/revista-el-exportador/en-cifras/index.html#seccion6>

<sup>5</sup> Esta existencia de asimetrías se ha venido a relacionar, en el título del artículo, con la “competencia desleal”. Sobre este particular, no se persigue, por supuesto, una directa equiparación con las prácticas de competencia desleal, prohibidas por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, y vinculadas a la actuación de operadores y profesionales en sus nexos con los consumidores. Por el contrario, lo que se pretende es poner de manifiesto la distorsión competitiva generada al brindar a los operadores de terceros países un trato más favorable que el recibido por los empresarios nacionales en dichos terceros países.

## II. LA EXISTENCIA DE ASIMETRÍAS PARA EL ACCESO A LOS MERCADOS INTERNACIONALES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Las ventajas del fomento de los intercambios entre Estados se han subrayado desde antiguo, pues las mismas permiten alcanzar soluciones colectivas más eficientes, a través de la especialización y la explotación de ventajas competitivas<sup>6</sup>. Estas ventajas, además, tendrían una específica traslación en el ámbito de la contratación pública, pues el alcance de mayores grados de concurrencia, a través de la presentación de ofertas por operadores de terceros países, permitiría alcanzar soluciones de mayor calidad y a un mejor precio.

Dicha aproximación ha llevado a que la promoción del libre intercambio internacional de mercancías y servicios entre particulares se acompañe del fomento de la apertura e internacionalización de los mercados de la contratación pública. En esta dirección han sido notables los esfuerzos de la Organización Mundial del Comercio<sup>7</sup> o de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>8</sup>, quienes impulsan la eliminación de trabas a la libre presentación de ofertas<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Así, por ejemplo, puede hacerse referencia a diferentes teorías acerca del comercio internacional y sus bondades, como la Teoría de la Ventaja Absoluta defendida por SMITH, ADAM (1776): *La riqueza de las naciones*, William Strahan & Thomas Cadell, Londres; la Teoría de la Ventaja Comparativa propugnada por RICARDO, DAVID (1817): *Principios de economía política y tributación*, John Murray, Londres, o el desarrollo de esta última concretado en el conocido como Modelo Heckscher-Ohlin, postulado por OHLIN, BERTIL (1933): *Interregional and International trade*, Harvard University Press, Cambridge, a partir del trabajo de HECKSCHER, ELI (1919): “The effect of foreign trade on the distribution of income”, *Ekonomisk Tidskrift*, núm. 21, Hugo Gebers Förlag, págs. 497-512.

<sup>7</sup> El actor esencial en esta materia es la Organización Mundial del Comercio quien, desde un enfoque multilateral y vinculante, ha promovido la apertura de los mercados de contratación pública a través del Acuerdo sobre Contratación Pública.

<sup>8</sup> En este sentido, por ejemplo, el artículo 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, que aboga, en principio, por la participación de contratistas con independencia de su nacionalidad.

<sup>9</sup> La necesidad y utilidad de avanzar hacia una contratación pública global, y la manera en que el derecho debe adaptarse a este proceso, se han subrayado en ARROWSMITH, SUE (2004): *Public Procurement: An Appraisal of the Uncitral Model Law as a Global Standard*, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 53, núm. 1, Cambridge University Press, pp. 17-46; MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO (2020): “Principios generales del derecho de la contratación pública internacional” en MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO (Dir.) y DÍAZ BRAVO, ENRIQUE (Dir.), *Contratación pública global: Visiones comparadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 19-42; MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO (2011): *Derecho global de la contratación pública*, Ubi-jus, Ciudad de México, o RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, XAIME (2016): *Los principios del derecho global de la contratación pública*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 179, pp. 29-54.

Sin embargo, en lo que a la contratación pública se refiere, como principal limitación, aparece el no sometimiento de las licitaciones públicas a lo dispuesto en los principales acuerdos multilaterales sobre comercio internacional de bienes y servicios, como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)<sup>10</sup> o el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)<sup>11</sup>. En dichos instrumentos la contratación pública aparece como expresamente excluida, lo que, a falta de otros acuerdos, facilita el establecimiento de obstáculos al comercio y al acceso de prestaciones y proveedores extranjeros en esta parcela.

En este contexto, de hecho, se localizan múltiples restricciones para el acceso de proveedores y bienes extranjeros a las licitaciones públicas de ciertos Estados, en los que se identifica una clara vocación de favorecer a los operadores y productores nacionales<sup>12</sup>. Dicha situación, que tiene una directa traslación en los datos sobre la cantidad de adjudicaciones otorgadas a empresarios nacionales y extranjeros<sup>13</sup>, no solamente se aprecia en mercados emergentes o en economías cerradas, sino que también tiene plasmación en las economías occidentales<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Así, el artículo III, párrafo 8, letra a) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

<sup>11</sup> De acuerdo con el artículo XIII, párrafo 1, del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

<sup>12</sup> Para aproximarse a los motivos que llevan a los poderes públicos a establecer este tipo de barreras, puede ser de singular interés la consulta del trabajo de MIRANZO DÍAZ, JAVIER (2020): The tension between global public procurement law and nationalist/populist tendencies: proposals for reform, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 7, núm. 2, Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, pp. 355-400, págs. 360 a 365.

<sup>13</sup> Aunque con ciertas omisiones, algunos datos sobre las adjudicaciones realizadas a favor de operadores nacionales y extranjeros se recopilan por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y pueden consultarse desde: <https://www.globalpublicprocurementdata.org/gppd/>

<sup>14</sup> En tal sentido, por ejemplo, los estudios de CERNAT, LUCIAN y KUTLINA-DIMITROVA, ZORNITSA (2020): Public Procurement: How open is the European Union to US firms and beyond?, *CEPS Policy Insights*, núm. 04/2020, Centre for European Policy Studies; MESSERLIN, PATRICK A. (2015): How Open Are Public Procurement Markets?, *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper*, núm. RSCAS 2015/89, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, o KUTLINA-DIMITROVA, ZORNITSA (2018): Government procurement: Data, trends and protectionist tendencies, *DG TRADE Chief Economist Notes*, núm. 3/2018, Directorate General for Trade of the European Commission, pp. 1-27, págs. 15 y 16. Con anterioridad, poniéndose de manifiesto que se trata de un problema recurrente, LOWINGER, THOMAS C. (1976): Discrimination in Government Procurement of Foreign Goods in the U.S. and Western Europe, *Southern Economic Journal*, Vol. 42, núm. 3, Southern Economic Association, pp. 451-460.

De igual manera, proporcionando datos actualizados sobre las relaciones entre EEUU y algunos de sus principales socios comerciales, el informe *International Trade: Foreign Sourcing in Government Procurement*, de 30 de mayo de 2019, del *United States Government Accountability Office*, Washington.

A este respecto, pueden localizarse diversos ejemplos de trabas, que operan en distintas etapas del proceso de contratación, pero que cuentan con una finalidad común: favorecer a los licitadores y productores sitos en el Estado considerado<sup>15</sup>.

Así, en ocasiones existen limitaciones en sede de transparencia, al no publicarse los anuncios de licitación o al no existir información clara sobre el efectivo funcionamiento de los procedimientos de adjudicación. Por otra parte, los anuncios, aun siendo objeto de publicación, suelen formularse en idioma local, sin que se recojan resúmenes en lenguas de uso general o referencias a las prestaciones licitadas siguiendo códigos o nomenclaturas internacionales<sup>16</sup>.

De igual manera, pueden excluirse de las licitaciones abiertas a extranjeros ciertos proyectos específicos, como acontece en obras públicas de grandes dimensiones<sup>17</sup>, o someterse esta participación a umbrales económicos elevados<sup>18</sup>. En similares términos, la presentación de ofertas puede condicionarse directamente a que el operador esté establecido en el país o a que se constituya una empresa de capital mixto, en colaboración con un operador local. Asimismo, pueden otorgarse ventajas a las ofertas de operadores nacionales, permitiendo la adjudicación a estas, aunque las ofertas extranjeras garanticen un precio menor<sup>19</sup>.

Por otra parte, al margen de la nacionalidad del licitador, también puede exigirse directamente que una parte relevante del valor de la oferta que se presente tenga origen local, integrándose por bienes producidos y servicios prestados por empresarios nacionales.

---

<sup>15</sup> Para aproximarse a algunas de estas barreras puede consultarse el documento informativo sobre el *Instrumento de Contratación Pública Internacional*, de 5 de abril de 2019, de la Comisión Europea (accesible desde: [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/factsheet-international-procurement-instrument\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/factsheet-international-procurement-instrument_es.pdf)). De igual manera, una categorización de los distintos tipos de restricciones, más o menos formalizadas, se expone en CARBONI, CHIARA; IOSSA, ELISABETTA y MATTERA, GIANPIERO (2017): *Barriers to public procurement: A review and recent patterns in the EU*, *IEFE Working Paper Series*, núm. 92, IEFEBocconi, pp. 1-37, págs. 7 a 10.

<sup>16</sup> A este respecto, en el plano comunitario, es conocido el beneficioso impacto de la utilización del Common Procurement Vocabulary (CPV), contenido en el Reglamento (CE) n° 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002 por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV). A nivel internacional, podría resultar de interés el empleo de la Clasificación Central de Productos (CPC), elaborada por la ONU, a la que se remite, por ejemplo, el Acuerdo de Contratación Pública de la OMC.

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, diversas obras públicas, como la Presa de las Tres Gargantas o la red de alta velocidad china, se excluyeron de la competencia internacional.

<sup>18</sup> En este sentido, Indonesia únicamente permite la participación de empresas extranjeras en obras que superen los 66 millones de euros.

<sup>19</sup> De este modo, en Turquía o en Rusia, en algunos casos, habrá preferencia de las ofertas nacionales, aunque estas tengan un precio hasta un 15% más elevado que las extranjeras.

Con carácter general, y por lo que a nosotros respecta, la Unión Europea ha tratado de desmarcarse de este tipo de restricciones, optando por la promoción de una contratación pública abierta y transparente. En este sentido, la igualdad es plena en el mercado interior, sin que puedan establecerse restricciones a operadores o prestaciones de un Estado miembro, al estar prohibidas las limitaciones por las libertades fundamentales que protegen el mercado único europeo. Pero, además, la Unión Europea es parte de diversos instrumentos internacionales, multilaterales y bilaterales, sobre los que se volverá posteriormente, y a través de los que se pretende avanzar en la apertura recíproca del mercado de la contratación pública.

Sin embargo, y sin perjuicio de dichos avances, son todavía muchos los Estados para los que no hay un acuerdo que discipline el desbloqueo mutuo de las licitaciones públicas, destacando amplísimos mercados como los de China, India, Rusia, Turquía o Indonesia<sup>20</sup>. En estos Estados se aprecia como los operadores de la UE tienen una escasa penetración en lo que a obtener contratos públicos se refiere, lo que debería llevar, quizás, a un replanteamiento de la posición de la Unión Europea en tanto en cuanto no se alcance un acuerdo al respecto<sup>21</sup>.

En tal dirección, las soluciones pueden ser muy diversas, debiendo guiarse las mismas, a falta de cooperación mutua, por la aplicación del principio de reciprocidad, de general aplicación en las relaciones internacionales y que permite evitar perjuicios injustificados para los intereses nacionales<sup>22</sup>. A tal respecto, el presente trabajo pretende aproximarse a la regulación vigente en la materia y a las iniciativas que sería posible implementar para subsanar algunas de las disfunciones detectadas.

---

<sup>20</sup> Especialmente compleja puede resultar la adhesión de China al ACP, habida cuenta del tortuoso camino que ya debió recorrerse para su integración en la OMC. Para una aproximación a dicho proceso puede consultarse el trabajo de CANCINO GÓMEZ, RODOLFO (2010): El protocolo de adhesión de China a la organización mundial de Comercio (OMC): su naturaleza jurídica, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 281, UNAM, pp. 119-137.

Por otra parte, aunque sin abordarse la contratación pública, sí existen algunos acuerdos en materia de inversiones con los países referidos. En el caso del gigante asiático, se encuentran en avanzado estado de desarrollo las negociaciones para la firma de un Acuerdo Integral de Inversión entre la Unión Europea y China.

<sup>21</sup> Las dificultades de los operadores europeos en algunos mercados de contratación pública extranjeros se ponen de manifiesto en la Comunicación *Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE* (2019/C 271/02), de 13 de agosto de 2019, de la Comisión Europea, pág. 45.

