

ÍNDICE

QUICIOS MOLINA, M^a S., *La adaptación del Derecho civil a la inteligencia artificial (Adapting civil law to artificial intelligence)* (Tribuna)..... 2-9

ASÚA GONZÁLEZ, C. I, *La visión jurisprudencial de la garantía a primer requerimiento (The jurisprudential view on the guarantee on first demand)*..... 10-44

GALICIA AIZPURUA, G., *Tutela cuantitativa de la legítima en el Código civil: cuestiones dudosas y jurisprudencia relevante (Quantitative protection to the forced share in the Civil Code: uncertain matters and relevant case law)* 45-79

GARCÍA PÉREZ, R., *Del uso a título de marca a la aplicación funcional del Derecho de marcas (o sobre cómo aplicar el Derecho de marcas de manera conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia) [Parte II] (From the Use as a Trade Mark to the Functional Application of Trade Mark Law (Or on how to apply Trade Mark Law in accordance with the case law of the European Court of Justice) [Second part])*.....80-113

SANCHO MARTÍNEZ, L., *Transparencia y abusividad en el contrato de fianza: la situación del fiador consumidor (Transparency and unfairness in the guarantee contract: the situation of the guarantor-consumer)*..... 114-152

GARCÍA VICENTE, J. R., *Crónica jurisprudencial (VII): septiembre – diciembre 2023*..... 153-172

LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO CIVIL A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Adapting civil law to artificial intelligence

Cómo citar / Citation

Quicios Molina, M^a S. (2023).
La adaptación del Derecho civil a la inteligencia artificial (Tribuna)
Cuadernos de Derecho Privado, 7, pp. 2-9
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.48>

Resumen

En las XXII Jornadas de la Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil se presentaron doce ponencias, de especialistas en la materia, en las que se analizan las dificultades para resolver los problemas que plantea la inteligencia artificial, cuando incide en la celebración o ejecución de los contratos o cuando su uso causa daños. Distintos conceptos de la teoría general de los contratos y la responsabilidad extracontractual se revisan con rigor para responder al mayor reto al que nos enfrentamos en la actualidad como juristas: la adaptación del Derecho civil a la inteligencia artificial.

Abstract

Twelve papers were presented at the 22nd Conference of the Association of Civil Law Lecturers, by specialists in the field, analyzing the difficulties in resolving the problems posed by artificial intelligence, when it affects the execution and performance of contracts or when its use causes damage. Different concepts of the general theory of contracts and tort liability are rigorously reviewed in order to respond to the greatest challenge we are currently facing as jurists: the adaptation of civil law to artificial intelligence.

1. Las XXII Jornadas de la Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil, celebradas en Granada los pasados 19 y 20 de octubre, tuvieron por objeto de estudio la inteligencia artificial, con dos sesiones dedicadas, respectivamente, al Derecho de contratos y a la responsabilidad extracontractual. En esta Tribuna me propongo hacer una breve reseña de las ponencias presentadas, cuyo envío por escrito a sus miembros, con la suficiente antelación, hay que agradecer a los ponentes y a la Junta Directiva. El 21 de octubre tuvo lugar la Asamblea que aprobó el cambio de nombre de nuestra

Asociación, para incluir expresamente a las profesoras de Derecho Civil, acuerdo que celebro por su valor simbólico.

El tema elegido de las Jornadas de otoño no puede ser más atinado. Regular con acierto la incidencia de la inteligencia artificial en las distintas instituciones sociales es el mayor reto jurídico al que nos enfrentamos en el momento histórico presente. En Granada se avanzó en la necesaria adaptación del Derecho de contratos y del Derecho de daños, sobrevolando sobre varias ponencias la cuestión del reconocimiento, o no, de personalidad a esta nueva realidad. Porque, entre otras consideraciones de diversa índole incluida la filosófica, las soluciones a los problemas planteados serían distintas en el caso de que hubiera un patrimonio que pudiera considerarse propio del sistema de inteligencia artificial, ajeno a la persona física o jurídica que lo crea, con el que responder de sus deudas (artículo 1.911 del Código civil).

En esta Tribuna del mes de diciembre de 2023, en que hemos conocido el acuerdo alcanzado por el Consejo y el Parlamento europeos sobre las primeras normas del mundo en materia de inteligencia artificial que contendrá el futuro Reglamento de Inteligencia Artificial, resulta todavía más oportuno dar noticia de los trabajos, serios y rigurosos, realizados por los colegas que tuvieron el honor de intervenir en Granada. Porque se pretende regular la inteligencia artificial en la medida en que esta pueda dañar a la sociedad, partiendo del principio de que, a mayor riesgo, normas más estrictas. El proyecto de Reglamento europeo persigue garantizar que los sistemas de inteligencia artificial introducidos y utilizados en la Unión sean seguros y respeten los derechos fundamentales, a la vez que se estimula la inversión y la innovación en este ámbito.

La complejidad del empeño es enorme, para empezar por la dificultad de aprehender la realidad de la inteligencia artificial, de los algoritmos (más o menos autónomos). Ni siquiera hay una definición única de inteligencia artificial. Podemos partir de la contenida en la propuesta de Reglamento de 14 de junio de 2023, del Parlamento europeo, que la identifica como un sistema basado en una máquina diseñada para operar con varios niveles de autonomía y que puede, para objetivos explícitos e implícitos, generar resultados como predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en entornos físicos o virtuales. Y hay muchos tipos de inteligencia artificial, desde sistemas de riesgo mínimo o bajo riesgo, que son los que suelen emplearse en la contratación para automatizar procesos, hasta sistemas de alto riesgo, por su elevado potencial de

generación de daños y que también encontramos en el ámbito contractual (por ejemplo, sistemas de IA empleados en el cumplimiento de contratos de servicios médicos).

El reto es muy ilusionante, siempre que la doctrina esté bien armada con los conceptos jurídicos necesarios.

2. Las ponencias presentadas en la primera sesión de las Jornadas fueron coordinadas por la profesora Susana Navas, que inauguró la sesión del día 19 con la titulada “Deshumanizando al contrato: una mirada desde la inteligencia artificial”. Con carácter introductorio, se exponen las cuestiones controvertidas cuando se aplica, en las distintas fases de la vida del contrato (preparación, celebración y ejecución), la inteligencia artificial; en particular, los sistemas basados en *machine learning* (aprendizaje automático), *deep learning* y procesamiento del lenguaje natural, que automatizan la elección de la contraparte y la personalización de los elementos del contrato, así como la negociación y el cumplimiento del contrato. La pretensión de la ponente es mostrar los desafíos a los que se enfrenta el Derecho de contratos ante la revolución tecnológico-artificial, que puede cambiar la fisonomía de la contratación privada. Su conclusión es rotunda: la disrupción tecnológica y legal que implica la IA puede resumirse con la expresión *contract may be code*, que debe incitar a los juristas a diseñar nuevos planes de estudios del Grado de Derecho que contemplen plenamente la IA, sin ir a rebufo de ingenieros que creen grados de IA donde se introduzcan la regulación jurídica y los aspectos éticos.

Las cuestiones abordadas por los miembros de la Asociación elegidos para redactar el resto de las ponencias, que desarrollan aspectos apuntados por la profesora Navas como los vicios del consentimiento que pueden resultar aplicables si con la IA se explotan vulnerabilidades, existen sesgos en el algoritmo o se omite información relevante (los clásicos error y dolo), se conectan tanto con la teoría general de los contratos como con determinados contratos en particular, especialmente sensibles a la inteligencia artificial.

Así, el profesor Francisco Pertíñez analiza la formación del contrato, los vicios del consentimiento y la interpretación en la contratación con y entre sistemas de inteligencia artificial. Resulta muy sugerente su punto de partida: “Si la tecnología permite que se realicen acuerdos en los que no intervengan dos voluntades humanas, los juristas tendremos que plantearnos si [...] negamos la consideración de contrato

generador de obligaciones a estos acuerdos entre máquinas o si, por el contrario, construimos un nuevo concepto de contrato que ya no sea necesariamente el acuerdo entre dos voluntades”. Ello le lleva a reflexionar sobre el papel que desempeña la voluntad en la existencia del contrato, mayor o menor dependiendo del sistema de inteligencia artificial empleado, y a iniciar una revisión de instituciones íntimamente relacionadas con la voluntad, como los vicios del consentimiento (el autor apunta también a la interpretación o a la ilicitud de la causa).

La profesora Isabel Espín se enfrenta a la formación de la voluntad artificial desde la perspectiva de los sesgos discriminatorios que pueden afectar a la toma de decisiones automatizadas en la contratación, con una incidencia decisiva en la protección de datos personales. Muy en la línea de la propuesta de Reglamento comunitario impulsada en estos meses de diciembre por el Consejo y el Parlamento europeos, la autora anuncia que adopta como línea argumentativa “la visión de una ética de la inteligencia artificial proactiva (precaución y anticipación de los riesgos y de sus consecuencias ilícitas), comprometida con el desarrollo de las tecnologías [...] y dirigida a buscar soluciones normativas centradas en los derechos de las personas, principalmente de sus derechos fundamentales”.

La influencia de la inteligencia artificial en la redacción e interpretación de contratos, y en particular el empleo de la herramienta del diseño legal (*Legal Desing*), fue tratada por la profesora Elena Vicente, firme defensora de sus bondades, si bien no considera posible un contrato compuesto exclusivamente por imágenes. Muy sensata es su afirmación de que el principio de autonomía de la voluntad, contenido en el artículo 1255 del Código civil, permite incorporar, junto a las palabras, imágenes con significado legal en el contrato, si bien los juristas deberán advertir a los diseñadores de los límites de la libertad contractual. Y también son compartibles sus reflexiones sobre el recurso a los artículos 1281 y siguientes del Código civil para interpretar contratos en los que se incluyen imágenes.

Para cerrar las cuestiones de teoría general, la profesora Patricia Escribano enhebró algunas cuestiones sobre responsabilidad contractual derivadas de la automatización del cumplimiento de contratos mediante inteligencia artificial, partiendo de la distinción entre sistemas de inteligencia artificial que son meros instrumentos de las partes contratantes, con una autonomía limitada (deberá, entonces, responder quien utiliza

el sistema), y sistemas de inteligencia artificial que tienen autonomía y cabe considerar, en consecuencia, como parte del contrato. En este caso son los artículos 1101 y siguientes del Código civil, y los conceptos de culpa contractual y caso fortuito, los que han de repensarse, para intentar adaptarlos a las nuevas realidades tecnológicas.

Por último, el uso de la inteligencia artificial en los servicios de telemedicina, y en concreto su marco normativo y la responsabilidad contractual derivada, se encargaron a la profesora Raquel Luquín, que con rigor analiza las singularidades de la relación médico-paciente en el nuevo paradigma de e-Health (como el *facere* prometido o la transformación de un contrato *intuitu personae* en una contratación en masa) y la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de la prestación de servicios de salud digital con intervención de sistemas de inteligencia artificial.

3. En la sesión del viernes 20 de octubre se presentaron las ponencias sobre responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial, cuya coordinación se había encargado a la profesora Raquel Evangelio.

La primera ponencia corrió a cargo de la profesora M^a Luisa Atienza, que introdujo el estado de la cuestión de la responsabilidad civil por daños causados por sistemas de inteligencia artificial. Su pregunta de partida centraba perfectamente el asunto: ¿es necesaria una regulación nueva para los daños derivados del uso de inteligencia artificial? Para darle respuesta, desarrollaba la alternativa legislativa ante la que nos encontramos, que pasa por elegir entre la posible aplicación de regímenes de responsabilidad civil ya existentes o bien la creación de un nuevo régimen de responsabilidad civil para los daños causados por inteligencia artificial. Alternativa que planea sobre las propuestas de la Unión Europea, bien sintetizadas en este estudio. A modo de reflexión concluía la profesora Atienza que la mera utilización de la inteligencia artificial no es motivo suficiente para cambiar el fundamento de la responsabilidad civil y dar una regulación homogénea para todo tipo de actividades en las que se emplee. Premisa, como señalaba la ponente, de la que parece haber partido la legislación comunitaria al fundar, en definitiva, la responsabilidad derivada de la inteligencia artificial en la culpa, con expedientes que permitan aligerar la carga de probatoria de las víctimas de los daños, sin excluir la responsabilidad objetiva en ámbitos donde proceda prescindir de la culpa del causante de los daños.