<sup>22</sup> A este respecto, el principio de reciprocidad se halla positivizado en el artículo 47 de Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961, contando también con expresa referencia en el artículo 13 de la Constitución Española. Acerca del principio de reciprocidad, su origen, y su aplicación en el Derecho Internacional, se recomienda la consulta DECAUX, EMMANUEL (1980): *La réciprocité en droit international*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París.

### III. EL ENFOQUE PARA ABORDAR LAS ASIMETRÍAS EN SEDE DE CONTRATACIÓN: TRATADOS INTERNACIONALES, REGULACIÓN EUROPEA Y NACIONAL

Ante la constatación de que los Estados pueden, y suelen, establecer restricciones a los operadores extranjeros en sus licitaciones públicas, se han articulado diversas medidas, orientadas a reducir las asimetrías y a responder a las prácticas limitativas. En este sentido, por una parte, se han concluido distintos acuerdos internacionales sobre la materia y, por otra, se han habilitado múltiples herramientas, tanto en el Derecho interno español como en el de la Unión, para reaccionar frente a las barreras que pudieran detectarse.

#### 3.1 El Acuerdo de Contratación Pública y otros acuerdos internacionales

Como se apuntaba anteriormente, la Unión Europea ha concluido acuerdos multilaterales y bilaterales con algunos Estados, a través de los que se pretende la apertura recíproca de los mercados de la contratación pública de los firmantes.

A tal respecto, la herramienta esencial, por su amplitud y tradición, es el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), promovido por la Organización Mundial del Comercio y que entró en vigor hace más de dos décadas<sup>23</sup>. Dicho Acuerdo se encuentra abierto a la totalidad de miembros de la OMC, ciento sesenta y cuatro, que deseen suscribirlo, sometiéndose desde entonces a sus previsiones.

En particular, el Acuerdo ha sido suscrito por la Unión Europea, por lo que se aplica a los veintisiete Estados miembros, así como a la Comisión, al Consejo de

---

<sup>23</sup> El ACP inicial entró en vigor en enero de 1994. Sin embargo, actualmente y desde abril de 2014, se aplica una versión revisada del mismo.

Para una aproximación al ACP, en su versión revisada, puede ser de interés la consulta de ANDERSON, ROBERT D. (2012): *The Conclusion of the Renegotiation of the WTO Agreement on Government Procurement: What it Means for the Agreement and for the World Economy*, *Public Procurement Law Review*, Vol. 3, Sweet & Maxwell, pp. 83-94, o de PELLETIER, PHILIPPE (2014): *La révision de 2012 de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics: son contexte et les dimensions de son champ d'application*, *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 51, University of British Columbia Press, pp. 99-164. De igual manera, por su enfoque integrador de los distintos problemas existentes, se recomienda el acceso al volumen colectivo editado por ANDERSON, ROBERT D. y ARROWSMITH, SUE (2011): *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge University Press, Cambridge.

la Unión Europea y al Servicio Europeo de Acción Exterior<sup>24</sup>. De igual manera, el Acuerdo se aplica a otros veintiún Estados integrados en la OMC, entre los que destacan Estados Unidos, Reino Unido, Corea del Sur, Japón, Canadá, Australia o Ucrania<sup>25</sup>. Junto con estas partes, otros Estados de la OMC están negociando actualmente su adhesión, como acontece en los casos de Brasil, Rusia, Kazajistán o China<sup>26</sup>. No obstante, a nadie se esconde que queda todavía un gran camino por recorrer en la promoción de las adhesiones<sup>27</sup>. En este sentido, en aras de extender su ámbito de aplicación, en particular, se han incluido ventajas y un trato más beneficioso para los países en desarrollo<sup>28</sup>.

La principal consecuencia de la suscripción del ACP es, como se ha adelantado, la apertura del mercado interno de contratación pública al resto de miembros, sin que pueda darse a los proveedores de cualquier Estado parte, así como a los bienes y servicios originarios de dichos Estados, un trato menos favorable que a los proveedores y a los bienes y servicios nacionales<sup>29</sup>.

No obstante lo anterior, lo cierto es que el ACP no se extiende a la totalidad de los contratos que se licitan por los Estados signatarios, fijándose diversas limitaciones subjetivas, objetivas y económicas.

---

<sup>24</sup> El ACP ha sido suscrito por el Consejo en nombre de la Unión, aplicándose las obligaciones contenidas en el mismo a los distintos Estados miembros, en virtud de la Decisión del Consejo, de 2 de diciembre de 2013, relativa a la celebración del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública (2014/115/UE). Para aproximarse a algunas cuestiones relativas a esta suscripción, y su naturaleza, puede consultarse MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO (2018): “El derecho europeo de los contratos públicos como marco de referencia de la legislación estatal” en GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 133-161, págs. 160 y 161.

<sup>25</sup> El concreto listado de partes del ACP, así como la condición de observadores de otros Estados, puede consultarse en el apartado web habilitado al efecto por la OMC: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/gproc\\_s/memobs\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/memobs_s.htm)

<sup>26</sup> Acerca de las posibilidades de adhesión de distintos Estados, y de sus intereses al respecto, ANDERSON, ROBERT D.; MÜLLER, ANNA CAROLINE; OSEI-LAH, KODJO y PELLETIER, PHILIPPE (2011): “Assessing the Value of Future Accessions to the WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Some New Data Sources, Provisional Estimates, and an Evaluative Framework for Individual WTO Members Considering Accession, *WTO Staff Working Paper*, núm. ERSD-2011-15, Organización Mundial del Comercio.

<sup>27</sup> La gradualidad en el desarrollo del ACP se subraya por parte de ANDERSON, ROBERT D. y YUKINS, CHRISTOPHER R. (2012): *Opening Procurement Markets Internationally: An Update, and the Road Ahead, GWU Law Scholl Legal Studies Research Papers*, núm. 2012-32, George Washington University, pág. 16.

<sup>28</sup> Y ello de acuerdo con el artículo V del ACP, que permite negociar un trato diferenciado para los países en desarrollo recogiendo periodos transitorios, incorporación gradual, compensaciones...

<sup>29</sup> De acuerdo con el artículo IV del ACP.

Así, en la parcela subjetiva, no se abren las licitaciones de cualquier ente público del Estado miembro parte del Acuerdo, sino únicamente de aquellos que figuren en unos listados elaborados al efecto, con una reconducción aproximada al concepto de poder adjudicador que rige en el ordenamiento de la Unión<sup>30</sup>.

Por otro lado, no toda prestación licitada se encuentra abierta a operadores, bienes y servicios de los Estados Parte, existiendo tanto unas exclusiones generales<sup>31</sup>, como un margen de decisión para que cada uno de dichos Estados determine la respectiva cobertura en unos Anexos al afecto<sup>32</sup>. Así, en lo que respecta a la Unión Europea, se abarcan la práctica totalidad de bienes, excepto un listado concreto de materiales que puedan adquirir Administraciones vinculadas a la defensa o la seguridad<sup>33</sup>.

Por último, en cuanto a las restricciones de tipo económico, el ámbito de aplicación del ACP incluirá únicamente los contratos que, sin ser objeto de indebido fraccionamiento, superen unos determinados límites expresados en Derechos Especiales de Giro (DEG o SDR por las siglas en inglés de Special Drawing Rights), controlados por el Fondo Monetario Internacional, y cuyo valor deriva de las relaciones entre las cinco principales monedas internacionales: dólar, euro, renminbi, yen y libra esterlina<sup>34</sup>. Cada Parte establecerá los umbrales aplicables a los contratos que, en el caso de la Unión Europea, se fijan en 5.000.000 SDR para las obras, y oscilan entre 130.000 y 400.000 SDR para bienes y servicios, según cuál sea el carácter de la entidad licitadora<sup>35</sup>.

Por lo que se refiere al específico efecto de las anteriores limitaciones, lo cierto es que, por encima de los umbrales económicos fijados, la mayor parte de los fondos destinados a licitaciones públicas en los distintos Estados quedan cubiertos por el ACP, lo que supone que las restricciones subjetivas y objeti-

---

<sup>30</sup> Así, por remisión del artículo II.4 del ACP se estará a los entes que se recojan en los Anexos I, II y III que cumplimenta cada parte en el Acuerdo, y que pueden consultarse a través del siguiente enlace: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/gproc\\_s/gp\\_app\\_agree\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_app_agree_s.htm)

<sup>31</sup> Exclusiones al ACP contenidas en el artículo II.2 del ACP.

<sup>32</sup> En virtud del artículo II.4 del ACP, cada Estado Parte debe cumplimentar unos Anexos (IV, V y VI), donde indicará qué bienes, servicios y obras se encuentran cubiertos por el Acuerdo.

<sup>33</sup> Los Anexos IV, V y VI correspondientes a la Unión Europea pueden consultarse a través de: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/gproc\\_s/gp\\_app\\_agree\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_app_agree_s.htm)

<sup>34</sup> En diciembre de 2021 el valor de un SDR se traducía en 1,23 euros.

<sup>35</sup> Los umbrales, en términos de SDR, a los que se aplica el ACP se recogen, para los distintos Estados, prestaciones y entes contratantes en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/gproc\\_s/thresh\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/thresh_s.htm)

vas no sean tan relevantes. Así, por ejemplo, para el caso de la Unión Europea, dicha cifra ascendería a un 78,49 %<sup>36</sup> y para el caso español a un 82,22 %<sup>37</sup>. Sin embargo, no puede decirse lo mismo de las limitaciones de naturaleza económica, pues resulta especialmente ilustrativo que los contratos con umbrales superiores a los marcados por el ACP únicamente representan un 25,54 % de la contratación pública total de la Unión Europea, reduciéndose esta proporción al 20,05 % del total de fondos destinados a contratos si se integran las limitaciones subjetivas y materiales<sup>38</sup>.

De lo anterior se deduciría que, a pesar de que formalmente se predique una apertura de los mercados de contratación, lo cierto es que los datos reales demuestran que esta equiparación no es tal, manteniéndose la mayor parte de los fondos dedicados a licitaciones fuera de la armonización pretendida. La unificación y apertura a la competencia parece defenderse, por tanto, para los contratos de mayores dimensiones, reservándose el resto de las licitaciones al mercado nacional de los signatarios, donde tendrán un papel fundamental las PYMES. En consecuencia, a la vista de esta realidad, el margen para el presente estudio y para la adopción de otro tipo de medidas, es todavía amplio.

Por otra parte, en caso de que surgieran discrepancias entre los firmantes a la hora de aplicar el ACP, considerándose que alguna parte está incumplimiento sus obligaciones, podrá recurrirse a los procedimientos de solución de diferencias que la OMC ha establecido con carácter general<sup>39</sup>. Dichos procedimientos, en

---

<sup>36</sup> Así, de acuerdo con los últimos datos disponibles, referidos a 2016, por encima de los umbrales económicos propios del ACP se habrían licitado contratos por valor de 512.894 millones de euros, de los que estarían sometidos a sus previsiones un total de 402.605 millones de euros. Dicha información ha sido obtenida del apartado web de la OMC, relativo a estadística: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/notnat\\_e.htm#statPro](https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/notnat_e.htm#statPro)

<sup>37</sup> En cuanto al caso español, con información de 2016, el valor de los contratos ubicados por encima de los umbrales ACP sería de 22.366 millones de euros, de los que quedarían efectivamente sometidos al ACP 18.389 millones. Información obtenida del apartado web de la OMC, relativo a estadística: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/notnat\\_e.htm#statPro](https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/notnat_e.htm#statPro)

<sup>38</sup> Así, en 2016, último año para el que existen datos, la contratación pública total se estimaba en el entorno de los 2 billones de euros, suponiendo los contratos con umbrales superiores a los marcados por el ACP 512.894 millones de euros, y los contratos efectivamente cubiertos por dicho ACP, al aplicarse las restricciones subjetivas y objetivas, 402.605 millones de euros. Y ello, de acuerdo con los datos proporcionados por la Unión Europea a la OMC, accesibles desde: [https://members.wto.org/crnattachments/2020/GPA/EEC/20\\_1435\\_00\\_e.pdf](https://members.wto.org/crnattachments/2020/GPA/EEC/20_1435_00_e.pdf)

<sup>39</sup> De acuerdo con el artículo XX del ACP, que remite al Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias, de la OMC. Acerca de estos procedimientos, destacando su limitada eficacia práctica y proponiendo mejoras, MIRANZO DÍAZ, JAVIER (2020), págs. 381 a 385.

caso de que no se alcance una solución amistosa, y de apreciarse infracciones, conllevarán la emisión de recomendaciones específicas, cuyo no seguimiento permitirá al perjudicado adoptar medidas de reacción.