En esta materia de la responsabilidad subjetiva y objetiva en las propuestas legislativas europeas sobre responsabilidad civil aplicables a la inteligencia artificial, en las paradojas que la IA plantea en ambos sistemas de responsabilidad, profundizó el profesor Fernando Peña con su habitual lucidez. Su enfoque se adentra, con profundidad, en la descripción de los problemas a los que se enfrenta la regulación futura, y ofrece una valoración de las ventajas e inconvenientes de las distintas opciones normativas tomadas en consideración por la doctrina comparada para, a partir de ahí, comprobar cuáles son las acogidas por el legislador comunitario y analizar su eventual coherencia con los objetivos perseguidos. Una característica crucial para abordar los criterios de imputación en esta materia es, como bien advierte el ponente, la capacidad que tienen los sistemas sofisticados de inteligencia artificial para aprender y desarrollar sus habilidades con el tiempo. En definitiva, para actuar con autonomía, que es el punto de inflexión a tener en cuenta en un nuevo sistema de responsabilidad civil, pues como ilustra la profesora Cristina Gil, autora de la siguiente ponencia centrada en la opacidad del algoritmo y el efecto de la “caja negra” (primera parte del análisis sobre la causalidad encargado para las Jornadas), “cuando un robot quirúrgico sea capaz de tomar sus propias decisiones sin intervención humana -a los efectos de su regulación- implicará un antes y un después en la responsabilidad civil por los daños que cause la máquina”.

La opacidad inherente a los sistemas de inteligencia artificial complejos (o fuertes), que impide conocer completamente por qué el sistema ha adoptado la decisión generadora de daños, dificulta la determinación de la causa de dichos daños (también de la posible negligencia) y, en consecuencia, del responsable. De esta ponencia me parece particularmente interesante el acercamiento al problema de decidir qué nivel de transparencia en el conocimiento del funcionamiento de los distintos sistemas puede resultar exigible legalmente, e identificar los supuestos en los que ha de excluirse el uso de sistemas opacos en la toma de decisiones automatizadas (por ejemplo, decisiones judiciales o administrativas). Un buen ejemplo, citado por la ponente, es el de la Sentencia de 5 de febrero de 2020 del Tribunal de Distrito de la Haya, que considera carente de transparencia, y por ello vulnerador del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Sistema de Indicación de Riesgos utilizado por el gobierno neerlandés para prevenir y combatir el fraude en la seguridad social, basado en la asignación de un nivel de riesgo en atención al perfil determinado por un algoritmo que procesa una gran cantidad de información.

El elemento clásico de la causalidad, aplicado a la responsabilidad por daños causados por inteligencia artificial, se completa con la ponencia presentada por la profesora Raquel Evangelio, centrada en las presunciones de causalidad en las propuestas normativas de la Unión Europea (fundamentalmente, las Propuestas de Directiva de 28 de septiembre de 2022, una sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y la otra relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial, minuciosamente trabajadas por la ponente en la última parte de su capítulo). Resulta muy clara la exposición de las características de los sistemas de inteligencia artificial (complejidad, opacidad, apertura, autonomía, imprevisibilidad, dependencia de los datos, vulnerabilidad) que dificultan la identificación de la relación de causalidad que ha de existir para imputar, al responsable, los daños sufridos por una persona. E igualmente iluminador es el desarrollo, partiendo de dichas características, del doble nexo de causalidad que requiere el supuesto de hecho (dada la falta de atribución de personalidad jurídica a la inteligencia artificial): el que une el resultado dañoso con el sistema de inteligencia artificial (por ejemplo, un robot camarero que tira un plato de sopa caliente encima de un cliente y le causa quemaduras) y el que une a éste con la acción u omisión de una persona (por ejemplo, el fabricante o el propietario del robot, el dueño del restaurante, etc.).

Sobre los daños indemnizables causados por sistemas de inteligencia artificial, menos interesantes hasta ahora para la doctrina, reflexiona el profesor Antonio Rubí. Su planteamiento es impecable: para no trasladar sin más las cuestiones generales sobre el daño indemnizable al ámbito de la inteligencia artificial, procede responder a las preguntas siguientes: “¿presentan los daños generados o generables por sistemas de inteligencia artificial alguna característica especial que trastoque de algún modo el derecho de daños?; ¿generan los sistemas de inteligencia artificial categorías de daños y perjuicios idiosincráticos o hacen algunos de ellos más conspicuos?; ¿se encarga la regulación vigente o *in fieri* sobre los sistemas de inteligencia artificial de normar de algún modo el concepto o la tipología de los daños indemnizables?”. Y el profundo tratamiento que hace el ponente de las particularidades (y, sobre todo, no particularidades), fácticas y normativas, que podemos encontrar al respecto resulta verdaderamente revelador para el lector.

Se cerraron las Jornadas con la ponencia del profesor Gabriel Macanás, titulada “Mutualización de los riesgos generados por los sistemas de inteligencia artificial”, que

es una opción a tener en cuenta motivada por las imprevisibles consecuencias dañosas de los sistemas autónomos de inteligencia artificial, cuya deriva futura se desconoce a día de hoy. Como advierte también el ponente, “a la incertidumbre intrínseca de las IAs se podría añadir la incertidumbre legislativa derivada de la difícil ordenación de un sistema de responsabilidad excesivamente complejo, y en un marco normativo novedoso, de una fragmentación territorial notable, en el que pueden participar demasiados intervinientes en una cadena causal especialmente frágil”. Y si se asume la mutualización de los daños inciertos que pueden producir los sistemas de inteligencia artificial, efectivamente cabe pensar en una aseguración obligatoria de tales daños (como se ha planteado en alguna iniciativa comunitaria europea), no exenta de problemas, con un fondo de garantía que pudiera complementar al seguro obligatorio.

4. En conclusión, la publicación de todas estas ponencias por la Asociación será un momento muy esperado por la doctrina y los operadores jurídicos, porque sin duda contribuirán a cimentar correctamente la imprescindible adaptación del Derecho civil a los desafíos que plantea la irreversible inteligencia artificial.

LA VISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO¹

The jurisprudential view on the guarantee on first demand

CLARA I. ASÚA GONZÁLEZ

clara.asua@ehu.eus

Catedrática de Derecho Civil

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

Cómo citar / Citation

Asúa González, C. I. (2023).

La visión jurisprudencial de la garantía a primer requerimiento

Cuadernos de Derecho Privado, 7, pp. 10-44

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.49>

(Recepción: 14/11/2023; aceptación tras revisión: 28/12/2023; publicación: 31/12/2023)

Resumen

En el trabajo se realiza un análisis de la jurisprudencia relativa a la garantía a primer requerimiento (el comúnmente denominado aval a primer requerimiento). Los aspectos en los que se incide son los habituales en el estudio de la garantía autónoma: su naturaleza, las excepciones oponibles por parte del garante y las posibilidades de reembolso, especialmente cuando el acreedor beneficiario ejecutó la garantía injustificadamente.

Palabras clave

Garantía a primer requerimiento; excepciones; *exceptio doli*; reembolso; subrogación.

Abstract

This paper analyses the jurisprudence regarding the guarantee on first demand. The issues addressed in this work are the common ones in the study of the autonomous guarantee: its nature, the defences that can be raised by the guarantor, and the possibilities of reimbursement, especially when the creditor-beneficiary enforced the guarantee unjustifiably.

Keywords

Guarantee on first demand; defences; fraud exception; reimbursement; subrogation.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. LA ACEPTACIÓN DE LA GARANTÍA AUTÓNOMA Y SU UBICACIÓN EN LA ATIPICIDAD. III. ¿CUÁNDO SE TRATA DE UNA GARANTÍA

¹ Esta publicación se enmarca en el Proyecto de I+D+i 2020-119816GB-I00 *Las garantías personales en el ordenamiento civil español: claroscurios sustantivos y concursales* financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033, y en el Grupo de Investigación Consolidado GIC IT-1445-22 (Gobierno Vasco) *Persona, familia y patrimonio*, de los que es IP el Profesor G. Galicia Aizpurúa.

A PRIMER REQUERIMIENTO? IV. LAS EXCEPCIONES. IV.1. El punto de partida: extremos oponibles e inoponibles. IV.2. La *exceptio doli*. Legitimación para esgrimir el abuso (referencia a las medidas cautelares). IV.3. Excepciones relativas a la garantía misma. V. REGRESO Y SUBROGACIÓN. VI. LA LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR CONTRA EL BENEFICIARIO QUE HA COBRADO INDEBIDAMENTE. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. INTRODUCCIÓN

I.- Entre nosotros, garantía a primer requerimiento (o a primera demanda) es sinónimo de garantía autónoma o independiente (estos términos también se usan indistintamente). Garantía autónoma en el sentido de que, frente a la reclamación del beneficiario, el garante no puede alegar circunstancias relativas a la relación que liga al deudor garantizado con el beneficiario (relación de valuta o relación subyacente); no puede oponer, por tanto, extremos atinentes a la eficacia de esa relación o al cumplimiento de la obligación, pero tampoco circunstancias que afectan a la propia garantía por consideración a la relación garantizada. De ahí que sea una constante en nuestra jurisprudencia señalar que las únicas excepciones que pueden oponerse son las relativas a la *garantía misma*.

Sin embargo, el rasgo más definitorio de una garantía autónoma, la imposibilidad de invocar razones de oposición correspondientes a la relación de la valuta, no tiene un valor absoluto. La razón reside en que la construcción de la garantía no accesoria siempre ha venido acompañada de la idea de que, en algunos casos (se alude al dolo, al fraude y al abuso de derecho), no debería ampararse la reclamación del beneficiario y estaría justificada la oposición a la misma. Es lo que se viene conociendo como *exceptio doli*, y su admisión supone que, finalmente, circunstancias relativas a la obligación garantizada puedan ser opuestas.

Se trata de garantías² prestadas por entidades bancarias o por aseguradoras (la cláusula a primer requerimiento o similar se puede enmarcar en un seguro de caución), garantizando a empresarios³ frente a otros empresarios. Desarrolladas en el comercio

² Puede verse una valoración general sobre los intereses de los implicados en: Carrasco Perera (1992: 9 ss.); Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 505); Infante Ruiz (2004:496 ss.); Espigares Huete (2006: 113 y ss.); Bustillo Saiz (2014: 29 y ss.).

³ Sobre la inadmisibilidad de la garantía autónoma prestada por consumidores o para garantizar deudas de consumidores: Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 513); Busto Lago (2013: 4756 y 4757).

internacional⁴, se han asentado también en el ámbito interno⁵, y es precisamente la visión jurisprudencial al hilo de los conflictos que se plantean en tal ámbito lo que constituye el objeto fundamental de este trabajo. Se trata de supuestos de estructura más simple por lo que hace a los sujetos concernidos, porque en una garantía internacional de ordinario el banco pagador es un delegado de aquel a quien el ordenante ha mandatado la emisión de la garantía⁶; sin embargo, en las garantías internas el beneficiario se dirige contra el garante mandatado por el ordenante. En ambos casos lo habitual es que el ordenante sea el deudor garantizado, de modo que ambas denominaciones se usarán indistintamente.

Lo propio de estas garantías es que se fije su periodo de vigencia, la cantidad que puede cobrar el beneficiario (o un máximo dentro de cuyos márgenes pueda reclamarse) y los requisitos que deban acompañar a la reclamación (afirmación de incumplimiento, reclamación al deudor garantizado, requerimiento resolutorio, previa excusión de otras garantías, informes de terceros afirmando el incumplimiento, etc.). Lo determinante de la garantía autónoma es que, a salvo la *exceptio doli*, no proceden alegaciones sobre la *verdad de fondo* de extremos relativos a la relación de valuta.

II.- Como se suele poner de manifiesto⁷, en las garantías a primer requerimiento el incumplimiento puede jugar distintos papeles. Las llamadas de *tipo caucional* se establecen en previsión de un incumplimiento, pero ese incumplimiento no forma parte del supuesto de hecho de la garantía. Vienen a sustituir a un depósito caucional y se trata de que el acreedor esté en mejor posición para el caso de que se produzca un incumplimiento; de ahí que para exigir las no haya de afirmarse el incumplimiento. En la garantía de cumplimiento propiamente dicha, el incumplimiento sí forma parte del supuesto de hecho de la misma; por eso el acreedor que la ejecuta lo hace afirmando que

⁴ Las Reglas Uniformes de las Garantías a Demanda (RGUD 758, de 2009, que sustituyen a las RUGD 458, de 1991) ofrecen un modelo para las partes que se sometan a las mismas. La Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingentes de 1995 regirá, en su ámbito de aplicación, en defecto de pacto. Al respecto: Díaz Moreno (1993: 151 ss.; 1996: 1113 ss.; 2005: 103 ss.); San Juan Crucelaegui (2004: 337 ss.); Busto Lago (2006: 58 ss.); Espigares Huete (2006: 184 ss.); Bustillo Saiz (2014: 48 ss.); Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 480 ss.).

⁵ Se refieren al aval solidario y pagadero a primer requerimiento los arts. 64.2, 449.5, 529.3 (al que se remiten los arts. 700, 728 y 747) LEC. El art. 19.3.b) LOE señala que en la garantía mediante seguro de caución el asegurador asume el compromiso de indemnizar al asegurado al primer requerimiento. En los arts. 24 y 29 del Reglamento de la Caja General de Depósitos (RD 937/2020) se sienta que las garantías mediante aval y seguro de caución serán a primer requerimiento.