Al margen del Acuerdo de Contratación Pública, la Unión Europea ha suscrito otros acuerdos internacionales en materia comercial, incluyendo algunos de ellos ciertas previsiones en sede de licitaciones públicas. Sobre este particular encontramos relevantes asimetrías entre los diferentes acuerdos concluidos, pues mientras que algunos no contienen referencias a la contratación pública, otros recogen múltiples previsiones específicas relativas al acceso al mercado de este tipo de licitaciones. Por tanto, el casuismo es total, debiendo acudir al texto de los concretos acuerdos para conocer hasta dónde alcanza la libertad de licitar en términos de prestaciones, entidades contratantes y umbrales económicos.

A este respecto, pueden destacarse, sin ánimo de exhaustividad, los completos acuerdos de nueva generación suscritos con Canadá, Corea del Sur, Japón y Reino Unido, los acuerdos para crear Zonas de Libre Comercio de alcance Amplio y Profundo (ZLCAP), con Ucrania, Moldavia y Georgia, así como otros Acuerdos de Libre Comercio que rigen con los Estados que integran Mercosur, México o Chile<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Para aproximarse a las diferentes figuras convencionales puede ser de interés el recurso al *Informe sobre la aplicación de los Acuerdos de Libre Comercio (1 de enero de 2019 - 31 de diciembre de 2019)*, de 12 de noviembre de 2020, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, o la consulta del apartado web específico de la Comisión Europea dedicado a contratación pública y comercio: <https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/public-procurement/>

Por otra parte, en cuanto a concretos acuerdos y su impacto en la contratación, pueden consultarse, en el caso de Canadá, GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V. (2018): “La contratación pública en el Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)” en DESCALZO GONZÁLEZ, ANTONIO; MORENO MOLINA, ÁNGEL MANUEL y VAQUER CABALLERÍA, MARCOS (Coords.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1759-1774; respecto del malogrado acuerdo con EEUU y su tratamiento de la contratación, CERNAT, LUCIAN y KUTLINA-DIMITROVA, ZORNITSA (2016): TTIP and Public Procurement: Going beyond the tip of the iceberg, *CEPS Policy Brief*, núm. 339, Centre for European Policy Studies, o, para la experiencia chilena, DÍAZ BRAVO, ENRIQUE (2016): Los principios de la contratación administrativa: el acuerdo de asociación Chile-Unión Europea, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, núm. 22, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 177-194.

Por su parte, por lo que se refiere al Reino Unido, las previsiones en materia de contratación pública son especialmente ambiciosas, y van más allá de lo recogido en otros acuerdos internacionales, conteniéndose en la Parte Segunda, Epígrafe I, Título VI del Acuerdo de Comercio y Cooperación, de 30 de diciembre de 2020, entre la Unión Europea y el Reino Unido.

A la vista de lo anterior, si una entidad contratante europea o española recibe una oferta proveniente de un operador ajeno a la Unión Europea, habrá de valorar si el concreto procedimiento de licitación tiene encaje dentro del ámbito de aplicación de algún acuerdo internacional que se haya suscrito con el país de origen. Así, en caso de que el sujeto contratante, la prestación y el umbral económico se incluyesen en las previsiones de estos acuerdos, el licitador tendría derecho a acceder en igualdad a la licitación. Lo mismo acontecerá, claro está, a la inversa, teniendo los operadores comunitarios la posibilidad de presentar ofertas para resultar adjudicatarios de contratos en los Estados contraparte de los acuerdos.

En cualquier caso, se aprecia como el marco normativo para determinar la posibilidad, o no, de participar en procedimientos de contratación pública, cuando concurren empresas extranjeras, es particularmente complejo y fragmentario. Máxime si se tiene en cuenta la dispersión de las disposiciones y la gran cantidad de excepciones que las mismos contienen. Esta complejidad, por una parte, obliga a los profesionales de los entes contratantes a demostrar un especial celo. Asimismo, la referida dificultad también viene a introducir relevantes dosis de inseguridad jurídica para los operadores que pretendan concurrir, lo que puede complicar en gran medida la vocación de incrementar la competencia internacional.

Esta problemática debiera llevar, si efectivamente se pretende la internacionalización de las empresas de la Unión Europea, a la centralización de la información respecto de las posibilidades que tienen estos operadores para participar en procedimientos de contratación en el extranjero. Sobre la cuestión podría habilitarse una base de datos en la que cualquier interesado pudiera consultar directamente qué Estados, organismos, prestaciones y cuantías se encuentran abiertas a la participación de licitadores europeos. A su vez, para garantizar que estos operadores tienen conocimiento de la apertura de procedimientos en Estados terceros, podrían publicarse dichas licitaciones, a partir de la información de los boletines y bases de datos nacionales, en una sección especial del Diario Electrónico de Licitaciones de la UE<sup>41</sup>. De este modo, un mayor número de empresas europeas, y no solo las de mayores dimensiones, tendrían la posibilidad de conocer las posibilidades que ofrece el mercado de la contratación pública internacional.

---

<sup>41</sup> De acuerdo con la conclusión 1.12 del *Dictamen sobre la Aplicación de los Acuerdos de Libre Comercio - 1 de enero de 2018 - 31 de diciembre de 2018* (2020/C 364/23), del Comité Económico y Social Europeo, de 16 de julio de 2020.

### **3.2. La situación en las licitaciones no amparadas por acuerdos internacionales de contratación: capacidad y reciprocidad**

Lo previamente referido, en materia de relaciones internacionales y contratación pública, tiene una directa traslación en el ordenamiento de la Unión Europea y en los ordenamientos internos, entre ellos el español.

Por lo que se refiere al ordenamiento de la Unión, se recoge expresamente el deber, a cargo de los poderes adjudicadores, de ofrecer a los operadores económicos, las obras, los suministros y los servicios de Estados signatarios del ACP, u otros acuerdos internacionales relativos a la contratación pública, un trato no menos favorable que el dispensado a los homólogos originarios de la Unión<sup>42</sup>. Obligación que, por supuesto, solamente debe entenderse circunscrita a las licitaciones que efectivamente se encuentren cubiertas por el alcance de dichos convenios internacionales<sup>43</sup>.

Al margen de este deber impuesto a los poderes adjudicadores, y del paralelo derecho que surge en la esfera de los licitadores, los operadores de países terceros que no hayan suscrito acuerdo alguno en materia de apertura de los mercados de contratación pública no tendrán garantizado el acceso a estos procedimientos y podrán ser, en consecuencia, excluidos de los mismos. La igualdad de trato de los operadores y prestaciones de origen extranjero se basa en la existencia de regulación de derecho internacional, a través de la que la Unión y los Estados miembros asumen específicas obligaciones, por lo que en ausencia de dichas disposiciones no existe garantía para que se dispense un trato favorable.

Partiendo de estas orientaciones generales contenidas en las Directivas sobre contratación, en el supuesto español, las cuestiones relativas a la participación de operadores, bienes, servicios y obras de origen extranjero se han vinculado a la aptitud y capacidad para contratar de los licitadores. De este modo, se ha adoptado un enfoque subjetivo, basado en la condición del licitador originario de un tercer país sin que, con alguna salvedad, se recojan restricciones en materia del contenido de la prestación licitada, como las relativas al origen de las obras, bienes y servicios ofertados.

---

<sup>42</sup> Y ello, de acuerdo con los artículos 43 de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y 25 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

<sup>43</sup> De hecho, los artículos 43 de la Directiva 2014/25/UE y 25 de la Directiva 2014/24/UE, recogen el principio de trato no menos favorable, pero únicamente en la medida en que resulten aplicables las disposiciones de los acuerdos internacionales que vinculen a la Unión Europea.

Así, como no podía ser de otra manera, no puede establecerse barreras a la participación de empresarios establecidos en otros Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo<sup>44</sup>. Así, los operadores establecidos en dichos Estados acreditarán su capacidad mediante la oportuna inscripción en el registro procedente, de acuerdo con la legislación del Estado de establecimiento, o bien mediante la presentación de las declaraciones o certificados determinados reglamentariamente<sup>45</sup>.

En un segundo escalón se situarán los licitadores de Estados que sean parte del Acuerdo sobre Contratación Pública o de otros acuerdos internacionales que regulen la apertura del mercado de las compras públicas. Para el caso de estos sujetos, aunque la legislación contenga una formulación un tanto equívoca, no podrá dispensarse un trato menos favorable que a los empresarios de la Unión, cuando nos encontremos ante licitaciones cubiertas por los respectivos acuerdos en sus vertientes subjetiva, objetiva y económica<sup>46</sup>. Ello no obsta, claro, para que, cuando la licitación se encuentre fuera del ámbito del acuerdo internacional concluido, desaparezca este trato preferencial, y el operador reciba el tratamiento que corresponde a cualquier operador de un país tercero.

Estos licitadores de Estados parte de un acuerdo internacional sobre contratación pública, en principio, acreditarán su capacidad de obrar a través de un informe de la Misión Diplomática Permanente u Oficina Consular de España del lugar del domicilio, en el que se ponga de manifiesto que la empresa figura inscrita en el registro local correspondiente o que, en defecto de inscripción, actúa con habitualidad en las actividades a las que se refiere el concreto contrato

---

<sup>44</sup> Ex artículo 67 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

<sup>45</sup> De acuerdo con los artículos 84.2 de la Ley 9/2017 y 9 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

<sup>46</sup> Y ello, aunque el artículo 68.1 de la Ley 9/2017 contenga exclusivamente una referencia genérica a los contratos sometidos a regulación armonizada para empresas de Estados signatarios del ACP. El trato preferente se extenderá, por tanto, a empresas de Estados signatarios del ACP y de otros acuerdos con disposiciones al respecto, cuando nos encontremos ante licitaciones cubiertas por los mismos en sus vertientes económica pero también, por supuesto, subjetiva y objetiva.

Esta conclusión se alcanzaría de la consulta del artículo 25 de la Directiva 2014/24/UE. Precepto, este, claro, preciso, e incondicionado, que establece expresamente que: *“En la medida en que se les apliquen los anexos 1, 2, 4 y 5 y las notas generales correspondientes a la Unión Europea del apéndice I del ACP, así como otros acuerdos internacionales que vinculen a la Unión, los poderes adjudicadores concederán a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de los signatarios de esos acuerdos un trato no menos favorable que el concedido a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de la Unión”*.

licitado<sup>47</sup>. Dicho informe consignará, a su vez, la condición de Parte del Estado miembro de origen en el correspondiente acuerdo internacional<sup>48</sup>. No obstante lo anterior, la recta aplicación del Derecho de la Unión, y la necesidad de brindar a estos empresarios un trato no menos favorable que el dispensado a los operadores económicos de la Unión, cuestionaría el régimen singularmente habilitado en el ordenamiento español, en cuanto establezca cargas más onerosas, como la de aportación del informe específico antes mencionado<sup>49</sup>. De este modo, en estos casos, parece que la capacidad habría de verificarse de acuerdo con las reglas aplicables a los empresarios de la Unión o del Espacio Económico Europeo, en respeto del efecto directo del ordenamiento comunitario.

Por último, encontraríamos a los operadores de Estados que no han suscrito un acuerdo que aborde la apertura del mercado de contratación pública o que, habiéndolo suscrito, no alcance la concreta licitación por razones subjetivas, objetivas o económicas. En estos casos, la efectiva capacidad para contratar, en ausencia de previsiones de derecho internacional, se condiciona a la existencia de reciprocidad.

De este modo, para admitir la participación en el procedimiento, se exigirá justificación de que en el país de procedencia se admite la participación de operadores españoles en las licitaciones de entes del sector público en forma sustancialmente análoga. La prueba de esta realidad adopta un cauce específico, como es la emisión

---

<sup>47</sup> De acuerdo con los artículos 68.1 y 84.3 de la Ley 9/2017, así como el artículo 10 de Real Decreto 1098/2001.