⁶ Sobre su funcionamiento: Sánchez-Calero Guilarte (1995: 231 ss.) Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 477); San Juan Crucelaegui (2004: 238 y 239); Busto Lago (2013: 4800); Espigares Huete (2006: 201 y 202).

⁷ Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 494, 504 y 504); Espigares Huete (2006: 90 ss.).

se ha producido el incumplimiento (otra cosa es que, a salvo la *exceptio doli*, ello no se pueda contestar por el garante). Las consideraciones que se realizan en este estudio se refieren a la garantía de cumplimiento propiamente dicha, la que persigue poner a cubierto al acreedor de las consecuencias del incumplimiento y que, cumplida por parte del garante, libera al deudor. Es a la que se refieren casi todas las resoluciones judiciales. Ello no obsta para que buena parte de lo que aquí se diga sirva también cuando se trate de una garantía de tipo caucional, pero no haremos matizaciones al respecto⁸.

III.- A la hora del establecimiento de la garantía se han podido utilizar los términos *fianza*, *aval*, *garantía*, varios de ellos o incluso ninguno. El que mayoritariamente se considere que se trata de un contrato atípico⁹ (pues se asume que la superación de la accesoriedad le aleja irremediabilmente de la fianza) determina que tienda a hablarse de aval a primer requerimiento. Otra buena muestra de la generalización del término aval. Nosotros no haremos cuestión de la terminología, si bien a menudo se utilizará el genérico: *garantía*. Aunque en la redacción de los términos de la garantía se ha ido progresivamente evitando el término *fianza*, como luego razonaremos no habría especial inconveniente en que se nomine así. En todo caso procede ya avisar de que, si aquí se habla de *garantía* a primer requerimiento, no se está haciendo referencia (ni, en mi opinión, debe pensarse en hacerlo) a una figura con un régimen distinto (y que suponga la aceptación de los rasgos de la construcción alemana, y con recepción en Italia, del contrato de *garantía*) de lo que sería una *fianza* no accesoría (entendiendo por tal aquella

⁸ Algunas pueden verse respecto de la *exceptio doli* en Espigares Huete (2006: 259 ss.).

⁹ Atipicidad que no es claro que pueda predicarse del seguro de caución cuando se incluye la fórmula a primer requerimiento (o similar). En la STS de 14 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7878) se habla de una operación compleja, admisible con fundamento en el art. 1255 CC, pero llamativo es que todo el empeño se centrara en señalar las diferencias con la fianza. En las SSTS de 30 de marzo de 2000 (RJ 2000/2314) y de 5 de julio de 2000 (RJ 2000/6010) se afirma que se trata de una figura distinta de la fianza o del seguro de caución. En la STS de 17 de abril de 1992 (RJ 1992/3031), en un caso en el que en la póliza se señalaba que se entendería producido el siniestro cuando el asegurado requiriera a la Compañía el pago de la totalidad o parte del capital asegurado, se afirma que el seguro es un seguro de caución. En la STS de 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10438) se considera que «La inserción de una cláusula de aval a primera demanda, a modo de complemento de la póliza suscrita, no desnaturaliza el contrato de seguro de caución transformándolo en un contrato autónomo de garantía...» (FD Tercero). En la STS de 12 de julio de 2001 (RJ 2001/5159) se dice «...que lo pactado fue una especie de seguro de caución con la inserción de una cláusula de “garantía a primer requerimiento”» (FD Séptimo). En la STS de 29 de abril de 2002 (RJ 2002/5109), no se cuestiona la compatibilidad del seguro de caución con la fórmula de pago de las indemnizaciones a requerimiento del asegurado, sin necesidad de conformidad del tomador y sin detenerse a considerar si dicho requerimiento pudiera ser injustificado; si bien se señala: «Aunque la naturaleza jurídica de las operaciones del tipo de la de autos sea discutida y las denominaciones que se les atribuyen sean diversas, los avales a primer requerimiento están plenamente admitidos, por constituir garantías de carácter personal atípicas que se establecen al amparo del principio de autonomía de la voluntad, cuya vigencia en el ámbito de la contratación reconoce el artículo 1255 del CC» (FD Quinto).

en la que, ante la reclamación del acreedor beneficiario, el garante no pueda alegar circunstancias relativas a la relación subyacente: arts. 1824, 1847, 1853 CC). Sin embargo, la acogida de los rasgos de la garantía a primer requerimiento al modo alemán (con los rasgos del *Garantievertrag*¹⁰) ha sido generalizada en la doctrina española; la diferencia ha radicado en si ese era el único modelo para una garantía autónoma¹¹, o si, además, cabría una fianza no accesoria¹². Luego nos referiremos a la diferencia de efectos entre ambas figuras.

Por lo demás, el asiento en la atipicidad, no exime de la necesidad de plantearse la aplicabilidad de reglas relativas a la garantía de cumplimiento que el legislador ha plasmado en sede de fianza y que son ajenas a la accesoriidad.

IV.- Hemos apuntado ya algunas de las cuestiones relevantes en lo que hace al régimen material de una garantía de cumplimiento a primer requerimiento: el juego de la *exceptio doli* y de las excepciones relativas a la garantía misma. El panorama de ese régimen material se completaría con el análisis de las excepciones propias del garante en su relación con el beneficiario, y, sobre todo, con lo relativo al reembolso por parte del garante que ha satisfecho el importe de la garantía: regreso y subrogación frente al deudor garantizado y eventual repetición frente al beneficiario. Como se verá, si la jurisprudencia no es demasiado prolífica en lo que hace a los tres primeros extremos, menos aún lo es por lo que respecta al reembolso.

Fuera ya de lo que constituye el régimen material de la figura, el estudio jurisprudencial resulta interesante para determinar cuándo se viene entendiendo que estamos ante una garantía autónoma o independiente. El análisis de las fórmulas utilizadas y la interpretación al respecto permite evaluar el grado de *naturalidad* y *neutralidad* en la aceptación de la figura. Podemos adelantar ya la impresión de que, en general, no ha habido una interpretación reticente o tendente, por principio o prejuicio, a requerir determinadas fórmulas para ubicar la garantía en el plano autónomo y sustraerla de una eventual accesoriidad *preferente*. Aunque ciertamente ese prejuicio sí ha existido (y no

¹⁰ Sobre la figura, *vid.* CARRASCO PERERA (1992: 24 ss.); ALBIEZ DOHRMANN (1996: 1802 ss.); INFANTE RUIZ (2004: 427 ss.). Para un panorama detallado sobre la doctrina y jurisprudencia alemanas: STÜRNER (2020: Rn 202-395) y HABERSACK (2020.a: Rn 18-46).

¹¹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (1995: 106 y 107); ALBIEZ DOHRMANN (1996: 1834-1836); SAN JUAN CRUCELAEGUI (2004: 225 y 226).

¹² DÍAZ MORENO (1993: 158 y 159); CAMACHO DE LOS RÍOS (1994: 397); NÚÑEZ ZORRILLA (2001: 39 ss. y 306); INFANTE RUIZ (2004: 575 y 576); ESPIGARES HUETE (2006: 73 ss. y 137 ss.; 2021: 164); BUSTO LAGO (2006: 139 ss.; 2013: 4747).

se puede calibrar si ello ha tenido influencia en la flexibilidad al interpretar el tenor de las garantías) al configurar el propio régimen *autónomo*, pues durante mucho tiempo se afirmó que el aval a primer requerimiento solo implicaba un traslado de la carga probatoria, del beneficiario al garante, sobre los extremos relativos a la relación subyacente. En todo caso, y más allá de los términos usados, el asunto de la delimitación de cuándo estamos ante una garantía autónoma ha vuelto a cobrar singular importancia al hilo de la STS de 5 de abril de 2019 (RJ 2019/1281), que sorprendentemente ha considerado que la mención del contrato y su incorporación al pactar la garantía conducía inexorablemente a la accesoriedad. Se entiende así que una garantía, para ser autónoma o no accesoría, debe abstraerse formalmente de la obligación garantizada. No debe hacerlo. No en el sentido al que se refiere el Alto Tribunal. Sería algo francamente *ortopédico* y, a la postre, un contrasentido, pues la garantía de la que hablamos lo es frente al incumplimiento de una concreta obligación; y una cosa es que el acreedor, cumpliendo los requisitos y formalidades que se hayan establecido, pueda dirigirse contra el garante sin que quepa (a salvo la *exceptio doli*) oponerle extremos relativos a la relación de valuta, y otra que esos extremos sean irrelevantes en la composición final de intereses.

II. LA ACEPTACIÓN DE LA GARANTÍA AUTÓNOMA Y SU UBICACIÓN EN LA ATIPICIDAD

I.- En todos los sistemas considerados causalistas se ha razonado sobre si la falta de accesoriedad atentaba contra una *exigencia causal*¹³. Pero al margen de ese debate¹⁴ la oposición frente a una garantía no accesoría también se vinculó al carácter imperativo *general* de la accesoriedad. Esto es lo que alienta los pronunciamientos de las SSTS de 2

¹³ Con independencia de la concepción asumida en torno a la causa, resulta pacífico en la doctrina que la accesoriedad es ajena a las exigencias causales del sistema (a los intereses que se sustancian en la confusa regulación de los arts. 1274-1277 CC): Carrasco Perera (1992: 177 ss.); Infante Ruiz (2004: 509 ss.); Sánchez-Calero Guilarte (1995: 135 y 296 ss.); NÚÑEZ ZORRILLA (2001: 123 ss.); San Juan Crucelaegui (2004: 166 ss.); Busto Lago (2006: 64 ss.); Espigares Huete (2006: 151 ss.); Bustillo Saiz (2014: 204 ss.); Marimón Durá (2021: 224 ss.). La jurisprudencia relativa a las garantías autónomas en general se ha mantenido al margen de las cuestiones causales. En alguna decisión, sin embargo, se hace mención al tema en un sentido más restrictivo. Así en la STS de 19 de mayo de 2016 (RJ 2016/2279), tras señalarse que la imposibilidad sobrevenida no afectaría a la validez de la relación garantizada, se dice (dando la impresión de que ejecutar la garantía en caso de nulidad de la relación subyacente contravendría el art. 1275 CC): «Precisamente, la existencia y validez de la obligación justifica la causa de la garantía establecida, de forma que tampoco puede sustentarse el carácter propiamente abstracto del aval a primer requerimiento en contra de lo dispuesto por el citado precepto».

¹⁴ Aunque, en la lógica de la causa del negocio, la vulneración de una norma imperativa (si lo fuera la exigencia de accesoriedad en una garantía de cumplimiento) también se ha reconducido a la causa ilícita: De Castro y Bravo (1971: 245).

de octubre de 1990 (RJ 1990/7464) y de 15 de abril de 1991 (RJ 1991/ 2693) rechazando la falta de accesoriedad¹⁵, aunque lo cierto es que, sin negar la existencia de un prejuicio teórico, en ambos supuestos se daban circunstancias bien para descartar la autonomía¹⁶ o bien para hacerla *de facto* de difícil operatividad¹⁷. En todo caso, la consideración de la accesoriedad de la fianza como impeditiva del establecimiento de una garantía autónoma no carecía de coherencia, porque, como se ha hecho notar¹⁸, llama la atención el empeño en estimar imperativa la accesoriedad en la figura típica para después aceptar con naturalidad la ausencia de la misma configurando una garantía no accesoria al amparo de la autonomía de la voluntad (y a la que tendencialmente se aplicarían aquellos preceptos del régimen de la fianza que no tuvieran que ver con la accesoriedad).

Sin embargo, la línea de *oposición* más duradera, y sin duda la más incongruente, ha sido la que, haciendo ya protestas de admisión del aval a primera demanda y hablando de autonomía e independencia, terminaba por señalar (invocando, bien conjuntamente o bien una u otra, la buena fe y la interdicción del enriquecimiento injustificado) que la figura se sustanciaba, sin más matices, en una simple inversión de la carga de la prueba. Ello significaba que la garantía seguía siendo plenamente accesoria y que el único plus en favor del beneficiario era que la duda respecto de si se había producido incumplimiento

¹⁵ En la STS de 2 de octubre de 1990 (RJ 1990/7464) se señala (FD Tercero): «Conviene recordar que el contrato de fianza es definido por el C. Civil, como aquél por virtud del cual “se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste», aclarándose seguidamente que «el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiera obligado a más, se reduciría su obligación a los límites de la del deudor” (arts. 1822 y 1826).// La pretendida interpretación que el recurrente hace en el desarrollo del motivo, no sólo violenta los preceptos legales que acabamos de citar, sino que incluso desnaturaliza el contrato de fianza, convirtiéndolo en un simple reconocimiento de deuda, al pretender que el avalista venga obligado a pagar siempre y en todo caso, cualquiera que fuesen las obligaciones afianzadas; supuesto que no puede ser el de autos, por mucha amplitud o sentido interesado que quiera dársele a las expresiones “Aval a primera demanda” o “Primer requerimiento”, pues los términos demanda y requerimiento hay que ponerlos necesariamente en relación con la frase anterior “obligaciones derivadas del contrato”, y sólo cuando estas obligaciones válidamente existan, vendrá obligado el fiador, según entiende la mayoría de las doctrinas». Y en la STS de 15 de abril de 1991 (RJ 1991/2693): «...si conforme previene el párrafo primero del art. 1822 del Código Civil, por la fianza “se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste”, necesariamente se requiere para efectividad, que venga reconocido el incumplimiento, generante de responsabilidad, que el aval garantizaba, en ortodoxa aplicación del esencial principio de derecho de que no producido el antecedente, no puede darse el consiguiente, ya que faltando la causa no puede darse el efecto...//y más si se considera que, cual reconoce el párrafo primero del art. 1827 del Código Civil, la fianza “no puede extenderse a más de lo contenido en ella”, debiendo atenderse... a lo convenido por las partes o a lo manifestado por el fiador en cuanto al significado del negocio accesorio “*per relationem*” con la obligación principal...» (FD Cuarto).