Por otra parte, ha de recordarse la necesidad de que las empresas extranjeras incluyan en sus solicitudes una declaración de sometimiento a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles, en caso de que el contrato vaya a ejecutarse en España, de acuerdo con el artículo 39.2.a) de la Ley 9/2017.

<sup>48</sup> Ex artículo 10 del Real Decreto 1098/2001. Aunque esta herramienta se prevé únicamente para operadores de Estados signatarios del Acuerdos sobre Contratación Pública, la misma debería extenderse por analogía al resto de licitadores originarios de países que mantengan acuerdos con previsiones en materia de contratación.

<sup>49</sup> Así, el artículo 25 de la Directiva 2014/24/UE, o las cláusulas similares de los respectivos acuerdos internacionales, impedirían brindar un trato menos favorable a los operadores de Estados cubiertos por los aludidos convenios, en lo que se refiere a la acreditación de la capacidad. Siempre y cuando, claro, que el contrato se encuentre sometido a las disposiciones de los aludidos acuerdos internacionales de contratación. El efecto directo del artículo 25 de la Directiva 2014/24/UE, garantizado por su carácter claro, preciso e incondicionado, supondría un desplazamiento de las disposiciones nacionales contradictorias.

Ello, en particular, llevaría a no tener que aportar el informe de la Misión Diplomática Permanente u Oficina Consular de España del lugar del domicilio, pues dicho requisito adicional no se exige a los operadores de la Unión. Sobre este particular, por ejemplo, se pronuncia la Resolución núm. 178/2013, de 13 de diciembre, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, Fundamentos Jurídicos 7º y 8º.

de un informe al efecto por la correspondiente Oficina Económica y Comercial de España<sup>50</sup>, que se unirá al informe ya referido en el que conste la inscripción en un registro local o la habitualidad en el tráfico relativo a las actividades licitadas<sup>51</sup>.

La diferencia fundamental, por tanto, radica en la aludida reciprocidad. Así, en ausencia de disposiciones convencionales, la participación se va a hacer depender de la efectiva existencia, de facto, de un trato equivalente entre los operadores de ambos Estados. En cualquier caso, y ante lo abierto de la formulación de la reciprocidad, pues se dispone únicamente que la participación de empresas españolas en el Estado de origen se admita “*en forma sustancialmente análoga*”, podrán adoptarse enfoques más o menos restrictivos. De este modo, la sustancial analogía no debería, quizás, vincularse con una apertura total, exigiendo la posibilidad de que las empresas españolas accedan a cualquier contrato licitado. Por el contrario, tampoco habrían de ampararse situaciones en las que la participación de empresas españolas en destino sea fragmentaria y focalizada únicamente en algunas áreas o por encima de ciertos umbrales. Así, para tratar de alcanzar algún tipo de equilibrio, parece que esta analogía podría vincularse al concreto contrato que se licita, exigiendo cierto grado de semejanza, que no identidad, en términos de ente contratante, prestación licitada y umbral económico empleado.

En defecto de la acreditación de esta reciprocidad, o cobertura por acuerdo internacional, el resultado será entender que el operador carece de la necesaria capacidad para contratar. La consecuencia de esta vinculación del origen a la aptitud es muy relevante pues, de mediar una adjudicación a un operador que no cumpla con las exigencias de capacidad para contratar, el contrato resultante será nulo de pleno derecho<sup>52</sup>. Es por ello que, a la hora de verificar las cuestiones relativas a la condición de licitadores extranjeros, deberá actuarse con especial cautela, so pena de dar lugar a un negocio inválido “*ab initio*”.

De lo anterior se deduce que el enfoque nacional por el que se ha optado en nuestro país, dentro del margen facilitado por los acuerdos internacionales y la normativa de la Unión, ha sido el prohibitivo. Así, no es que quepa la exclusión de los procedimientos en caso de que el operador extranjero no cuente con algún amparo convencional, sino que esta exclusión aparece como acto debido, al carecer el licitador de la necesaria capacidad de obrar. Frente a este deber del ente contratante, el único asidero que permite la participación en el procedimiento, para estos sujetos, será la prueba de la reciprocidad.

---

<sup>50</sup> De acuerdo con los artículos 68.1 de la Ley 9/2017 y 20 del Real Decreto 1098/2001.

<sup>51</sup> En virtud de lo dispuesto en los artículos 84.3 de la Ley 9/2017 y 10 del Real Decreto 1098/2001.

<sup>52</sup> Ex artículo 39.2.a) de la Ley 9/2017.

Sin embargo, a nadie se esconde que, pese a esta prohibición general, en ocasiones han podido adjudicarse contratos a operadores de terceros Estados en los que la existencia de reciprocidad es más que dudosa. Así, por ejemplo, con motivo de ciertas adquisiciones de material sanitario realizadas para afrontar la pandemia de la Covid-19, se ha contratado con suministradores chinos<sup>53</sup>. A este respecto, y aunque pudieran compartirse los motivos que llevaron a estas compras, no puede olvidarse que la aplicación del procedimiento de emergencia no elimina la necesidad de que el contratista cumpla con las normas de capacidad y aptitud previstas en la legislación<sup>54</sup>. Como alternativa, en ocasiones, se ha recurrido también a la mayor flexibilidad proporcionada por las reglas sobre contratos formalizados y ejecutados en el extranjero<sup>55</sup>.

#### **IV. LA EVITACIÓN DE LA “COMPETENCIA DESLEAL” Y EL MANTENIMIENTO DE LA IGUALDAD DE FACTO: PROMOCIÓN DE LA CALIDAD Y RESPETO DE ELEVADOS ESTÁNDARES SOCIALES Y AMBIENTALES**

Sin perjuicio de las limitaciones anteriormente señaladas, lo cierto es que los licitadores con origen en Estados que aplican políticas de contratación restrictivas a los empresarios de la Unión suelen participar en procedimientos de licitación europeos<sup>56</sup>. A su vez, de forma todavía más habitual, y al margen de la nacionalidad del licitador, se observa como las ofertas presentadas a procedimientos

---

<sup>53</sup> Pese a que la Plataforma de Contratación del Sector Público no permita realizar búsquedas por nacionalidad del contratista, basta con incluir “china” en el apartado de nombre del adjudicatario, para apreciar como un gran número de contratos se han concluido con personas jurídicas radicadas en dicho país.

<sup>54</sup> Aplicación del procedimiento de emergencia habilitado, con carácter general, en el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19. Que los requisitos de aptitud deben cumplirse en todo caso se recuerda, por ejemplo, en la Instrucción 2/2020, de 29 de abril de 2020, sobre la tramitación de emergencia en procedimientos de contratación pública durante el estado de alarma, asociados al Covid-19, de la Dirección General de Contratación del Gobierno de Aragón.

<sup>55</sup> De acuerdo con el régimen recogido en la Disposición adicional primera de la Ley 9/2017.

<sup>56</sup> Sobre la generalización global del uso de barreras en los procedimientos de contratación pública, destacando la limitada eficacia que en ocasiones tienen los acuerdos internacionales, KONO, DANIEL Y RICKARD, STEPHANIE J. (2014): Think globally, buy locally: International agreements and government procurement, *The Review of International Organizations*, vol. 9, Springer, pp. 333-352, págs. 349 y 350. En similar sentido, poniendo de manifiesto que esta tendencia es ya antigua, y modelizando las preferencias de los compradores públicos respecto de las ofertas de origen nacional y extranjero, MCAFEE, R. PRESTON y MCMILLAN, JOHN (1989): Government procurement and international trade, *Journal of International Economics*, vol. 26, núms. 3-4, Elsevier, pp. 291-308.

de contratación europeos integran bienes y servicios originarios de Estados que adoptan enfoques contractuales proteccionistas, o cuyo proceso productivo no se somete a iguales garantías en términos de calidad o de respeto de criterios sociales y medioambientales.

A la vista de esta situación, y de las asimetrías existentes, las soluciones que pueden adoptarse dentro del marco regulatorio actual son diversas, habiéndose propuesto la aplicación decidida de algunas de ellas por la Comisión Europea<sup>57</sup>, a fin de que la Unión pueda “*defender sus intereses frente a las prácticas desleales de terceros países, haciendo pleno uso de los instrumentos de defensa comercial y nuestras normas en materia de contratación pública, y velando por que exista reciprocidad con los terceros países en materia de contratación pública*”<sup>58</sup>.

A falta de acuerdo internacional, además de aplicarse de forma efectiva la normativa existente sobre reciprocidad, que llevaría a excluir a los operadores de terceros Estados que no se abren a la contratación pública, existen otro tipo de medidas para equilibrar la posición de las empresas y prestaciones con origen extracomunitario. Y es que, en ocasiones, que un operador sea miembro de un Estado signatario del ACP u otro acuerdo contractual no será suficiente para asegurar que el bien o servicio ofertado es plenamente equivalente al generado en la Unión.

Entre dichas herramientas destacan, fundamentalmente, las vinculadas a la promoción de la calidad, como alternativa a la sola valoración del precio, así como las conectadas con la introducción de criterios ambientales y sociales en las licitaciones. Y es que será común que los procesos productivos en los países de origen permitan obtener soluciones funcionales a menor coste, a costa de mino- rarse la calidad o de no respetarse los elevados estándares sociales, laborales y medioambientales que rigen en la Unión Europea.

La equiparación de los productos y servicios obtenidos mediante un proceso productivo sin iguales garantías, o la participación de operadores en cuyos países de origen las licitaciones permanecen cerradas a europeos, no hacen sino perjudicar a los productores y empresarios de los Estados miembros. En el primer

---

<sup>57</sup> En este sentido, son diversas las indicaciones que se realizan en la Comunicación de la Comisión Europea: *Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE* (2019/C 271/02), anteriormente citada.

<sup>58</sup> Enfoque refrendado por el Consejo Europeo en las *Conclusiones de su Reunión de 21 y 22 de marzo de 2019*, EUCO 1/19. El texto citado se contiene en la Conclusión I.3, párrafo 7º de dicho documento.

caso, se obliga a los operadores locales a asumir relevantes costes, derivados del estricto cumplimiento de las exigencias normativas establecidas en las más diversas áreas, sin internalizarse dichos costes por los competidores de terceros Estados. En el segundo de los supuestos se ofrece un amplio mercado a estos competidores extranjeros, el de la contratación pública, de modo que los mismos pueden expandirse, aumentar sus economías de escala y mejorar sus resultados, todo ello sin garantizarse un correlato a las compañías europeas<sup>59</sup>.

No tomar en consideración esta realidad y no introducir medidas correctoras supondría, y discúlpese la expresión, que la Unión se estaría haciendo “trampas al solitario”, pues la obtención de rendimientos económicos a corto plazo, vinculados a la formulación de ofertas con precios más bajos, se produciría a costa de socavar la competitividad de las empresas europeas, fomentándose en paralelo la deslocalización de la producción. Los dirigentes y gestores públicos europeos no pueden permitirse ser “miopes”, pues los ahorros en costes de hoy pueden convertirse en cierres empresariales, recortes salariales o desempleo mañana<sup>60</sup>.

En consecuencia, la aplicación de la legislación de contratación pública en la Unión Europea habría de garantizar que los licitadores comunitarios y los de países terceros se someten a normas y requisitos que, a falta de ser idénticos, son, al menos, equivalentes<sup>61</sup>. Ello se demuestra fundamental para garantizar que la imposición de deberes en materia de calidad, seguridad, medio ambiente o derechos sociales, no lastra en exceso la competitividad de nuestras economías.

Asimismo, debe recordarse el efecto tractor o arrastre del sector público quien, promoviendo adquisiciones de bienes y servicios de calidad, obtenidos respetando elevados estándares sociales y ambientales, serviría de ejemplo y enviaría una inequívoca señal de compromiso al sector empresarial privado y a los consumidores europeos.

A continuación, se analizarán algunas de las vías a disposición de los órganos de contratación para tratar de poner coto a los problemas apuntados, nivelando la posición en la que se encuentra todo licitador, con independencia de su origen,

---

<sup>59</sup> No puede obviarse que el mercado de las licitaciones públicas alcanza cifras elevadísimas en los Estados miembros.

<sup>60</sup> Acerca de la evitación de la miopía y de la fijación de metas de largo plazo, aunque desde una perspectiva distinta, puede consultarse la seminal obra del economista LEVITT, THEODORE (1960): *Marketingmyopia*, *Harvard Business Review*, núm. julio-agosto, Harvard Business School Publishing, pp. 45-56.

<sup>61</sup> De acuerdo con las *Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE* (2019/C 271/02), pág. 45.

y promoviendo el cumplimiento de la exigente regulación que rige en la Unión Europea.

En primer lugar, para lograr un equilibrio entre los bienes y servicios europeos y los originarios de Estados terceros, debe ponerse el foco en la exigencia de elevados niveles de calidad a las prestaciones requeridas. En este sentido, como ha destacado ya desde antiguo el profesor GIMENO FELIÚ, debe reforzarse la perspectiva estratégica de la contratación pública, poniéndose el foco sobre el valor y no únicamente sobre el precio<sup>62</sup>.

Desde este punto de vista, la normativa de contratación pública permite, sin ningún género de dudas, apostar por el valor, a través de la fijación de la mejor relación calidad-precio como principal objetivo a conseguir mediante la licitación<sup>63</sup>. El precio, siendo importante, relativiza su peso, pues se promueve, y en ocasiones incluso se exige, la utilización de varios criterios de adjudicación.

A este respecto, cuando se utilicen varios criterios, entre los que figuren el precio y calidad, será recomendable fijar umbrales mínimos de calidad que deben respetarse en todo caso, para garantizar la adecuación de la prestación y para evitar que productos o servicios de calidad reducida puedan resultar vencedores a través de la articulación de políticas de precios agresivas. Con similar finalidad, orientada a evitar la focalización excesiva en los precios, incluso podrían fijarse, respetando ciertos requisitos, los conocidos como umbrales de saciedad, a partir de los cuales las reducciones en el precio ofertado no llevarían a obtener un mejor puntuación<sup>64</sup>.

Por otra parte, en relación con ofertas que pudieran contener precios muy reducidos, lo que puede ser habitual cuando los bienes y servicios son originarios de ciertos países terceros, deberá verificarse si procede la aplicación del régimen de ofertas anormalmente bajas<sup>65</sup>. En estos casos los licitadores, por supuesto, no

---

<sup>62</sup> Así, GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2006): *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid, pág. 47.

<sup>63</sup> Recuérdese lo que a este respecto se enuncia en el artículo 145 de la Ley 9/2017.

<sup>64</sup> Aunque controvertida, la figura parece haberse validado, siempre que se cumplan una serie de requisitos, por parte de Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en sus resoluciones 976/2018 (recurso nº 664/2018), Fundamento Jurídico 6º, o 484/2019 (recurso nº 69/2019), Fundamento Jurídico 7º.

<sup>65</sup> De acuerdo con los artículos 149 de la Ley 9/2017 y 69 de la Directiva 2014/24/UE. Sobre este particular, puede consultarse CANALES GIL, ÁLVARO y HUERTA BARAJAS, JUSTO ALBERTO (2018), págs. 462 a 647, y, más concretamente, sobre su conexión con factores medioambientales o sociales, CANALES GIL, ÁLVARO y HUERTA BARAJAS, JUSTO ALBERTO (2018) ALBA PACHECO, MARTA (2018): “Las ofertas anormalmente bajas: especial referencia a los criterios medioambientales” en LAZO VITORIA, XIMENA (Dir.), *Compra Pública Verde*, Atelier, Barcelona, pp. 145-162, págs. 147-150.

podrán amparar el menor precio resultante en el no respeto, durante la ejecución del contrato, de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral previstas en el derecho de la Unión Europea, en los derechos internacional y nacional o en los convenios colectivos<sup>66</sup>.

De igual modo, a la hora de valorar la adecuación de la oferta en términos económicos, habrá de estarse a la distorsión que pudiera introducirse a través de la recepción de ayudas directas, u otras formas de financiación, a cargo de los poderes públicos de terceros países. Y es que será perfectamente posible que el régimen de ayudas públicas vigente en otros confines sea menos riguroso que el aplicado en la Unión Europea, poniéndose en clara desventaja a los operadores, bienes y servicios comunitarios<sup>67</sup>.

A su vez, en conexión con la promoción del valor y la calidad de las prestaciones, aparece el fomento de la utilización de criterios medioambientales, sociales y laborales para decidir la adjudicación de un contrato, como prescripciones técnicas o como exigencias vinculadas a la ejecución del mismo<sup>68</sup>. En este sentido, es claro el compromiso de la Unión Europea y de nuestro país con la protección del medio ambiente, de los trabajadores o de ciertos colectivos<sup>69</sup>. Sin embargo, la situación no tiene por qué ser equivalente fuera de los límites de la Unión.

---

<sup>66</sup> Según recogen expresamente los artículos 149.4 y 201 de la Ley 9/2017, así como los artículos 69.3 y 18.2 de la Directiva 2014/24/UE.

<sup>67</sup> Recuerdan esta cuestión las *Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE* (2019/C 271/02), pág. 45.

<sup>68</sup> Sobre estas cuestiones pueden consultarse las interesantes obras de GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL (2017): La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública, *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 4, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 92-113, o de MEDINA ARNÁIZ, TERESA (2019): “El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública” en GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (Dir.) y DE GUERRERO MANSO, CARMEN (Coord.) *Observatorio de los contratos públicos 2018*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 253-279.

<sup>69</sup> En este sentido, sin ánimo de exhaustividad, pueden señalarse la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *El Pacto Verde Europeo* (COM (2019) 640 final), de 11 de diciembre de 2019; el impulso a las finalidades defendidas por dicho pacto que se observa en la condicionalidad contenida en el nuevo paquete de fondos *Next Generation EU*, o GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2021): “Los objetivos de sostenibilidad e inclusividad de la Agenda de Naciones Unidas y su incidencia en la contratación pública. De las ideas a la acción” en ESTEVE PARDO, JOSÉ (Dir.), *La Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, pp. 67-100.

De igual manera, en nuestro país, como muestra de esta vocación, recuérdense los requerimientos que, en términos de prescripciones técnicas o criterios de adjudicación, recoge el artículo 31 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética.

Es por ello que, si efectivamente quiere avanzarse hacia la consecución de metas en las áreas referidas, tendrá sentido recoger en las licitaciones criterios u obligaciones al efecto. De lo contrario, de primarse únicamente el precio, será complejo que las ofertas que satisfagan de mejor manera los objetivos sociales y ambientales resulten ganadoras, pues la promoción de estas finalidades, en la mayor parte de las ocasiones, se acompañará de incrementos en los costes de producción o prestación.

Por supuesto, y en todo caso, la promoción de estos objetivos, y la introducción de requisitos al efecto en los pliegos, no ha de ser una vía para discriminar de forma injusta a los operadores de terceros países, aplicándose criterios de territorialidad o que solamente pueden ser cumplidos por los empresarios nacionales<sup>70</sup>. Sin embargo, ello no obsta para que, con la voluntad de lograr fines perfectamente legítimos, como son la protección del medio ambiente o de los derechos sociales, puedan incluirse requerimientos objetivos, fácilmente validables y que pueden ser cumplidos por cualquier operador, sin producirse infracción alguna de la igualdad de trato.

Por tanto, los pliegos tendrán un papel esencial, debiendo exigirse elevados grados de calidad para los productos, y resultando recomendable la integración de especificaciones técnicas, criterios de valoración o condiciones de ejecución vinculadas a factores sociales o medioambientales. En esta tarea, para facilitar la labor de los órganos de contratación y para favorecer la comparabilidad, puede fomentarse el uso de certificaciones de calidad y de etiquetados ambientales o sociales, aunque respetándose medios equivalentes de prueba<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> En este sentido, se refieren a la finalidad de evitar discriminaciones directas o indirectas para los operadores de otros Estados miembros o de Estados Parte del ACP u otros acuerdos de contratación, los considerando 98 de la Directiva 2014/24/UE, o 65 y 103 de la Directiva 2014/23/UE. En particular, respecto de las obligaciones impuestas por el ACP y el CETA en términos de no discriminación, y el margen brindado por dichos Acuerdos para articular criterios vinculados a la sostenibilidad, CASIER, LIESBETH (2019): *Canada's International Trade Obligations: Barrier or opportunity for sustainable public procurement? Unpacking Canada's WTO GPA and CETA commitments in relation to sustainable procurement*, IISD Report, marzo/2019, International Institute for Sustainable Development, especialmente las págs. 14 a 19.

Por otra parte, respecto de las prácticas que estarían prohibidas en relación con operadores de otros Estados miembros o Estados terceros, puede consultarse ORTIZ VIDAL, MARÍA DOLORES (2019): "Contratación y exigencia de cláusulas sociales a empresas extranjeras" en PARDO LÓPEZ, MARÍA MAGNOLIA y SÁNCHEZ GARCÍA, ALFONSO (Dir.), *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos: guía práctica profesional*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 234-252.

<sup>71</sup> Por lo que se refiere al uso de certificaciones o etiquetas, sus posibilidades y límites, se recomienda la consulta de PERNAS GARCÍA, JUAN JOSÉ (2018): "El uso de las etiquetas ambientales en la contratación pública" en LAZO VITORIA, XIMENA (Dir.), *Compra pública verde*, Atelier, Barcelona, pp. 103-128, o VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA y GÓMEZ FARIÑAS, BEATRIZ (2018): "Criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental" en LAZO VITORIA, XIMENA (Dir.), *Compra pública verde*, Atelier, Barcelona, pp. 19-101.

Por otra parte, desde un punto de vista propositivo, podrían tomarse medidas orientadas a incrementar el precio de aquellos productos y servicios que no se acomoden a los estándares vigentes en el mercado interior. En línea con este planteamiento se encuadrarían las propuestas de la Unión Europea de crear un arancel al carbono, que afectaría a las importaciones de aquellos bienes en cuyo proceso productivo se produzcan grandes emisiones de CO<sub>2</sub><sup>72</sup>. De este modo, se integraría en los precios la huella de carbono, evitándose ventajas competitivas de aquellos operadores de países con legislación más laxa sobre emisiones, y se desincentivaría el consumo de dichos bienes al incrementarse su precio final<sup>73</sup>.

## **V. LA ADOPCIÓN DE UNA VERTIENTE PROHIBITIVA O EL ESTABLECIMIENTO DE PREFERENCIAS INTERNAS FRENTE A OPERADORES Y PRESTACIONES DE ESTADOS TERCEROS**

Además de las medidas anteriormente señaladas, orientadas a promover, de facto, la igualdad entre los licitadores, bienes y servicios europeos y los originarios de Estados terceros, caben soluciones más radicales. En este sentido, aparecería una vertiente prohibitiva, que imposibilitase la valoración de ofertas presentadas por operadores, o que incluyesen bienes y servicios, originarios de Estados que mantienen restricciones en sus mercados de contratación pública hacia los licitadores o prestaciones europeas. De igual manera, sin alcanzarse una prohibición, podrían explorarse las posibilidades de establecer preferencias para los licitadores, bienes o servicios originarios de la Unión o de Estados con mercados de contratación abiertos.

A este respecto, es singularmente relevante la limitación prevista para la contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que permite rechazar ofertas para contratos de suministro si los productos con origen en terceros países, no cubiertos por un acuerdo internacional de con-

---

<sup>72</sup> Sobre esta vía de ajuste, conocida como *Carbon Border Adjustment Mechanism*, que todavía se encuentra en una etapa inicial y no exenta de problemas, puede consultarse el apartado web de la Comisión Europea dedicado a tal cuestión: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12228-Carbon-Border-Adjustment-Mechanism>

<sup>73</sup> La posibilidad de utilizar figuras impositivas para corregir externalidades negativas existentes en el mercado ha sido profundamente explorada en diversos Estados, correspondiendo el alumbramiento de dicha idea al economista británico ARTHUR PIGOU en sus obras, PIGOU, ARTHUR C. (1920): *The Economics of Welfare*, Macmillan, Londres, Parte IV y, con un mayor grado de desarrollo, PIGOU, ARTHUR C. (1928): *A Study in Public Finance*, Macmillan, Londres, Parte II, Capítulo VIII.

tratación, superan el 50 % del valor total de la oferta<sup>74</sup>. A estos efectos, también se considerarán productos las aplicaciones utilizadas en los equipos de redes de telecomunicaciones<sup>75</sup>.