¹⁶ En la STS de 2 de octubre de 1990 (RJ 1990/7464) se garantizaba un incumplimiento imputable al deudor.

¹⁷ En la STS de 15 de abril de 1991 (RJ 1991/2693) se había demandado conjuntamente al deudor garantizado y al garante con fundamento en el art. 1124 CC; de manera que, abierta la prueba respecto de dicho incumplimiento, resultaba muy difícil condenar al garante a primer requerimiento si se absolvía al garantizado. Lo hizo la Audiencia Provincial pero no el TS.

¹⁸ Carrasco Perera (1992: 195 y 241); Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 512).

(o respecto de otras circunstancias relativas a la relación de valuta que en el régimen de la fianza podían ser opuestas por el garante) no le perjudicaba a tal beneficiario (así sería según las reglas generales sobre carga de la prueba) sino al garante reclamado. Sin embargo, las posibilidades de oposición por parte del garante parecían estar totalmente abiertas y sometidas a prueba sin restricción.

En la STS de 14 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7878) se reconocía por primera vez¹⁹ una garantía²⁰ no accesoria, apuntándose que constituía un tipo distinto de la fianza, admisible con fundamento en el art. 1255 CC, y que la obligación de la aseguradora (se trataba de un seguro de caución)²¹ era de «carácter abstracto en el sentido de ser independiente del contrato inicial» (FD Segundo). Pero después, a partir de la STS de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992/8584), la referencia a la inversión de la carga de la prueba, acompañada, como en esta decisión²², de rotundas afirmaciones de autonomía e independencia del aval a primer requerimiento, fue una constante durante años²³ (a menudo por mero *acarreo* y en ocasiones contraviniendo en el fallo la lógica de la propia *doctrina*²⁴).

¹⁹ Se había mencionado en la STS de 11 de julio de 1983 (RJ 1983/4209). Un análisis de la evolución jurisprudencial puede verse en Espigares Huete (2015: 469 ss.; 2021: 144 ss.).

²⁰ La garantía tenía perfiles de tipo caucional, pues el tomador del seguro (el suministrador constructor de una planta generadora de vapor) lo concierta para evitar la retención del 10% de las certificaciones de obra y poder así disponer del importe íntegro desde la entrega provisional.

²¹ La aseguradora se comprometía a pagar al beneficiario «de inmediato y contra la presentación de una simple petición por escrito cualquier cantidad solicitada hasta el importe total de la presente garantía sin restricción de ningún tipo». Cuando el beneficiario reclamó el pago a la aseguradora, esta se opuso aduciendo que debía acreditarse el incumplimiento del tomador, pero tanto en primera como en segunda instancia se estimó la pretensión del beneficiario, criterio que resulta confirmado en casación.

²² A la misma se remonta parte del aparato doctrinal de la garantía a primer requerimiento. En la sentencia se continúa, con mayor desarrollo argumental, en la línea de la atipicidad avanzada por la STS de 14 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7878) e igualmente se afirma la autonomía e independencia de la obligación del garante; pero de ello se deriva, y aquí está la real novedad, que «...el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido». Lo malo es que a continuación se añade: «si bien en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1258 del Código Civil) se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión en la carga de la prueba...» (FD Segundo).

²³ SSTs de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4083), de 4 de diciembre de 2009 (RJ 2010/271), de 27 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6860), de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004/3553), de 12 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8408), de 5 de julio de 2002 (RJ 2002/8225), de 12 de julio de 2001 (RJ 2001/5119), de 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10438), de 5 de julio de 2000 (RJ 2000/6010), de 30 de marzo de 2000 (RJ 2000/2314), de 17 de febrero de 2000 (RJ 2000/1162). Sobre esta línea jurisprudencial, Espigares Huete (2021: 157 ss.).

²⁴ En la STS de 17 de febrero de 2000 (RJ 2000/1162) [sobre la misma, Espigares Huete (2015: 469 ss.; 2021: 144 ss.)] se señala que no procede analizar la excepción de pago (con fundamento en el art. 1849 CC) o la de extinción de la garantía por prórroga (art. 1851 CC). En la STS de 13 de diciembre de 2000 (RJ

Afortunadamente ya ha dejado de hablarse de inversión de la carga de la prueba²⁵. Puede decirse, por tanto, que en la configuración conceptual del aval a primera demanda ya se asume realmente la autonomía. En ocasiones se sigue diciendo que «no es preciso demostrar el incumplimiento»²⁶. Esto efectivamente es así y es habitual consignarlo en las caracterizaciones generales de la figura; pero recuérdese que semejante afirmación no es por sí misma una expresión de autonomía, pues todavía sería compatible con un régimen accesorio con inversión de la carga de la prueba y en el que, por tanto, no procedería la reclamación si, por ejemplo, se acreditara el cumplimiento o que el incumplimiento no le era imputable al deudor. Sin embargo, en un aval a primer requerimiento ante la reclamación del beneficiario no cabe discutir sobre estos extremos y la práctica de prueba al respecto debe rechazarse (art. 283.1 LEC).

II.- Ya hemos avanzado que mayoritariamente se entiende que estamos ante un contrato atípico²⁷ y no ante una fianza no accesorio. La accesoriedad se viene a considerar característica esencial de la fianza (imperativa, según la dicción habitual). Desde las SSTS de 14 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7878) y STS de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992/8584) la jurisprudencia es reflejo de esta opinión²⁸ y son muy pocas las decisiones del Tribunal Supremo en las que se apunta otro parecer²⁹.

2000/10438), en un supuesto en el que se garantizaba la comparecencia al otorgamiento de una escritura de compraventa tras la firma de un calificado como precontrato, se limitan las circunstancias sobre las que cabría prueba: podría probarse la comparecencia, pero no las razones por las cuales no se compareció. En la STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4083) -comentario de Espigares Huete (2015: 459 ss.)-, se afirma que una «...confrontación surgida en relación con el contrato principal no puede dar lugar a la ineficacia de la garantía, de tal forma que se convierta ésta en accesorio, desnaturalizándose su verdadera función y quedando eliminada su especialidad.» (FD Tercero).

²⁵ SSTS de 5 de abril de 2019 (RJ 2019/1281), de 21 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5651), de 19 de mayo de 2016 (RJ 2016/2279), de 16 de julio de 2014 (RJ 2014/4640), de 10 de junio de 2014 (RJ 2014/4365), de 4 de marzo de 2014 (RJ 2014/1436), de 3 de marzo de 2014 (RJ 2014/1425). Las primeras en las que no se menciona la inversión de la carga de la prueba fueron las SSTS de 9 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10177) y, sobre todo (en cuanto que contiene un aparato doctrinal más extenso), la de 1 de octubre de 2007 (RJ 2007/8087) –comentario de Infante Ruiz (2008: 421 ss.)-.

²⁶ SSTS 31 de mayo de 2023 (JUR 2023/246818) –FD Cuarto-, de 5 de abril de 2019 (RJ 2019/1281) –FD Segundo-, de 19 de mayo de 2016 (RJ 2016/2279) –FD Tercero-.

²⁷ Sánchez-Calero Guilarte (1995: 134, 145 y 286); Núñez Zorrilla (2001: 20 ss.); Infante Ruiz (2004: 445); Espigares Huete (2006: 175 ss.); San Juan Crucelaegui (2004: 220 ss.); Marimón Durá (2021:221).

²⁸ Por ejemplo, SSTS de 17 de julio de 2014 (RJ 4083), de 10 de junio de 2014 (RJ 2014/4365), de 26 de febrero de 2013 (RJ 2013/2153), de 27 de octubre de 2009 (RJ 2009/5711), de 1 de octubre de 2007 /RJ 2007/8087) y de 27 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6860).

²⁹ La STS de 4 de marzo de 2014 (RJ 2014/1436) califica el aval a primer requerimiento como «una fianza con determinadas especialidades» (FD 7); y la STS de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004/3553) señala que propia especialidad de la figura no la «...desnaturaliza y desgaja por completo del contrato de fianza presentándose como una modalidad que resulta perfectamente compatible con el tipo contractual fideusorio...» (FD Primero).

En perspectiva de sistema, y esta idea ya se ha apuntado líneas arriba, no deja de resultar llamativa la persistencia en afirmar la accesoriedad como imperativo de la fianza y la naturalidad en la aceptación de su ausencia en un modelo atípico en el marco de la autonomía de la voluntad. Sin duda es la consecuencia de que en el asentamiento de las garantías autónomas resultó más fácil circunscribir el imperativo de accesoriedad a la fianza y aceptar una figura atípica que afirmar que podía existir una fianza no accesoría. No discutir, por tanto, el modelo establecido sino generar otro. Pero resulta paradójico que en Alemania, donde se construyó el contrato de garantía independiente o *abstracta*, la jurisprudencia haya terminado por aceptar que puede haber una fianza a primer requerimiento³⁰. Ciertamente se sigue hablando de accesoriedad³¹, pero ello se hace en el sentido de que finalmente (tras el pago) el beneficiario que según la relación garantizada no tenía derecho a ver satisfecho su interés no sería inmune a la reclamación de repetición del garante. Fianza a primer requerimiento y garantía a primer requerimiento no ofrecen pues diferencia en lo que en gran medida define a una garantía autónoma: la inoponibilidad de excepciones derivadas de la relación subyacente cuando el beneficiario reclama al garante³². La diferencia de efectos, y luego lo veremos con más detenimiento, radicaría en las posibilidades y mecanismos de reintegro tras el pago.

De lo que se está hablando, por tanto, es de si la falta de accesoriedad es provisional (se denomina concepción procesal: *solve et repete*) o definitiva (concepción material)³³. Nuestra doctrina se ha abonado mayoritariamente a la perspectiva de la falta

³⁰ *Vid.* Albiez Dohrmann (1996: 1836 ss.) e Infante Ruiz (2004: 568 ss.). Más referencias jurisprudenciales en Habersack (2020.b: Rn 106) y Stürner (2020: Rn 24).

³¹ Habersack (2020.b: Rn 106).

³² Habersack (2020.b: Rn 110 y 111); Stürner (2020: Rn 32).

³³ Aunque sin trascendencia para el fondo del asunto, parece asumirse la distinción (en ella había incidido la sentencia de apelación) en la STS de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004/3553) –comentada por Adame Martínez (2005: 627 ss.)–: «En el primer supuesto concurre la nota de accesoriedad como esencial, no tratándose de simple renuncia provisional a la oponibilidad de excepciones por el garante, el que podrá exigir posteriormente del beneficiario la restitución de lo que hubiera pagado como deuda indebida (“solve et repete”). En cambio, en la garantía a primer requerimiento la accesoriedad no concurre como determinativa y de este modo, como sostiene la doctrina científica, el garante que paga siempre pagará bien aunque el beneficiario careciese del derecho material en la relación de valuta. La no accesoriedad comporta independencia de la obligación de garantía respecto a la deuda garantizada, ocasionando desconexión entre la garantía y su causa material y las consecuencias de que el garante no puede oponer al beneficiario las excepciones que correspondieran esgrimir al deudor principal. La función de la garantía a primer requerimiento no es garantizar el cumplimiento de la obligación principal, sino más bien asegurar la indemnidad del beneficiario cuando ocurra el supuesto previsto en la garantía y referente al incumplimiento por el deudor, que puede resultar perjudicado a costa del beneficiario que dedujo una reclamación injusta por infundada» (FD Primero). En la decisión de instancia, la SAP Zaragoza de 13 de mayo de 1998 (AC 1998/5780), se decía: «... el garante que paga siempre paga bien, aunque el beneficiario careciese de derecho material al cobro, y si este supuesto se produjese el garante no estaría legitimado para reclamar al

de accesoriedad definitiva, y en ese plano la ubicación en la atipicidad es prácticamente obligada. Sin embargo, y como luego razonaremos³⁴, para el logro de la finalidad de una garantía autónoma resulta suficiente la concepción procesal; entender, por tanto, que el régimen *normal* de tal garantía es el de limitación provisional de la accesoriedad.