Dicha previsión limitativa, que permite rechazar directamente ciertas ofertas, se acompaña del establecimiento de una preferencia a favor de las ofertas que no incluyan un 50% de valor en productos de territorios donde no hay un acceso comparable para los operadores de la UE. Así, en caso de que las puntuaciones obtenidas por varias ofertas sean equivalentes, se dará preferencia para la adjudicación a las que no cumplan los requisitos para ser rechazadas por ofrecerse bienes de origen extranjero en más de un 50 % del valor<sup>76</sup>. En particular, cuando el criterio empleado sea el precio, se entenderá que hay equivalencia cuando las diferencias de precio no alcancen el 3 %<sup>77</sup>.

Por otra parte, en cuanto a los contratos de servicios en dichos sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, en caso de que se detecte que un Estado tercero dificulta o limita la adjudicación de contratos públicos a licitadores de la Unión, podrán aplicarse medidas restrictivas. Así, y sin perjuicio de lo que se haya previsto expresamente en acuerdos internacionales, el Consejo, a instancia de la Comisión, quien habrá tratado de negociar previamente con el país concernido, podrá adoptar un acto de ejecución para suspender o restringir la adjudicación de contratos de servicios<sup>78</sup>. Suspensión o restricción que, limitada a un plazo expresamente fijado al efecto, afectará a empresas sometidas a la legislación del Estado concernido, a empresas filiales de estas que estén domiciliadas en la UE, pero que no tengan un vínculo directo o efectivo con la economía de un Estado miembro, o a licitadores que ofrezcan servicios que se encuentran en el país afectado<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> De acuerdo con el artículo 85 de la Directiva 2014/25/UE, transpuesto a través del artículo 70 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero.

Para determinar la composición de la oferta se estará a lo dispuesto en el Reglamento (CEE) n° 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario.

<sup>75</sup> Ex artículos 85.5 de la Directiva 2014/25/UE y 70.2 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero.

<sup>76</sup> Según prevén los artículos 85.3 de la Directiva 2014/25/UE y 70.3 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero.

<sup>77</sup> Por expresa previsión de los artículos 85.3 de la Directiva 2014/25/UE y 70.3 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero.

<sup>78</sup> Régimen de estas medidas recogido en el artículo 86 de la Directiva 2014/25/UE.

<sup>79</sup> Como se aprecia, las restricciones pueden afectar también a operadores establecidos en la Unión, pero vinculados a los países que aplican limitaciones a la UE, ex artículo 86.5 de la Directiva 2014/25/UE.

Como se aprecia, estas medidas restrictivas o de fomento se circunscriben únicamente a ciertos sectores económicos especiales, como los de los servicios postales, la energía, el agua o los transportes. Sin embargo, siempre que se respetasen los compromisos internacionales de la Unión, habría espacio para extender este tipo de medidas al marco contractual general, si ello se entendiera conveniente, a través de una reforma de la regulación.

En cuanto a la eventual introducción de limitaciones adicionales, debe tenerse en cuenta que hay un sector en el que su inclusión sería menos problemática. Me refiero a los contratos que se concluyan en materia de defensa y seguridad, pues los mismos no se hallan plenamente incluidos en el ámbito de aplicación del ACP o de otros acuerdos bilaterales<sup>80</sup>. Así, a la hora de fijar prohibiciones o cláusulas de preferencia, los Estados miembros no se verían constreñidos por compromisos internacionales, pudiendo decidir si admiten la participación de operadores o bienes y servicios de países terceros<sup>81</sup>.

En cualquier caso, este tipo de restricciones más rigurosas habrían de acompañarse de cláusulas de inaplicación, en caso de que las licitaciones quedasen desiertas, o si no existiesen bienes y servicios sustitutivos ofertados por países con mercados de contratación pública abiertos, en aras de evitar un nocivo desabastecimiento<sup>82</sup>.

Por otro lado, como una vía adicional que puede operar para limitar la participación de operadores originarios de ciertos Estados, en los que no se brindara un trato contractual equivalente a los operadores europeos, podría estarse a lo

---

<sup>80</sup> En este sentido, pueden consultarse las limitaciones contenidas en el artículo III del ACP, así como en el Anexo IV.2 del ACP, que expresa las coberturas de bienes para la Unión Europea. Es especialmente ilustrativo al respecto el considerando nº 18 de la Directiva 2009/81/CE que dispone que: “(...) *en el contexto específico de los mercados de seguridad y de defensa, los Estados miembros conservan la facultad de decidir si corresponde o no a su entidad o poder adjudicador permitir que los operadores económicos de terceros países participen en los procedimientos de adjudicación de contratos*”.

<sup>81</sup> Por lo que se refiere a España, no se ha optado por esta limitación a las actuaciones de operadores de terceros Estados, siempre y cuando se cumplan los exigentes requisitos de confidencialidad o seguridad previstos, según pone de manifiesto el artículo 10 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad. Eso sí, como singularidad, el artículo 10.1 de dicha Ley 24/2011 exige que los operadores de Estados signatarios del ACP hayan de acreditar en todo caso la reciprocidad en la admisión de empresas españolas para sus licitaciones.

<sup>82</sup> Piénsese, por ejemplo, en la reciente necesidad de importar productos procedentes de mercados asiáticos para luchar contra la pandemia del Covid-19.

previsto en la normativa de control de las inversiones extranjeras directas<sup>83</sup>. A través de esta herramienta, sin perjuicio de que rijan una general libertad de inversiones, los Estados miembros tendrán la posibilidad de limitar la toma de control de empresas nacionales por parte de inversores extranjeros, en ciertos sectores económicos<sup>84</sup>. Con ello, en el plano contractual, se evitaría la toma de control de licitadores nacionales por parte de empresarios extranjeros que, en sectores esenciales, pudieran pretender circunvalar las prohibiciones contractuales que se aplican cuando no existe reciprocidad.

Lo cierto es que la normativa sobre control de inversiones extranjeras no se refiere específicamente a cuestiones vinculadas con la contratación pública, pero quizás podría pensarse en la introducción como un factor a valorar, a la hora de autorizar o no una determinada inversión en sectores críticos, de las implicaciones que se producirían en el mercado de las licitaciones públicas. Considerando, en particular, si el inversor es originario de un Estado cuyo mercado de contratación se encuentra cerrado a los operadores comunitarios. No obstante lo anterior, en el momento actual, entre los factores que deben ponderarse para autorizar inversiones extranjeras directas, sí existe uno que puede afectar al equilibrio e igualdad de los licitadores, como es que el potencial inversor sea controlado directa o indirectamente por el gobierno de un tercer país<sup>85</sup>. Esta presencia de control público, además de a cuestiones geopolíticas, se vincularía a la contratación, al poder existir ayudas estatales directas o indirectas que llevaran a una

---

<sup>83</sup> A este respecto, sin perjuicio de la general libertad de movimientos de capitales, que rige de forma plena en el ámbito de la Unión Europea, se recogen ciertas limitaciones a las inversiones extranjeras directas, que llevan a exigir la obtención de una previa autorización administrativa. En este sentido, destacan el marco brindado por el Reglamento (UE) 2019/452, de 19 de marzo de 2019, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea, así como las limitaciones contenidas en el artículo 7bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, o en el artículo 11 del Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores.

En cualquier caso, para aproximarse al régimen del control de las inversiones extranjeras, se recomienda la consulta de CODINA GARCÍA-ANDRADE, XAVIER y CARRO DE MIGUEL, CARLOTA (2021): Liberalización y protección en el régimen de las inversiones extranjeras directas: desarrollos normativos recientes en Europa y en España, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 58, Iustel.

<sup>84</sup> Respecto de los concretos sectores afectados, pueden señalarse, sin ánimo de exhaustividad, en virtud de los artículos 7bis de la Ley 19/2003 y 11 del Real Decreto 664/1999: la defensa nacional, las infraestructuras críticas, la energía, los medios de comunicación...

<sup>85</sup> Este factor a valorar se recoge en los artículos 4.2.a) del Reglamento (UE) 2019/452 y 7bis.3.a) de la Ley 19/2003.

reducción significativa de costes y, en consecuencia, a la presentación de ofertas que, artificialmente, resultarían más competitivas.

Por último, y de alguna forma conectado con la vocación de limitar la participación de operadores extranjeros, o con actividades productivas en países terceros, aparecería la posible restricción a la participación en los procedimientos de contratación de aquellos licitadores establecidos o con operativa en paraísos fiscales. Para llevar a la práctica esta posibilidad, al margen de que el listado de territorios considerados como paraíso fiscal se vaya reduciendo paulatinamente, a través de la suscripción de convenios para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información, parecen existir algunos impedimentos jurídicos.

Así, se ha considerado que, al no recogerse el establecimiento u operativa en paraísos fiscales como una prohibición de contratar, solamente podría excluirse al operador en caso de que, efectivamente, se produzcan infracciones de la normativa tributaria<sup>86</sup>. Por tanto, incluir una exclusión abstracta como la apuntada, exigiría de una modificación del elenco legal de prohibiciones de contratar. De igual manera, no podría darse preferencia en la adjudicación a licitadores no establecidos en paraísos fiscales, pues nos encontraríamos ante un criterio de adjudicación que no estaría directamente vinculado con la prestación que se contrata<sup>87</sup>.

## **VI. LOS INCREMENTOS ARTIFICIALES DE PRECIOS: LA PROPUESTA DEL INSTRUMENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL (ICPI)**

Además de las medidas anteriormente referidas, podría promoverse un incremento de precio “artificial”, a los solos efectos de valorar las ofertas presentadas por licitadores, o que contengan bienes o servicios, de Estados donde no existe reciprocidad contractual.

En esta línea, abogando por la introducción de medidas de ajuste de precios, se ha pronunciado la Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso de los productos y servicios de terceros países al mercado interior de la Unión en el ámbito de la contratación pública, así como sobre los

---

<sup>86</sup> En este sentido, por ejemplo, pueden destacarse la Consideración Jurídica III del Informe 15/2016, de 20 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, o la Consideración Jurídica III del Informe 7/2018, de 16 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

<sup>87</sup> De acuerdo con la apreciación contenida en la Consideración Jurídica V del Informe 15/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los productos y servicios de la Unión a los mercados de contratación pública de terceros países, comúnmente conocido como Instrumento de Contratación Pública Internacional (ICPI)<sup>88</sup>.

Este ICPI pretende ser una respuesta común de la Unión Europea frente a la posición de países que mantienen cerrados sus mercados de contratación pública, evitándose soluciones individuales adoptadas por cada Estado miembro<sup>89</sup>. Esta respuesta, además, no pone el foco **únicamente** sobre la figura del operador, sino también sobre el origen de los productos y servicios. De este modo, a grandes rasgos, la propuesta normativa apuesta por penalizar con un 20 % de aumento de precio a aquellas ofertas que incluyan más de un 50 % del valor en bienes o servicios originarios de países en los que no existe efectiva reciprocidad en sede de contratación pública.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación del ICPI, el mismo alcanza a los operadores, bienes y servicios originarios de Estados que mantengan políticas de contratación pública restrictivas o discriminatorias respecto de operadores, productos y servicios de la Unión. En particular, las limitaciones afectarán a los suministros y servicios que adquieran entes contratantes de la Unión, equiparándose las obras a prestaciones de servicios de construcción<sup>90</sup>, y tanto se recurra a la vía contractual ordinaria como a la concesional<sup>91</sup>.

Sin embargo, las medidas previstas en el ICPI no se aplicarían si el Estado afectado es Parte del Acuerdo de Contratación Pública o de otro acuerdo comercial de la Unión, y las prácticas restrictivas afectan a licitaciones cubiertas por dichos acuerdos. En estos casos, se estará a los medios de consulta y resolución de controversias que se hayan previsto expresamente al efecto<sup>92</sup>. De igual manera, se excluyen del reglamento las ofertas que integren productos o servicios originarios de países menos desarrollados o países en desarrollo, en aras de fomentar

---

<sup>88</sup> Esta propuesta de reglamento, instada por primera vez en el año 2012, se encuentra paralizada a falta de un nuevo impulso reclamado recientemente por la Comisión Europea.

<sup>89</sup> En particular, se pretende la derogación de los artículos 85 y 86 de la Directiva 2014/25/UE, a los que se ha hecho previamente alusión, y que permiten imponer ciertas medidas restrictivas en los sectores especiales regulados por la referida Directiva. Esta sustitución, de acuerdo con el considerando nº 9 del ICPI obedecería al carácter fragmentario de la respuesta que proporcionan dichos preceptos, y a su limitado ámbito de aplicación material.

<sup>90</sup> Equiparación a efectos de la norma, prevista en el artículo 2.2 del ICPI.

<sup>91</sup> De acuerdo con el artículo 1.1 del ICPI.

<sup>92</sup> Según recuerda el considerando nº 7 del ICPI.

el progreso de sus economías<sup>93</sup>, o aquellas ofertas presentadas por PYMES estrechamente vinculadas con la Unión<sup>94</sup>.

Asimismo, existe una limitación, de tipo económico, al ámbito de aplicación del reglamento, pues se establece un umbral mínimo para las licitaciones europeas en las que podrán establecerse restricciones por la Unión. Así, las medidas de ajustes de precios solamente procederían para contratos cuyo valor estimado sea superior a 5.000.000 de euros, excluyendo el Impuesto sobre el Valor Añadido<sup>95</sup>. De este modo, la Unión se inhibe para contratos de cuantías para nada desdeñables. A este respecto, si bien es cierto que los operadores originarios de terceros países no acostumbran a concurrir a contratos de pequeñas dimensiones, no acontece lo mismo para los productos importados, que perfectamente se integran en las proposiciones de los operadores establecidos en la Unión.

Para determinar el origen de las prestaciones, en lo que se refiere a productos, se estará a lo que dispone la legislación aduanera de la Unión<sup>96</sup>. Por el contrario, cuando se liciten servicios, el origen del servicio se determinará en función del origen del operador económico que los preste, atendiendo a la nacionalidad o residencia permanente para personas físicas, o a la existencia, o no, de un establecimiento comercial en la Unión que tenga una efectiva operativa y vínculos con la economía del Estado miembro del establecimiento<sup>97</sup>.

Conocidos algunos de los elementos fundamentales sobre los que pivotan las medidas previstas en el ICPI, resta explicitar cuál es el principal requisito que ha de concurrir para que quepa la aplicación de restricciones. Me refiero a la adopción o mantenimiento de medidas o prácticas de contratación pública discriminatorias o restrictivas para los operadores de la Unión. En este sentido, se adopta una concepción amplia, incluyendo cualquier práctica, medida o procedimiento legislativo, reglamentario o administrativo adoptado por las autoridades o entes adjudicadores de un país tercero, que dificulten de forma recurrente y grave el acceso al mercado de contratación pública por parte de operadores, productos o servicios de la Unión<sup>98</sup>.

---

<sup>93</sup> En virtud del artículo 4 del ICPI. Para determinar los Estados afectados por esta exención habrá de estarse a lo previsto en los Anexos del Reglamento (UE) n° 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas, que aluden a diversos Estados, principalmente africanos y asiáticos.

<sup>94</sup> Excepción contenida en el artículo 5 del ICPI.

<sup>95</sup> Umbral contenido en el artículo 8.1 del ICPI.

<sup>96</sup> Ex artículo 3.1 del ICPI, por lo que deberá estarse a lo recogido en los artículos 59 y ss. del Reglamento (CEE) número 952/2013.

<sup>97</sup> Criterios contenidos en el artículo 3, apartado 2 y 3, del ICPI.

<sup>98</sup> La definición se contiene en el artículo 2.1.f) del ICPI.

Ante la evidencia o sospecha de que existen medidas o prácticas restrictivas, la Comisión Europea, de oficio, o a instancia de un Estado miembro, iniciará una investigación a los efectos de discernir si efectivamente concurren dichas restricciones, cuyas conclusiones se plasmarán en un informe<sup>99</sup>. Si de dicho informe se dedujese que se aplican medidas restrictivas o discriminatorias la Comisión iniciará consultas con el país tercero concernido, a los efectos de subsanar dichas limitaciones y de ofrecer a los operadores de la Unión un trato equivalente al de los licitadores nacionales<sup>100</sup>. Dichas consultas, de tener éxito, podrán llevar a la adopción de medidas rectificativas o correctoras satisfactorias por el país tercero o bien, incluso, a la conclusión de un acuerdo internacional en materia de contratación pública.

Sin embargo, si el país tercero declinase la invitación a abrir consultas, o si a raíz de las mismas no se adoptasen o cumpliesen medidas rectificativas o correctoras, o no se avanzase hacia la negociación de un acuerdo internacional, la Comisión Europea podrá recurrir a la principal novedad derivada del ICPI, la imposición de una medida de ajuste de precios<sup>101</sup>. Estas medidas de ajuste de precios, adoptadas mediante un acto de ejecución, se aprobarán a través de un procedimiento de comité<sup>102</sup>.

El contenido de las medidas de ajuste de precios se concreta en la imposición de un recargo de hasta el 20 % sobre el precio de las ofertas afectadas por dicha medida. Precio que, por supuesto, únicamente afectará a la evaluación y clasificación de las ofertas, y no al precio que efectivamente se abonará a quien resulte adjudicatario<sup>103</sup>. La medida de ajuste de precios que sea adopte, en relación con un Estado concreto, expresará su específico alcance, incluyendo el porcentaje de recargo a aplicar, los contratos o concesiones a los que se aplicará, sus umbrales económicos y los entes contratantes que se verán vinculados por la misma<sup>104</sup>.

---

<sup>99</sup> Según prevé el artículo 6 del ICPI.

<sup>100</sup> Régimen contenido en el artículo 7 del ICPI.

<sup>101</sup> Las distintas circunstancias que pueden llevar a adoptar estas medidas se recogen en el artículo 7 del ICPI.

<sup>102</sup> De acuerdo con los artículos 7.6 y 14.2 del ICPI, que implican el seguimiento de un procedimiento de examen, en el que la Comisión se verá asistida por un comité integrado por representantes de los Estados miembros, regulado en el artículo 5 del Reglamento (UE) n° 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión.

<sup>103</sup> Previsión lógica, pero que además se contiene expresamente en el artículo 11.1 ICPI.

<sup>104</sup> Contenido de las medidas de ajuste de precios previsto en el artículo 8.2 ICPI.

Dichas medidas de ajuste de precios se aplicarán, por una parte, a las ofertas que presenten los operadores económicos originarios del país tercero afectado, salvo que estos puedan acreditar que los productos y servicios originarios de dicho país representan menos del 50 % del valor total de la oferta presentada<sup>105</sup>. Se establece, por tanto, una suerte de presunción de aplicación para los licitadores con origen en un país afectado por medidas de ajuste. Presunción, esta, que será especialmente relevante en lo relativo a los servicios pues, como se ha anticipado, el origen de los servicios se determina en función del origen del operador que los presta.

Por otra parte, las medidas de ajuste de precios en vigor resultarán aplicables, con independencia del origen del licitador, a las ofertas que integren productos o servicios originarios del país destinatario de dichas medidas, siempre y cuando el valor de dichos productos o servicios suponga más de la mitad del valor total de la oferta presentada<sup>106</sup>. Por lo que se refiere a esta cuestión, será especialmente espinoso determinar qué proporción del valor de la oferta debe asignarse a cada producto o servicio incluido, distinguiendo entre sus orígenes, pues el ICPI no brinda un criterio al efecto. Así, una vez se determine qué parte de la oferta se integra por productos o servicios de un tercer Estado, parece que, para la distribución del valor total de la oferta entre sus componentes, deberá estarse a criterios económicos, propios de la contabilidad analítica, con el eventual a apoyo, por poder plantearse su aplicación supletoria, de las reglas empleadas para determinar el valor estimado de los contratos<sup>107</sup>.

Una vez se acuerde la aplicación de una de estas medidas de ajuste de precios, los licitadores deberán aportar en sus ofertas información acerca del origen de los productos y servicios que las integran, así como sobre el valor que puedan suponer en dicha oferta los productos y servicios de países destinatarios de las medidas<sup>108</sup>. A este respecto, como herramienta de flexibilidad, para evitar excesivos costes de gestión y tramitación para los operadores y para los entes contratantes, se permitirán declaraciones responsables de los licitadores<sup>109</sup>. Eso sí, estas autodeclaraciones se acompañan de la posibilidad de solicitar al licitador, a

---

<sup>105</sup> Requisitos previstos en los artículos 8.3.a) y 11.1 del ICPI.

<sup>106</sup> Ex artículos 8.3.b) y 11.1 ICPI.

<sup>107</sup> Recuérdense ciertas previsiones contenidas en los artículos 5 de la Directiva 2014/24/UE o 101 de la Ley 9/2017.

<sup>108</sup> En virtud del artículo 11.4, párrafo primero, del ICPI.

<sup>109</sup> Previsión de la utilización de autodeclaraciones en el artículo 11.4, párrafo primero, del ICPI.

lo largo del procedimiento, documentación adicional justificativa, así como de la efectiva comprobación de la realidad de lo declarado para aquel sujeto que resulte finalmente adjudicatario<sup>110</sup>.

De igual manera, como vía de flexibilización, se autoriza a los entes adjudicadores a no aplicar las medidas de ajuste de precios en procedimientos concretos, ante la concurrencia de algunas circunstancias justificadoras<sup>111</sup>. Así, cabrá exceptuar un procedimiento particular de dichos ajustes si no hubiera disponibles productos o servicios originarios de la Unión o de Estados cubiertos por acuerdos de contratación, de modo que se evita un potencial desabastecimiento, o en caso de que se justificase que la aplicación de la medida puede comportar un aumento desmesurado del precio del contrato, con lo que se protege la estabilidad presupuestaria<sup>112</sup>. Sea como fuere, además de la justificación de estos extremos, la excepción deberá incluirse en el anuncio de licitación que se publica y habrá de notificarse a la Comisión Europea<sup>113</sup>.

En cualquier caso, si un ente contratante celebrase un contrato con un licitador, incumpliendo las medidas de ajuste de precios existentes, y sin hallarse amparado por alguna de las excepciones justificadas previstas, el contrato concluido será ineficaz, debiendo estarse a las concretas herramientas que, para alcanzar dicha ineficacia, prevean las legislaciones nacionales de los Estados miembros<sup>114</sup>. De este modo, la sanción jurídica ante las desviaciones es del mayor grado, privándose de efectos a los negocios perfeccionados.

De lo anterior se deduce que, en caso de aprobarse finalmente el ICPI en sus términos actuales, se reforzarán las vías de represión frente a Estados que mantienen sus mercados de contratación pública cerrados a las empresas europeas. Y ello porque los entes contratantes contarán con dos vías para condicionar el acceso de operadores extranjeros originarios de dichos Estados. Así, junto con la introducción de elementos vinculados a la calidad y al fomento de la respon-

---

<sup>110</sup> De acuerdo con el artículo 11.4, párrafo segundo, del ICPI.

<sup>111</sup> Régimen de excepción previsto en el artículo 12 del ICPI.

<sup>112</sup> Supuestos de excepción contenidos en el artículo 12.1 del ICPI.

<sup>113</sup> Deberes de publicación contenidos en el artículo 12, apartados 2 a 4, del ICPI.

<sup>114</sup> Ineficacia recogida en el artículo 13.2 del ICPI, cuyo régimen se contiene en el artículo 2 quinquies de la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Recuérdese que dicho artículo 2 quinquies remite, respecto de las concretas consecuencias de la ineficacia de los contratos, a lo previsto en las legislaciones nacionales.

sabilidad social y la protección del medio ambiente, se actuaría también sobre el criterio precio, penalizándolo. Esta penalización se revela como fundamental, pues el precio suele ser determinante para seleccionar ofertas que incluyen bienes y servicios originarios de Estados con mercados de contratación cerrados, en los que se compensa una relajación de los estándares de calidad, sociales o ambientales con menores costes de producción.

En consecuencia, el ICPI, y las medidas de ajuste de precios en él contenidas, permitirían un reforzamiento de la reciprocidad, necesaria en un contexto internacional asimétrico, facilitarían la adopción de una postura común para toda la Unión, a través de decisiones de la Comisión Europea, y consolidarían el mercado interior, al incidirse no solamente sobre el origen del licitador, sino también sobre el origen de los productos y servicios adquiridos.