Al margen de la accesoriedad, se han señalado otros obstáculos estructurales para que pueda hablarse de fianza³⁵: que el fiador no puede obligarse a más que el deudor garantizado (tampoco en lo oneroso de las condiciones: art. 1826 CC) y que se obliga a la misma prestación que este (art. 1822 CC). Sin embargo, en la garantía autónoma el garante, al no poder oponer al beneficiario circunstancias relativas a la relación de valuta que el deudor sí podría esgrimir caso de ser reclamado, se obligaría en condiciones más gravosas; además, ese garante no cumpliría con lo mismo que debía el garantizado, sino que *indemnizaría* al beneficiario. Tales argumentos han sido, empero, rebatidos convincentemente³⁶.

Es cierto que en una garantía autónoma el garante no puede oponer al beneficiario extremos que sí podrían ser esgrimidos por el deudor caso de ser reclamado. Pero para determinar lo más gravoso de las condiciones ha de examinarse el *cuadro general*: qué ocurre después del pago. Si en el regreso contra el deudor éste le pudiera oponer las circunstancias relativas a la relación de valuta que habría podido esgrimir frente al acreedor caso de haber sido él el reclamado, sin duda el fiador se estaría obligando en unas condiciones proscritas por el art. 1826 CC. Pero no es así³⁷, pues, como luego veremos, las aludidas circunstancias no pueden ser opuestas por el deudor frente al regreso del garante.

beneficiario la restitución del pago hecho, siendo la persona garantizada (llamada ordenante) quien puede exigir al beneficiario la restitución de lo obtenido injustificadamente por él; el garante recupera lo pagado del ordenante, quien no puede oponerle ninguna excepción derivada de la relación de valuta; esta situación en la práctica suele ir acompañada de convenios entre garante y ordenante en virtud de los cuales aquél se coloca en condición de recuperar de éste lo pagado al beneficiario (contragarantías)» (FD Segundo).

³⁴ Siguiendo a Carrasco Perera (2000: 994) y Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 517 y 518).

³⁵ Sánchez-Calero Guilarte (1995: 107-108 y 139-141).

³⁶ Carrasco Perera (1992: 239 ss.); Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 512); Gómez-Blanes (2008: 211 ss.); Bustillo Saiz (2014: 68 ss.).

³⁷ Distinto es que el art. 1826 CC se aplique también en la garantía no accesoría: el garante como tal no puede deber más que el deudor garantizado. Si debe más, el exceso sería una atribución a otro título. Al respecto: Carrasco Perera (1992: 206 y 207); Infante Ruiz (2004: 530 ss.).

El *inconveniente* de la falta de identidad entre el objeto de la obligación del fiador y del garante parte, como mínimo³⁸, de dos asunciones: que es esencia de la fianza semejante identidad y que en la garantía autónoma la prestación del garante necesariamente tiene carácter indemnizatorio (y que esto no ocurre en la fianza). La identidad, sin embargo, no es estructural a la regulación de la fianza en el Código Civil, pues puede afianzarse una obligación de hacer o de dar cosa específica³⁹. Cuando así ocurre y se ha fijado la cantidad a satisfacer por el fiador en caso de incumplimiento (que representará el interés económico del acreedor en ese cumplimiento) desde luego no hay identidad; además, se trata de un supuesto en el que para nada resulta pacífica la distinción entre satisfacción del interés de cumplimiento e indemnización por el incumplimiento. Si en una garantía autónoma se garantiza una obligación de hacer (es lo que ocurre en las llamadas garantías de buena ejecución)⁴⁰, se habrá fijado el importe del interés del beneficiario y, por lo que hace al objeto de la obligación del garante, no se produce ninguna diferencia respecto de una fianza: nos volveríamos a plantear si son dos cosas distintas el interés de cumplimiento y la indemnización por incumplimiento, pero no se acierta a ver ninguna razón específica y propia de la garantía autónoma para decir que en este caso se trataría de indemnización. Por lo mismo, si se garantiza el pago de una cantidad dineraria no hay motivo para afirmar la identidad de objetos en la fianza y evitar esa idea en la garantía autónoma hablando de indemnización.

III.- Todo lo anterior sirve para razonar que podría hablarse de una fianza no accesoria, pero no se hará aquí especial cuestión del asunto. Cuando se traigan a colación reglas establecidas en sede de fianza (las que no tienen inspiración en la accesoriedad) lo mismo puede entenderse que son de aplicación directa que analógica.

III. ¿CUÁNDO SE TRATA DE UNA GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO?

³⁸ Aunque en su inspiración puede estar la idea de que el fiador cumple la obligación del afianzado, lo cierto es que la exigencia de identidad de las prestaciones es teóricamente compatible con lo que realmente ocurre: que el deudor cumple su propia obligación.

³⁹ Sobre el tema, Castilla Barea (2013: 12500 ss.).

⁴⁰ Como se suele señalar [por todos, Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 504 y 505)] en la garantía de cumplimiento puede garantizarse la restitución por parte del deudor de cantidades pagadas por el beneficiario, la buena ejecución de un hacer de ordinario infungible, o el pago de la cantidad debida por el deudor.

I.- Como se señala en la STS de 31 de mayo de 2023 (JUR 2023/246818) la jurisprudencia no «...ha exigido como requisito... la necesidad de que se formalice con una específica y determinada redacción obligatoria» (FD Cuarto). Lo que debe quedar claro⁴¹ es que no cabe oposición del garante⁴², aunque no se haga alusión directamente a ello⁴³. Lo normal, sin embargo, es hacerlo y aludir con fórmulas más o menos intensas (incidiendo o no expresamente en la inoponibilidad de excepciones) a la imposibilidad de oponerse⁴⁴. El que haya que alegar el incumplimiento al realizar la reclamación⁴⁵, el que se diga que la reclamación supone afirmación de incumplimiento, el que hayan de expresarse los motivos que justifican la reclamación, el que se tenga que requerir de resolución, el que haya que reclamar previamente al deudor⁴⁶, o el que se requiera un

⁴¹ La oscuridad no puede ser esgrimida por quien ha redactado la garantía [STS de 5 de julio de 2002 (RJ 2002/8225)]. La STS de 19 de mayo de 2016 (RJ 2016/2279) califica la pretensión de que se interprete restrictivamente la literalidad del aval como contraria a la buena fe negocial (arts. 1258 CC y 57 CCo).

⁴² Sí cabía oposición en el caso resuelto por la STS de 2 de octubre de 1990 (RJ 1990/7464) por cuanto se garantizaba un incumplimiento que fuera imputable al deudor (determinación que requería necesariamente el análisis de las razones del incumplimiento). O en el de la STS de 25 de octubre de 2019 (RJ 2019/3676), pues se establecía que el avalista podría negarse al pago si el comprador garantizado acreditaba «la existencia de reclamaciones derivadas de las contingencias y responsabilidades asumidas por el vendedor en virtud del contrato de compraventa».

⁴³ STS de 1 de octubre de 2007 (RJ 2007/8087): «El presente aval será ejecutable a primera demanda o petición, bastando para ello el mero requerimiento notarial a la Entidad avalista, dándole cuenta del incumplimiento en que haya incurrido la Empresa avalada». STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4083): «Este aval... será efectivo al beneficiario, hasta la cantidad máxima avalada, al primer requerimiento del mismo, sin que este deba justificar el incumplimiento ni la negativa al pago». Sobre fórmulas de las que no cabe predicar una garantía no accesoria, Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 506 y 507).

⁴⁴ STS de 10 de junio de 2014 (RJ 2014/ 4365): «El Banco avalista hará efectiva la garantía a requerimiento del beneficiario, sin que el avalado pueda oponerse al pago que será liberatorio para el Banco, sin perjuicio de las acciones que correspondan al avalado frente al beneficiario del aval si las relaciones de éste fueran indebidadas». STS de 19 de mayo de 2016 (RJ 2002/8225): «La CAJA..., siempre que fuera requerida de pago por el beneficiario de conformidad con lo previsto en el párrafo anterior hará efectivo, con los efectos liberatorios, propios del pago y al primer requerimiento las cantidades que se le reclamen, hasta la cantidad máxima anteriormente expuesta, sin necesidad de previa notificación o conformidad del avalado y sin que pueda oponerse al pago ni considerar de la procedencia del aviso y/o pago o, en su caso, de las discrepancias que pudieran existir entre el avalado y el beneficiario del presente aval acerca del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones que por este aval se garantizan». STS de 21 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5651): «...otorga la garantía requerida... e irrevocablemente y sin reserva alguna se obliga... a pagar a su compañía en el plazo de tres (3) días, sin poder alegar ningún tipo de contestación, objeción o excepción, si existe, que la sociedad suministradora, sin poder investigar si la reclamación es fundamentada o no, cualquier importe que no exceda la suma de DM 5.942.366,71.....El pago deberá realizarse ante su simple manifestación que la mencionada sociedad suministradora ha incumplido, total o parcialmente...». STS de 31 de mayo de 2023 (JUR 2023/246818): «...los pagos los realizarán directamente la Caja de Ahorros de Badajoz (...), en las fechas expresadas y sin excusas ni pretextos de clase alguna, sean cualquiera las incidencias de la obra y el cumplimiento o incumplimiento...».

⁴⁵ Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 506), señalan, citando decisiones de instancia, que expresiones como *cuando el deudor incumpla* no son óbice para entender que la garantía es a primer requerimiento, pues se deben entender como una descripción de la declaración que ha de hacer el acreedor o, si así se desprende del contrato, como una exigencia de que previamente se ha debido reclamar el cumplimiento.

⁴⁶ *Vid.*, sin embargo, Infante Ruiz (2004:521).

informe de tercero afirmando el incumplimiento, no obsta al carácter autónomo de la garantía pues se trata de presupuestos o requisitos⁴⁷ cuya *verdad* o *fundamento de fondo* no puede ser objeto de discusión en el procedimiento. Distinto sería, por supuesto, si el deudor pudiera acreditar el cumplimiento, aunque estuvieran tasados los modos de hacerlo. O si el objeto de la garantía fuera la cantidad impagada por el deudor hasta un máximo fijado y no sirviera a tal efecto la mera afirmación del acreedor⁴⁸. Sin embargo, aunque la renuncia a los beneficios de excusión y división sean incongruentes en una garantía autónoma⁴⁹, no excluyen que una garantía lo sea. Como no lo excluye la habitual, e innecesaria si se pacta una garantía autónoma, solidaridad entre garante y deudor⁵⁰. Tampoco se debe dar importancia a la manera en que se describa la obligación del garante (indemnización, pago de la deuda u otras fórmulas)⁵¹, y, por supuesto, debe ser irrelevante si se habla de fianza, aval o garantía.

Dado que no se requiere renuncia a la oponibilidad de excepciones relacionadas con la relación subyacente para entender que la garantía es autónoma, nada sustancial⁵² parece añadirse si tal renuncia existe (otra cosa es que convenga hacerlo para que no haya dudas al respecto en ningún contexto interpretativo⁵³). Y se incide en ello no solo para hacer notar que hasta el momento no se ha convertido en *requisito* la estricta inoponibilidad de excepciones de cara a determinar si estamos ante una garantía autónoma, sino también para señalar que, aunque así se ha mantenido⁵⁴, la existencia de

⁴⁷ Sobre los niveles de justificación de la garantía (y la tradicional distinción entre garantías justificadas y documentarias): San Juan Crucelaegui (2004: 217 ss.); Espigares Huete (2006: 196 ss.); Busto Lago (2013: 4780 y 4781); Bustillo Saiz (2014: 39 ss.).

⁴⁸ En el caso de la STS de 27 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6860) se avalaba a primer requerimiento el precio de compras de pescado y marisco y se había establecido que, hasta determinada cantidad, se cubrían los pagos de las facturas que se emitieran un concreto día de la semana. Servía, por tanto, la mera afirmación del acreedor.

⁴⁹ Sánchez-Calero Guilarte (1995: 293, 294 y 327); Infante Ruiz (2004: 518); Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 505); Busto Lago (2006: 142 y 150).

⁵⁰ Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 507 y 508). Con matizaciones, relativas al pacto de solidaridad como elemento interpretativo: Busto Lago (2006: 149 y 150; 2013: 4749 y 4750) e Infante Ruiz (2004: 518 y 519). En sentido contrario, San Juan Crucelaegui (2004: 230) y Sánchez-Calero Guilarte (1995: 327).

⁵¹ Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 507).

⁵² Otra cosa parecía insinuar un inciso de la STS de 1 de octubre de 2007 (RJ 2007/8087): «...el aval a primer requerimiento... no puede desvincularse en cualquier circunstancia -al menos cuando no se ha incluido la cláusula “sin excepciones”- de la obligación garantizada que constituye su objeto...» (FD Tercero).

⁵³ En esa clave, señalan Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 508) que la renuncia a excepciones es lo que hace el tránsito a lo que denominan *fórmula fuerte*. Fórmulas que se han ido imponiendo como resultado de un mayor cuidado en la redacción de la garantía.

⁵⁴ Infante Ruiz (2004: 557); Espigares Huete (2006: 135); Busto Lago (2013: 4786).

renuncia expresa no debe servir de argumento para defender que se ha hecho el tránsito a una inoponibilidad definitiva (y determinante de que el garante no pueda repetir contra el beneficiario con base en la improcedencia de fondo de su cobro).

II.- La mención al contrato del que derivan las obligaciones garantizadas al establecer la garantía, no debe ser un obstáculo para que la misma se considere autónoma. Otro, sin embargo, ha sido el criterio de la STS 5 de abril de 2019 (RJ 2019/1281)⁵⁵ que, como ya adelantamos, sorprendentemente ha considerado que, por sí solas, la referencia al contrato y su incorporación al pactar la garantía conducían inexorablemente a la accesoriadad⁵⁶: «En efecto, los avales prestados por Caja Duero no se limitan a establecer la exigibilidad abstracta y autónoma propia de un aval a primer requerimiento, sino que "causalizan" la garantía, al vincularla expresamente al contrato de 29 de diciembre de 2010, que se incorpora mediante copia a los avales. De esta manera, nos encontramos ante una garantía accesoria a un contrato principal, que se asemeja más a una fianza ordinaria que a un aval a primer requerimiento. //Fueron los propios términos de los avales los que excluyeron la independencia de la relación fideiusoria respecto de la relación contractual garantizada» (FD Segundo).

¿Cómo no se va a vincular expresamente una garantía al contrato del que derivan las obligaciones garantizadas⁵⁷? ¿Cómo no se va a *causalizar* en ese sentido la garantía si su razón de ser es garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones⁵⁸?

En la decisión se dice que «La denominada garantía o aval a primera demanda o primer requerimiento es un contrato autónomo de garantía y que, en esta modalidad contractual, el garante asume una obligación abstracta e independiente de pagar la obligación del sujeto garantizado, desde el mismo momento en que sea requerido por el acreedor y sin oponer excepciones de ningún tipo, ni siquiera la nulidad de la obligación

⁵⁵ Comentarios de Busto Lago (2019: 291 y ss.); Espigares Huete (2021: 188 y ss.); Hernández Meni (2021: 125 ss.)

⁵⁶ Lo ha hecho, además, sin que se vea bien por qué era necesario para el fondo del asunto [Espigares Huete (2021: 191)]. Lo que se solicitaba por parte de la administración del concurso de la deudora era que se declarara que la garantía solo cubría determinadas obligaciones. Así se hizo en primera instancia sin cuestionar que se tratara de un aval a primer requerimiento. La Audiencia Provincial confirmó el fallo argumentando que «el aval no tenía autonomía propia, al ser parte de un conjunto contractual celebrado por una sociedad en concurso, asistida por su administración concursal». El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y argumenta como se señala en el texto.

⁵⁷ Espigares Huete (2021: 192, 197 y 198); Busto Lago (2006: y 145 ss.; 2019: 299 y 300) y, con referencia a la jurisprudencia de instancia, Hernández Meni (2021: 132 y 133).

⁵⁸ Se admite con naturalidad que junto con el crédito se ceda la garantía autónoma: SSTS de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004/3553), de 10 de junio de 2014 (RJ 2014/4365), o de 17 de julio de 2014 (2014/4083).

garantizada...» (FD Segundo). Ha reaparecido la referencia a la abstracción en el Alto Tribunal. Orillada la palabra como muestra de la compatibilidad de la garantía autónoma con las exigencias de un sistema causalista, casi⁵⁹ habría que remontarse a la inaugural STS 14 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7878)⁶⁰ para hallar su vinculación con la garantía a primer requerimiento. Ahora se habla de abstracción e independencia (no de autonomía) y para lograrla se requiere una artificial desvinculación respecto del contrato, de modo que si existe vinculación (lo de la incorporación de una copia del contrato al aval no parece ser la circunstancia determinante) la garantía es accesorio. Y repárese en que no se está proponiendo un régimen de mayor intensidad en las consecuencias de la falta de accesoriedad (una falta de accesoriedad definitiva frente a una provisional) sino haciendo más difícil la no accesoriedad⁶¹.

Nunca el Tribunal Supremo había considerado la, lógica, vinculación de la garantía al contrato garantizado como un impedimento. Es de esperar que se trate de una decisión aislada. En la STS de 31 de mayo de 2023 (JUR 2023/246818), que ratifica la decisión de la Audiencia Provincial en el sentido de entender que la garantía era a primer requerimiento, se reproducen los términos de la STS de 5 de abril de 2019 (RJ 2019/1281) relativos a la independencia y abstracción, pero no se hace ninguna alusión a la cuestión. Con todo, es intuible que esta decisión haya causado desconcierto en los juzgadores de instancia y dificultado seriamente la redacción de las garantías.

III.- Aunque el aval sea efectivamente a primer requerimiento su virtualidad puede quedar desactivada si se demanda conjuntamente⁶² al garante y al deudor, porque entonces en el procedimiento se podrá discutir sobre el fondo⁶³. Es lo que ocurrió en el caso de la STS 15 de abril de 1991 (RJ 1991/2693) en el que se demandaba al deudor

⁵⁹ Constituye un paréntesis la STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4083).

⁶⁰ La STS de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992/8584) reproduce sus términos, pero, en lo que le es propio, para referirse a la obligación del garante, sustituye el «...carácter abstracto en el sentido de ser independiente del contrato inicial...» de la sentencia de 1989 por «autónoma e independiente».

⁶¹ De vuelta a la irrelevancia de la cláusula de pago a primer requerimiento habla Espigares Huete (2021: 188 ss.).

⁶² Si se siguen dos procedimientos, uno relativo a la relación subyacente y otro a la exigencia de la garantía, no cabe oponer por parte del garante una cuestión de incompetencia por declinatoria en favor del juzgado donde se sigue la causa relativa a la relación de valuta: STS de 14 de diciembre de 2001 (RJ 2001/9304). Al respecto, Marimón Durá (2021: 227).

⁶³ Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 514 y 648); Espigares Huete (2006: 83 y 84). En el supuesto que dio lugar a la STS de 27 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6860) se había demandado conjuntamente al garante y a la deudora garantizada, pero no se discutía sobre el fondo sino sobre la cobertura de la garantía.

garantizado y al garante con fundamento en el art. 1124 CC. Mientras que en primera instancia se absolvió a ambos, la Audiencia Provincial confirmó la absolución de la deudora y condenó al garante. El Tribunal Supremo estimó el recurso de este último y terminó absolviéndole haciendo protestas generales de la accesoriedad de la garantía. Lo que no procedía era el carácter general con el que se predicaba la necesidad de reconocimiento del incumplimiento, pero en el fondo el Alto Tribunal tenía razón. Si se admite la *exceptio doli* para neutralizar la reclamación del beneficiario, cómo se va a condenar a un garante cuando se ha puesto de manifiesto en ese mismo procedimiento que no era procedente la reclamación en el marco de la relación de valuta y además ello ha ocurrido, no porque demandándose solo al garante se hubiera admitido indebidamente prueba al respecto⁶⁴, sino porque el beneficiario había demandado también al deudor garantizado.

IV. LAS EXCEPCIONES

IV.1. El punto de partida: extremos oponibles e inoponibles

I.- Consustancial a la autonomía es que no puedan oponerse excepciones relacionadas con la relación subyacente⁶⁵. Son las que el deudor podría hacer valer caso de ser reclamado de cumplimiento y son inherentes a la deuda (art. 1853): efectivo cumplimiento, falta de vencimiento⁶⁶ e iliquidez, inimputabilidad del incumplimiento, ineficacia de la relación base. También aquellas que son propias de la garantía, pero por circunstancias relativas a la relación de la valuta. Entre estas últimas están las que en un régimen accesorio determinarían la invalidez o extinción de la garantía por efecto de la

⁶⁴ Pero incluso en estos casos, no es fácil prescindir de lo que, indebidamente, se ha terminado acreditando en el proceso. Lo pone de manifiesto el caso que dio lugar a la STS de 1 de octubre de 2007 (RJ 2007/8087); a ella nos referiremos en el texto al tratar la *exceptio doli*.

⁶⁵ La STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4083) revoca la sentencia de apelación (en virtud de la cual, y confirmando el criterio de la primera instancia, se había suspendido la exigibilidad del aval habida cuenta de la suspensión de la obligación de pago del deudor con base en el art. 1502 CC):«De lo anterior se desprende que la suspensión de la ejecución de este tipo de avales a solicitud del deudor y como consecuencia de una controversia surgida en el contrato principal, es contraria a su naturaleza jurídica puesto que desconoce su carácter autónomo, independiente, distinto y no accesorio, como se deduce de la doctrina jurisprudencial señalada. //Una confrontación surgida en relación con el contrato principal no puede dar lugar a la ineficacia de la garantía, de tal forma que se convierta ésta en accesoría, desnaturalizándose su verdadera función y quedando eliminada su especialidad» (FD Tercero).

⁶⁶ En todo caso *obiter dictum*, pues no se trataba de una garantía a primer requerimiento, parece decirse en la STS de 2 de febrero de 2021 (RJ 2021/370) que también en una garantía de este tipo cabría oponerse a la reclamación del beneficiario si la obligación garantizada estuviera sometida a plazo inicial y este todavía no hubiera comenzado.

invalidez⁶⁷ o extinción de la relación subyacente (arts. 1824, 1847 o 1849 CC), pero igualmente la causa de extinción prevista en el art. 1851 CC: la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del garante⁶⁸.

En lo que hace al art. 1851 CC, la jurisprudencia, sin embargo, dista de ser clara. En la STS de 17 de febrero de 2000 (RJ 2000/1162)⁶⁹ se confirma la sentencia condenatoria al avalista y, basándose en que se trataba de un aval a primer requerimiento, se señala (por cierto de modo incongruente con la doctrina de la inversión de carga de la prueba con la que la decisión se alinea) que «...se dan los requisitos precisos para el triunfo de la pretensión de la parte actora, cuyo fundamento no se encuentra en una situación normal de afianzamiento, que permite el análisis de excepciones de prórroga y de pago como modo de extinción de la fianza» (FD Segundo). Sin embargo, con posterioridad el Alto Tribunal ha afirmado, aunque considerando que en el caso no concurría el supuesto de hecho del precepto, la aplicación del art. 1851 CC al aval a primer requerimiento. Lo hizo en las SSTS de 3 de marzo de 2014 (RJ 2014/1425) y de 16 de julio de 2014 (RJ 2014/4640), diciéndose en ambas⁷⁰ (se trataba del mismo asunto, pero respecto de garantes distintos) que «...siempre que no se trate de causas de extinción que provengan de la relación de valuta, el garante a primer requerimiento pueda oponerse al pago por las causas de los arts. 1851 y 1852 CC. Para que no fuera oponible la causa prevista en el art. 1851 CC, sería necesario que en el aval a primer requerimiento se hubiera hecho una renuncia expresa a ella, de lo que no queda constancia en este caso...» (FFDD 12 y Tercero, respectivamente). Y finalmente, e introduciendo otro elemento de variedad, en la STS de 21 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5651) se señala que «...la aplicación de lo previsto en el artículo 1851 del Código Civil con relación al contrato de fianza y, por extensión, a sus notas de accesoriedad y subsidiariedad de su ejercicio, queda sujeta a una interpretación restrictiva en los casos de estos avales así configurados» (FD Segundo). En

⁶⁷ En la STS de 5 de abril de 2019 (RJ 2019/1281) ello se incluye al caracterizar la figura: «En esta modalidad contractual, el garante asume una obligación abstracta e independiente de pagar la obligación del sujeto garantizado, desde el mismo momento en que sea requerido por el acreedor y sin oponer excepciones de ningún tipo, ni siquiera la nulidad de la obligación garantizada...» (FD Segundo).

⁶⁸ Carrasco Perera (1992: 196); Moralejo Menéndez (2001:699); Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 510).

⁶⁹ Comentarios de Carrasco Perera (2000: 987 y ss.) y Moralejo Menéndez (2001: 673 y ss.).

⁷⁰ La razón de la exclusión de la aplicación del art. 1851 CC fue la falta concurrencia de la *ratio* del mismo: que la prórroga le perjudicara al fiador. La segunda de las decisiones resulta más explícita al respecto, y es que ha de justificar la revocación de la sentencia de apelación, que había estimado aplicable el precepto en cuestión.

la decisión no se da pista alguna sobre el significado de la aplicación restrictiva y no cabe derivarlo del caso, porque a la postre se arguye que la sentencia recurrida no había considerado acreditado que los cambios de calendario supusieran en realidad la concesión de una prórroga para el deudor.