Ello no haría sino robustecer la posición de la Unión Europea como interlocutor, frente a países que, actualmente, discriminan a licitadores, bienes y servicios comunitarios, pero que no reciben, como contrapartida, igual trato en los Estados miembros. Estos países, ante la amenaza de verse sometidos a incrementos artificiales de precios, en un mercado tan relevante como el de la contratación pública europea, tendrían mayores incentivos a negociar y a concluir acuerdos internacionales en la materia.

De hecho, esta es una de las principales finalidades que persigue el ICPI. Así, la Unión espera que la amenaza de restricciones, o su efectiva imposición, tengan un efecto palanca, moviendo a los Estados más reticentes a adherirse al Acuerdo de Contratación Pública o a suscribir un convenio internacional bilateral con la Unión. Esta vocación de reforzar las figuras convencionales se manifiesta de forma nítida en el hecho de que la adhesión al ACP o la celebración de acuerdos bilaterales de contratación ponga fin a los procedimientos de adopción de medidas de ajuste de precios o pueda, en su caso, llevar a la retirada de las medidas de ajuste que ya se estén aplicando<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> Suspensión del procedimiento desarrollado por la Comisión prevista en el artículo 7.5 del ICPI. En similares términos se pronuncia el artículo 10.1 ICPI para dejar sin efecto medidas de ajuste ya aprobadas, aunque no refiriéndose expresamente a la conclusión de acuerdos internacionales, sino a la adopción de “*medidas rectificativas o correctoras satisfactorias*”.

## VII. CONCLUSIONES

En cualquier caso, con independencia de que pueda optarse por soluciones más o menos rígidas, la promoción de la concurrencia ha de continuar siendo uno de los ejes vertebradores de la contratación pública. Pero ello, claro, sin olvidar que la libre competencia únicamente será legítima y útil si permite seleccionar a las mejores ofertas partiendo de una base común, pues no pueden compararse de forma equilibrada las propuestas que no se someten a requisitos similares. Así, será posible tratar de forma diferente a quien se encuentra en una situación distinta, sin que por ello se quiebre el principio de igualdad y no discriminación.

La equiparación de los productos y servicios obtenidos mediante un proceso productivo sin iguales garantías, o la participación de operadores en cuyos países de origen las licitaciones permanecen cerradas a europeos, no hacen sino perjudicar a los productores y empresarios de los Estados miembros. En el primer caso, se obliga a los operadores locales a asumir relevantes costes, derivados del estricto cumplimiento de las exigencias normativas establecidas en las más diversas áreas, sin internalizarse dichos costes por los competidores de terceros Estados. En el segundo de los supuestos se ofrece un amplio mercado a estos competidores extranjeros, el de la contratación pública, de modo que los mismos pueden expandirse, aumentar sus economías de escala y mejorar sus resultados, todo ello sin garantizarse un correlato a las compañías europeas.

No tomar en consideración esta realidad y no introducir medidas correctoras llevarían a la Unión a caer en un nocivo autoengaño. Y ello porque la obtención de rendimientos económicos a corto plazo, vinculados a la formulación de ofertas con precios más bajos, se produciría a costa de socavar la competitividad de las empresas europeas, fomentándose en paralelo la deslocalización de la producción.

A este respecto, el papel del sector público europeo es fundamental para garantizar que la imposición de deberes en materia de calidad, seguridad, medio ambiente o derechos sociales, no lastra en exceso la competitividad de nuestras economías. Para alcanzar esta meta debe reforzarse la perspectiva estratégica de la contratación pública, poniéndose el foco sobre el valor y no únicamente sobre el precio. Y es que los dirigentes y gestores públicos europeos no pueden permitirse ser “miopes”, pues los ahorros en costes de hoy pueden convertirse en cierres empresariales, recortes salariales o desempleo mañana.

Asimismo, debe recordarse el efecto tractor o arrastre del sector público quien, promoviendo adquisiciones de bienes y servicios de calidad, obtenidos respetando elevados estándares sociales y ambientales, serviría de ejemplo y

enviaría una inequívoca señal de compromiso al sector empresarial privado y a los consumidores europeos.

A la vista de estas consideraciones, los entes contratantes han sido provistos de un amplio abanico de posibilidades de actuación en relación con operadores o prestaciones con origen en Estados cuyos mercados de contratación permanecen cerrados. En este sentido, sin ánimo de exhaustividad, y sin perjuicio de lo que se prevea en los acuerdos internacionales aprobados al efecto, se ha vinculado la capacidad para contratar a la aplicación del principio de reciprocidad en las licitaciones, se ha puesto el acento sobre la promoción de la calidad y el respeto de elevados estándares medioambientales y sociales, se han establecido preferencias a favor de quienes abran sus mercados de contratación, o incluso se ha defendido la introducción de un sistema de incrementos artificiales en el precio de aquellas ofertas que integren prestaciones originarias de países donde existan restricciones.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALBA PACHECO, MARTA (2018): “Las ofertas anormalmente bajas: especial referencia a los criterios medioambientales” en LAZO VITORIA, XIMENA (Dir.), *Compra Pública Verde*, Atelier, Barcelona, pp. 145-162.

ANDERSON, ROBERT D. (2012): The Conclusion of the Renegotiation of the WTO Agreement on Government Procurement: What it Means for the Agreement and for the World Economy, *Public Procurement Law Review*, Vol. 3, Sweet & Maxwell, pp. 83-94.

ANDERSON, ROBERT D. y ARROWSMITH, SUE (2011): *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge University Press, Cambridge.

ANDERSON, ROBERT D. y YUKINS, CHRISTOPHER R. (2012): Opening Procurement Markets Internationally: An Update, and the Road Ahead, *GWU Law Scholl Legal Studies Research Papers*, núm. 2012-32, George Washington University.

ANDERSON, ROBERT D.; MÜLLER, ANNA CAROLINE; OSEI-LAH, KODJO y PELLETIER, PHILIPPE (2011): “Assessing the Value of Future Accessions to the WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Some New Data Sources, Provisional Estimates, and an Evaluative Framework for Individual WTO Members Considering Accession, *WTO Staff Working Paper*, núm. ERSD-2011-15, Organización Mundial del Comercio.

ARROWSMITH, SUE (2004): Public Procurement: An Appraisal of the Uncitral Model Law as a Global Standard, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 53, núm. 1, Cambridge University Press, pp. 17-46.

CANCINO GÓMEZ, RODOLFO (2010): El protocolo de adhesión de China a la organización mundial de Comercio (OMC): su naturaleza jurídica, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 281, UNAM, pp. 119-137.

CARBONI, CHIARA; IOSSA, ELISABETTA y MATTERA, GIANPIERO (2017): Barriers to public procurement: A review and recent patterns in the EU, *IEFE Working Paper Series*, núm. 92, IEFE-Bocconi, pp. 1-37.

CASIER, LIESBETH (2019): Canada's International Trade Obligations: Barrier or opportunity for sustainable public procurement? Unpacking Canada's WTO GPA and CETA commitments in relation to sustainable procurement, IISD Report, marzo/2019, International Institute for Sustainable Development.

CERNAT, LUCIAN y KUTLINA-DIMITROVA, ZORNITSA (2016): TTIP and Public Procurement: Going beyond the tip of the iceberg, *CEPS Policy Brief*, núm. 339, Centre for European Policy Studies.

CERNAT, LUCIAN y KUTLINA-DIMITROVA, ZORNITSA (2020): Public Procurement: How open is the European Union to US firms and beyond?, *CEPS Policy Insights*, núm. 04/2020, Centre for European Policy Studies.

CODINA GARCÍA-ANDRADE, XAVIER y CARRO DE MIGUEL, CARLOTA (2021): Liberalización y protección en el régimen de las inversiones extranjeras directas: desarrollos normativos recientes en Europa y en España, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 58, Iustel.

DECAUX, EMMANUEL (1980): *La réciprocité en droit international*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París.

DÍAZ BRAVO, ENRIQUE (2016): Los principios de la contratación administrativa: el acuerdo de asociación Chile-Unión Europea, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, núm. 22, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 177-194.

GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL (2017): La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública, *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 4, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 92-113.

GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2006): *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid.

GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2021): “Los objetivos de sostenibilidad e inclusividad de la Agenda de Naciones Unidas y su incidencia en la contratación pública. De las ideas a la acción” en ESTEVE PARDO, JOSÉ (Dir.), *La Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, pp. 67-100.

GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V. (2018): “La contratación pública en el Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)” en DESCALZO GONZÁLEZ, ANTONIO; MORENO MOLINA, ÁNGEL MANUEL y VAQUER CABALLERÍA, MARCOS (Coords.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1759-1774,

HECKSCHER, ELI (1919): “The effect of foreign trade on the distribution of income”, *Ekonomisk Tidskrift*, núm. 21, Hugo Gebers Förlag.

KONO, DANIEL Y RICKARD, STEPHANIE J. (2014): Think globally, buy locally: International agreements and government procurement, *The Review of International Organizations*, vol. 9, Springer, pp. 333-352.

KUTLINA-DIMITROVA, ZORNITSA (2018): Government procurement: Data, trends and protectionist tendencies, *DG TRADE Chief Economist Notes*, núm. 3/2018, Directorate General for Trade of the European Commission, pp. 1-27.

LEVITT, THEODORE (1960): *Marketing myopia*, *Harvard Business Review*, núm. julio-agosto, Harvard Business School Publishing, pp. 45-56.

LOWINGER, THOMAS C. (1976): Discrimination in Government Procurement of Foreign Goods in the U.S. and Western Europe, *Southern Economic Journal*, Vol. 42, núm. 3, Southern Economic Association, pp. 451-460.

MCAFEE, R. PRESTON y MCMILLAN, JOHN (1989): Government procurement and international trade, *Journal of International Economics*, vol. 26, núms. 3-4, Elsevier, pp. 291-308.

MEDINA ARNÁIZ, TERESA (2018): “Solvencia. Clasificación de las empresas (I) [artículos 74-78]” en MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL y BOCOS REDONDO, PEDRO (Dirs.), *Contratación del sector público local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 415-447.

MESSERLIN, PATRICK A. (2015): How Open Are Public Procurement Markets?, *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper*, núm. RSCAS 2015/89, Robert Schuman Centre for Advanced Studies.

MIRANZO DÍAZ, JAVIER (2020): The tension between global public procurement law and nationalist/populist tendencies: proposals for reform, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 7, núm. 2, Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, pp. 355-400.

MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO (2018): “El derecho europeo de los contratos públicos como marco de referencia de la legislación estatal” en GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 133-161, págs. 160 y 161.

MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO (2020): “Principios generales del derecho de la contratación pública internacional” en MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO (Dir.) y DÍAZ BRAVO, ENRIQUE (Dir.), *Contratación pública global: Visiones comparadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 19-42. MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO (2011): Derecho global de la contratación pública, Ubijus, Ciudad de México.

OHLIN, BERTIL (1933): *Interregional and International trade*, Harvard University Press, Cambridge.

ORTIZ VIDAL, MARÍA DOLORES (2019): “Contratación y exigencia de cláusulas sociales a empresas extranjeras” en PARDO LÓPEZ, MARÍA MAGNOLIA y SÁNCHEZ GARCÍA, ALFONSO (Dir.), *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos: guía práctica profesional*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 234-252.

PELLETIER, PHILIPPE (2014): La révision de 2012 de l’Accord de l’OMC sur les marchés publics: son contexte et les dimensions de son champ d’application, *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 51, University of British Columbia Press, pp. 99-164.

PERNAS GARCÍA, JUAN JOSÉ (2018): “El uso de las etiquetas ambientales en la contratación pública” en LAZO VITORIA, XIMENA (Dir.), *Compra pública verde*, Atelier, Barcelona, pp. 103-128.

PIGOU, ARTHUR C. (1920): *The Economics of Welfare*, Macmillan, Londres.

PIGOU, ARTHUR C. (1928): *A Study in Public Finance*, Macmillan, Londres, Parte II, Capítulo VIII.

RICARDO, DAVID (1817): *Principios de economía política y tributación*, John Murray, Londres.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, XAIME (2016): Los principios del derecho global de la contratación pública, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 179, pp. 29-54.

SMITH, ADAM (1776): *La riqueza de las naciones*, William Strahan & Thomas Cadell, Londres.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA y GÓMEZ FARIÑAS, BEATRIZ (2018): “Criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental” en LAZO VITORIA, XIMENA (Dir.), *Compra pública verde*, Atelier, Barcelona, pp. 19-101.