II.- Tampoco son oponibles las circunstancias relativas a la relación existente entre el ordenante y el garante, o las que le afecten exclusivamente al primero⁷¹. El caso sobre el que recayó la STS de 31 de mayo de 2023 (JUR 2023/246818) constituye un buen ejemplo de lo primero. Se trataba de un supuesto en el cual el contrato existente entre el ordenante y el garante se había declarado nulo en la jurisdicción penal como consecuencia de la falsificación de unas certificaciones de obra, pero tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo sentaron la obligación de pago del garante. Al menos en la sentencia de casación tal consecuencia se liga al carácter autónomo de la garantía⁷², pero lo cierto es que ello nada tiene que ver con la falta de accesoriedad sino con el principio de relatividad de los contratos⁷³.

III.- Si no se ha pactado otra cosa⁷⁴, son oponibles excepciones propias del garante por su relación con el beneficiario⁷⁵. También la excepción de perjuicio de subrogación (art. 1852 CC)⁷⁶, que trae causa de un comportamiento del beneficiario contrario a la buena fe; así lo señalan, *obiter dictum*, las SSTS de 3 de marzo de 2014 (RJ 2014/1425) y de 16 de julio de 2014 (RJ 2014/4640).

⁷¹ Así ocurre, por ejemplo, con el concurso: Sánchez-Calero Guilarte (1995:398); Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 515 y 516); Busto Lago (2013: 4782).

⁷² «Y por otro lado, porque lo que se argumenta en el motivo sobre la extensión de los efectos de la nulidad de la póliza de afianzamiento de operaciones mercantiles, como negocio principal, al negocio accesorio representado por el aval a primer requerimiento, desconoce nuestra doctrina sobre el carácter autónomo y no accesorio de este tipo contractual, que tiene como característica principal dar nacimiento a una obligación de garantía inmediata para cuyo cumplimiento efectivo basta con la reclamación del deudor, sin que el garante pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma, pues lo contrario supondría desvirtuar la naturaleza de esta obligación...» (FD Cuarto).

⁷³ Infante Ruiz (2004: 533); Adame Martínez (2005: 630); Gómez-Blanes (2008: 221). Sin embargo, Sánchez-Calero Guilarte (1995: 398) conecta semejante efecto a la «independencia del compromiso asumido por el garante».

⁷⁴ En el caso de la SAP Barcelona de 21 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:12237), en la garantía, además señalarse que las obligaciones del avalista no se verían afectadas ni quedaría limitada la fuerza vinculante del aval por «la eventual invalidez, irregularidad o inexigibilidad de todos o algunos de los pactos contenidos en el contrato de compraventa de acciones entre el avalado y el beneficiario», se añadía que el avalista «renuncia a su derecho a oponer contra el beneficiario cualquier excepción personal que pudiera ostentar contra el beneficiario».

⁷⁵ STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4083): «...el garante sólo puede oponer las excepciones de la garantía misma y de sus relaciones con el beneficiario.» (FD Segundo).

⁷⁶ Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 510 y 511); Busto Lago (2013:4785); Núñez Zorrilla (2001: 270 y 271).

En lo que hace a las excepciones propias del garante por su relación con el beneficiario (pago, compensación, prescripción) no resulta pacífico el tema de la compensación. Para su inoponibilidad se han ofrecido distintas razones: que de ordinario es el garantizado quien propone al garante y debe entenderse implícito que el acreedor no le habría aceptado de poder oponerle compensación⁷⁷; que la inoponibilidad es consecuencia directa de la causa fundacional de la garantía⁷⁸; o, y en parte relacionado con lo anterior, que ello es efecto de la expresa renuncia a oponer excepciones⁷⁹. Argumento este último que parece conducir a exigir un plus en la contundencia de la redacción de la garantía autónoma para entender que, aunque no se haya renunciado expresamente a ella, no procede la excepción de compensación. Por otra parte, entre quienes aceptan la posibilidad de oponer compensación⁸⁰ también se muestra reticencia⁸¹ cuando el crédito provenga de cesión del ordenante (a menudo trayendo a colación al respecto el art. 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingentes⁸²).

IV.- Son oponibles, en fin, la *exceptio doli* y las excepciones relativas a la garantía misma. De ellas nos ocuparemos en los siguientes epígrafes. Merecen atención separada siquiera sea porque entre nosotros su mención va aparejada a la caracterización general de la figura.

⁷⁷ Carrasco Perera (1996: 756); Busto Lago (2013: 4785). Señala el último autor que el razonamiento no procedería en caso de que el garante fuera propuesto por el acreedor.

⁷⁸ Espigares Huete (2006: 231 y 234).

⁷⁹ No resulta el argumento determinante, pero el AAP Bizkaia de 8 de octubre de 2021 (ECLI:ES: APBI:2021:1672), que desestima el recurso del garante que alegaba que no se había aceptado la compensación como motivo de oposición en el ejecutivo, a mayor abundamiento invoca los propios términos del aval y la renuncia a «cualesquiera otros derechos, facultades o excepciones que pudieran corresponderle, que tiendan a impedir o demorar el pago a la Beneficiaria de la cantidad garantizada, que quedan expresamente excluidos y por tanto, no son de aplicación al presente aval» (FD Tercero). En el caso se entendió que la alegada compensación no constaba en documento que tuviera fuerza ejecutiva, tal y como exige el art. 557.1.2º LEC cuando se trata de ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales.

⁸⁰ Sánchez-Calero Guilarte (1995: 395); Nuñez Zorrilla (2001: 269 y 270); Infante Ruiz (2004: 539); Gómez-Blanes (2008: 220); Bustillo Saiz (2014: 122 y 123); Marimón Durá (2021: 226).

⁸¹ Sánchez-calero Guilarte (1995: 395); INFANTE RUIZ (2004: 539, nota 379); Bustillo Saiz (2014: 122 y 123).

⁸² «De no haberse dispuesto otra cosa en la promesa o de no haberse acordado lo contrario en otra parte por el garante/emisor y el beneficiario, el garante/emisor podrá cumplir con la obligación de pago contraída en la promesa haciendo valer un derecho de compensación, con tal de que no invoque un crédito que le haya sido cedido por el solicitante o por la parte ordenante». No se incide en ello, pero en el caso resuelto por el AAP Bizkaia de 8 de octubre de 2021 (ECLI:ES: APBI:2021:1672) el crédito del garante provenía precisamente de la cesión del avalado (*vid.* nota 79).

IV.2. La *exceptio doli*. Legitimación para esgrimir el abuso (referencia a las medidas cautelares)

I.- La autonomía de la obligación del garante respecto de la relación subyacente quiebra por efecto de la que habitualmente se denomina, así lo hace la jurisprudencia, *exceptio doli*. Encuentra su apoyo en la buena fe y en la interdicción del abuso de Derecho, y responde a la idea, asentada en todas las regulaciones, de que en determinados casos no debería tutelarse la reclamación de la garantía y cabría oponerse a la misma. El expediente también se conoce como excepción de abuso o de fraude. Las diferentes denominaciones en buena medida traen causa de la diversidad comparada⁸³, pero entre nosotros resultan intercambiables⁸⁴, lo que supone que no se requiere acreditación de la mala fe del beneficiario⁸⁵.

Es claro que la mayor o menor amplitud en la estimación de los supuestos reconducibles a esa *exceptio* va a dar la medida del auténtico nivel de autonomía de la garantía. De ahí que sean generalizadas las consideraciones en aras de una interpretación restrictiva. En lo que hace a los casos en los que procedería, habitualmente se traen a colación⁸⁶: el efectivo cumplimiento por parte del deudor, el incumplimiento no imputable al deudor (por ser imputable al beneficiario o por deberse a caso fortuito y no tener que responder del mismo) y la invalidez⁸⁷ de la relación subyacente. Son casos que se pueden reconducir a lo que se ha denominado fraude o abuso *manifiesto* en una de las acepciones con que la expresión se utiliza al hilo de la *exceptio doli*⁸⁸. Y es que lo manifiesto también se predica de la prueba⁸⁹, en este caso para asimilarla a lo que se conoce como *prueba líquida*⁹⁰, entendiéndose por tal⁹¹ aquella (respecto a la que también

⁸³ San Juan Crucelaegui (2004: 292 y ss.); Infante Ruiz (2004: 540 y ss.; 2008: 424 y ss.); Espigares Huete (2006: 244 ss.).

⁸⁴ Infante Ruiz (2004: 543); Espigares Huete (2006: 246).

⁸⁵ Sobre el tema, Bustillo Saiz (2014: 133 y 134).

⁸⁶ Espigares Huete (2006: 234); Bustillo Saiz (2014: 150 ss.); Busto Lago (2013: 4782).

⁸⁷ Se ha discutido sobre si los casos denominados de *causa ilícita* (aquellos en los que el objeto es ilícito o, en general, se produce una vulneración de normas prohibitivas que llevan aparejado el efecto de la nulidad) son reconducibles a la *exceptio doli*. Así lo entienden, con buen criterio, Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 515) e Infante Ruiz (2008: 437). La trascendencia del asunto radica en si el supuesto queda sometido, que debe estarlo, a las exigencias de la *prueba líquida*.

⁸⁸ Este es el sentido en el que *manifestamente* se usa en el *Common Frame of Reference* (IV.G-3:105): «(1) A security provider is not obliged to comply with a demand for performance if it is proved by present evidence that the demand is manifestly abusive or fraudulent».

⁸⁹ Infante Ruiz (2004: 547 y 549); Espigares Huete (2006: 264); Bustillo Saiz (2014: 126, 128, 133 y 140).

⁹⁰ En el *Common Frame of Reference* (IV.G-3:105) se habla de *present evidence*.

⁹¹ Infante Ruiz (2004: 547 ss.); Espigares Huete (2006:254); Bustillo Saiz (2014: 133).

se discute si viene circunscrita en cuanto a los medios)⁹² que resulta incontrovertible (segura, irrefutable) y de inmediata (evidente) interpretación; extremo este que se viene a resumir en la idea de que se debe rechazar la apertura de práctica de prueba al respecto⁹³ (art. 283.1 LEC).

Sobre muy poco de lo anterior encontramos pautas en la jurisprudencia. La primera vez que el Alto Tribunal incluyó la *exceptio doli* en la caracterización general de la garantía a primer requerimiento fue en la STS de 1 de octubre de 2007 (RJ 2007/8087)⁹⁴. Decisión que tuvo el mérito de desplazar la buena fe como justificación de que siempre se pudiera abrir *el melón* de la relación de valuta (porque esto era lo que implicaba la doctrina de la inversión de la carga de la prueba)⁹⁵ para colocarla como fundamento de una *exceptio doli* ya entendida según parámetros ajustables a la experiencia comparada. Otra cosa es que lo hiciera con una formulación general a la que pueden hacerse diversas objeciones : «..el aval a primer requerimiento, como garantía atípica admisible en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del principio de autonomía de la voluntad....no puede desvincularse en cualquier circunstancia -al menos cuando no se ha incluido la cláusula «sin excepciones»- de la obligación garantizada que constituye su objeto, pues la exigencia del carácter expreso de la fianza (art. 1827), aplicable a esta modalidad contractual, determina que la obligación del garante no pueda extenderse más allá de lo que constituye su objeto...y frente a la reclamación el avalista puede oponer aquellas excepciones derivadas de la propia garantía, entre ellas las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, cuya prueba le corresponde, pues así lo exigen los principios de buena fe contractual (art. 1258 CC) y prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (art. 7.2 CC), ya que en semejantes circunstancias la ejecución de la garantía sería abusiva o fraudulenta y susceptible de ser paralizada mediante la *exceptio doli* [excepción de dolo], que constituye una limitación que afecta incluso a los negocios abstractos, categoría en la que ni siquiera parece que

⁹² Infante Ruiz (2008: 431); Espigares Huete (2006: 255).

⁹³ Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022:514); Bustillo Saiz (2014: 134); Infante Ruiz (2004: 554; 2008: 437); Espigares Huete (2006: 250).

⁹⁴ Comentario de Infante Ruiz (2008: 415 ss.)

⁹⁵ De hecho, esta doctrina se vio como una particular (e incongruente con la función de la garantía autónoma) versión española de la excepción de abuso: abierta a cualquier causa de oposición relativa a la relación subyacente y sin limitación de medios de prueba. *Vid.* Infante Ruiz (2004: 47; 2008: 435); Bustillo Saiz (2014: 134 ss.); Marimón Durá (2021: 253 y 254).

pueda incluirse el aval a primer requerimiento, a falta de una expresa regulación legal, dado el tenor del art. 1277 CC» (FD Tercero).

Entre las objeciones que pueden realizarse a la sentencia está la de que el asunto parece conectarse al carácter expreso de la fianza cuando la *exceptio doli* nada tiene que ver con ello⁹⁶; pero sobre todo, y a esta cuestión volveremos más tarde, la de que se *mezclan* las excepciones derivadas de la propia garantía con la *exceptio doli*⁹⁷.

En lo que hace propiamente a los aspectos que sí son reconducibles a la *exceptio doli*, se ha dicho, con razón⁹⁸, que la decisión es parca. Sólo se alude a la inexistencia o al incumplimiento de la obligación garantizada y no se dice nada sobre aspectos probatorios. Cabría especular sobre si la referencia a «clara inexistencia o cumplimiento» habría de ponerse en relación con los rasgos de la prueba líquida esbozados líneas arriba; pero lo cierto es que se trata de un asunto en el que sí se realizó actividad probatoria⁹⁹ (amén del análisis de las facturas se practicó prueba testifical) y en el que, por lo tanto, no se adoptó la perspectiva de la prueba líquida.

Poco más se ha avanzado respecto de los contornos teóricos de la *exceptio doli*. La decisión más expresiva¹⁰⁰ es la STS de 10 de junio de 2014 (RJ 2014/4365), que se limita a reproducir los mismos términos de la STS de 1 de octubre de 2007 (RJ 2007/8087), omitiendo, eso sí, los aspectos de esta decisión a los que nos hemos referido críticamente. Se continúa haciendo referencia, por tanto, a la «clara inexistencia o incumplimiento» y se invoca la buena fe contractual y la prohibición del ejercicio abusivo del Derecho.

II.- La STS de 10 de junio de 2014 (RJ 2014/4365) es, sin embargo, reseñable porque aborda el importante tema de la legitimación para esgrimir el abuso o la contravención de la buena fe. Se trataba de una compraventa de aceite en la que el pago

⁹⁶ Infante Ruiz (2008: 436).

⁹⁷ Una crítica a estos aspectos de la sentencia en Espigares Huete (2015: 470).

⁹⁸ Infante Ruiz (2008: 436).

⁹⁹ Sobre esta circunstancia, Espigares Huete (2015: 470).

¹⁰⁰ La STS de 4 de diciembre de 2009 (RJ 2010/271) incluye la *exceptio doli* en la caracterización del aval a primer requerimiento, pero lo hace de una manera muy parca y, además, al mismo tiempo sigue hablando de la inversión de la carga probatoria de la inexistencia o del cumplimiento de la obligación garantizada. Poco más explícita respecto de la *exceptio doli* es la STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4083), decisión en la que también se continúa aludiendo a la inversión de la carga de la prueba, pero el sentido del fallo es plenamente respetuoso con la autonomía de la garantía: se desestima la pretensión del deudor de que se condenara al garante a suspender el pago del aval a pesar de que a ese deudor se le había reconocido el derecho a la suspensión del pago.

del precio estaba garantizado con un aval a primer requerimiento. La compradora, que había obtenido medidas cautelares para suspender la ejecución del aval, demandó a la vendedora y a la cesionaria de su crédito solicitando: frente a la vendedora, la anulación del contrato por dolo (y subsidiariamente resolución del contrato e indemnización) y, frente al cesionario, la devolución física del aval. En primera instancia se estimaron todas las pretensiones de la demanda, pero en apelación prosperó el recurso del cesionario en el sentido de absolverle de la obligación de restituir el aval; la anulación el contrato de compraventa, por tanto, devino firme. En el recurso de casación de la compradora, que resulta desestimado, la devolución del aval se vinculaba a las consecuencias restitutorias de la invalidez, pero también, y es lo que ahora nos interesa, a la buena fe y al hecho de ser contrario a la misma permitir que se conservara un aval cuyo cobro sería abusivo. En lo que hace a esta cuestión, el Alto Tribunal, tras afirmar que «esta facultad de alegar la "exceptio doli" corresponde al banco garante, no al ordenante o avalado, en este caso, al demandante», concluye: «...la reclamación del documento del aval por parte del ordenante -demandante y recurrente- no procede, porque se anticipa a la eventual reclamación de pago que el beneficiario de la garantía pueda realizar frente al garante. Será con ocasión de esta reclamación que el banco avalista pueda oponer al beneficiario la "exceptio doli", supuesto que sea conocedor de la nulidad por dolo de la relación subyacente estimada en el curso de los presentes autos...» (FD Quinto).

No debe entenderse, sin embargo, que en una garantía a primer requerimiento el abuso del beneficiario solo pueda ser esgrimido vía excepción por el garante¹⁰¹. También puede serlo por el avalado mediante una acción, sea contra el garante (para que no pague), sea contra el beneficiario (buscando que no ejecute la garantía) o sea contra ambos¹⁰². Cosa distinta es que en este caso no se hubiera solicitado que al beneficiario se le impidiera ejecutar la garantía sino una, insustancial¹⁰³, devolución del aval. Pero ¿qué

¹⁰¹ Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 499); Espigares Huete (2021: 186, nota 40).

¹⁰² *Common Frame of Reference* (IV.G-3:105): « (2) If the requirements of the preceding paragraph are fulfilled, the debtor may prohibit: (a) performance by the security provider; and (b) issuance or utilisation for performance by the creditor».

¹⁰³ No consta que la solicitud de la devolución del aval pudiera entenderse como pretensión de que se impidiera su ejecución. Como señalan Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 499), un aval no es un título valor ni un documento de legitimación (véase, sin embargo, el pasaje de la sentencia reproducido en la siguiente nota) y no puede haber un proceso principal que tenga por objeto la devolución del mismo. El fondo de lo aquí se mantiene se aprecia en la STS de 4 de marzo de 2014 (RJ 2014/1436), en un supuesto en el que, cuando el vendedor beneficiario se dirige al garante, este señala que la garantía se encontraba cancelada y que el garantizado había retirado el aval depositado notarialmente: «Sin perjuicio de que el aval a primer requerimiento fuera otorgado por Caja Madrid, a instancia de Vallehermoso, en

hubiera ocurrido si la pretensión ejercitada contra el cesionario y beneficiario hubiera sido la de que se le impidiera la ejecución del aval? En un caso en el que en primera instancia se había sentado la invalidez del contrato base por dolo (y, además, la misma había devenido firme; ninguna duda, por tanto, de que se está ante una prueba líquida) cuesta pensar que la Audiencia Provincial o el Tribunal Supremo hubieran rechazado la pretensión contra el beneficiario. Aunque lo cierto es que la literalidad de la sentencia del Alto Tribunal da pie para pensar que quizás eso es lo que habría ocurrido¹⁰⁴.

III.- Acabamos de señalar que, con los mismos parámetros de la *exceptio doli* (casos y prueba líquida), podría el avalado dirigirse tanto contra el garante como contra el beneficiario. Si se admite que el garante oponga el abuso para no pagar, no hay razón para que el avalado no pueda esgrimir tal abuso y *adelantarse* para evitar el cobro (no es, a mi juicio, suficiente argumento el que, en caso de pago de una reclamación abusiva, pueda oponerse al regreso¹⁰⁵). Y si esto es así, otro tanto cabe decir respecto de las medidas cautelares (arts. 721, 726, 727.1º y 7º LEC). No se ve motivo para impedir que puedan solicitarse contra el garante o contra el beneficiario¹⁰⁶. No es desde luego fundamento la abstracción o independencia (la autonomía, en definitiva) de la garantía. Lo sería si no existiera *exceptio doli* y la reclamación del beneficiario fuera absolutamente inmune a circunstancias relacionadas con la relación de valuta, pero no lo es. La apariencia de buen derecho (art. 728.2 LEC), sin embargo, no pueda ser otra cosa que la prueba líquida sobre los extremos que quepa aducir en la *exceptio* (o *actio*) *doli*¹⁰⁷. Y se insiste en esto particularmente si las medidas cautelares se dirigen contra el beneficiario porque, de entre toda la diversidad existente en la Audiencias Provinciales respecto de las

virtud de la relación contractual de cobertura de fianza que tenían entre ellas, y para asegurar una obligación de Vallehermoso frente a New Llimonet, beneficiaria del aval, esto no supone que la entidad avalista pueda quedar liberada de la garantía prestada por la mera renuncia al aval de Vallehermoso, ni siquiera cuando vaya unida a la devolución del documento en el que se instrumentó el aval.» (FD 7). Cuestión distinta es que la tenencia del aval por la avalista puede ser valorada, en conjunción con otras circunstancias, de cara a entender extinguida la garantía [era el caso de la STS 26 de marzo de 2015 (RJ 2025/2347), que considera que la discrepancia al respecto no se combate en esa instancia por la vía adecuada].

¹⁰⁴ Además de lo que se ha reproducido en el texto, se señala en el FD Segundo: «Sin embargo, el aval a primer requerimiento, no es una garantía subordinada o accesoria de la obligación principal, sino una garantía autónoma e independiente que vincula directamente al beneficiario con el garante. La entrega del documento supondría, como afirma la sentencia recurrida, una comunicabilidad de la nulidad de la relación subyacente a dicha garantía, haciéndola perder su autonomía e independencia, y hasta el punto de ser ineficaz, pues sin posesión material del documento de aval no es posible su reclamación al garante, como más tarde se analizará, cuando, en el motivo cuarto, se examinen las excepciones al pago que sólo pueden ser opuestas por el banco avalista frente a la reclamación del beneficiario».

¹⁰⁵ Amén de que, como señala Bustillo Saiz (2014: 172), es posible que el ordenante haya realizado provisión o quepa un adeudo automático.

¹⁰⁶ Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 640); Espigares Huete (2006: 306).

¹⁰⁷ Bustillo Saiz (2014: 174 y 175).

medidas cautelares¹⁰⁸, hay una línea que, rechazando que puedan plantearse contra el garante (se invoca la abstracción), las admite respecto del beneficiario con la siguiente argumentación: «Cuando la controversia no se suscita entre el garante y el beneficiario, sino entre el garantizado y el beneficiario, desplazando el objeto del proceso a la relación causal inicial entre ambos, no existe razón legal alguna que impida a las partes ejercitar, sin restricciones, cuantas acciones tiendan a una declaración judicial sobre la validez y eficacia de dicho negocio o sobre su cumplimiento, según el caso, ni, por tanto, que se solicite entre tanto se sustancie el proceso, que se suspenda la ejecución de un medio de garantía del cumplimiento de una obligación que se halla en entredicho, no ya sólo en lo que atañería a su exigibilidad, sino en a su propia existencia, a fin de evitar la frustración del fin mismo del litigio principal» [AAP de Madrid de 19 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:APM:2022:5582) –RJ Octavo–]¹⁰⁹. Esta fundamentación a mi juicio es errónea¹¹⁰, como erróneo es no permitir por principio las cautelares respecto del garante porque en un caso y en otro se trata de evitar el abuso en los estrictos términos definidos en la *exceptio doli*. Pero repárese en que la argumentación criticada es una vía (y ciertamente respondería a la lógica de los razonamientos que se realizan) para relajar las exigencias de la prueba líquida y de la manifiesta falta de derecho. Se insiste: en buena lógica, el *fumus boni iuri* no puede ser otra cosa que la prueba líquida sobre la manifiesta improcedencia de la reclamación.

IV.3. Excepciones relativas a la garantía misma

Desde la STS de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992/8584) se repite en la jurisprudencia¹¹¹ que el garante no puede oponer al beneficiario «otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma». Tales excepciones, por tanto, vienen a configurarse como correspondientes al régimen normal de la figura y, por ello, no

¹⁰⁸ Que no quepan medidas cautelares, que no se pueden dirigir contra el garante, pero sí contra el beneficiario (y en este caso con diferencia de pareceres sobre el contenido de la medida: paralización del cobro, embargo preventivo del crédito, embargo de la cantidad pagada). Un resumen de la diversidad puede verse en Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 539). Sobre el debate en torno a la procedencia o no del embargo preventivo, también: INFANTE RUIZ (2004: 551); Espigares Huete (2006: 285 ss.); Bustillo Saiz (2014: 174 y 175).

¹⁰⁹ En este Auto, como en otros de la Audiencia Provincial de Madrid que se citan en la misma, se da cuenta de la llamativa diversidad de pareceres que sobre el asunto mantienen sus distintas Secciones.

¹¹⁰ Como señalan Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 540), es claro que también frente al beneficiario estaba el deudor obligado a proporcionar una garantía en la que el garante se obligara a primer requerimiento.

¹¹¹ Entre las más recientes, SSTS de 31 de mayo de 2023 (JUR 2023/246818), de 5 de abril de 2019 (RJ 2019/1281), de 19 de mayo de 2016 (RJ 2016/2279), de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4083), de 16 de julio de 2014 (RJ 2014/4640), de 4 de marzo de 2014 (RJ 2014/1436), de 3 de marzo de 2014 (RJ 2014/1425).

excluidas por las fórmulas generales de inoponibilidad de excepciones.

Dentro de estas excepciones propias de la garantía está en primer lugar la de invalidez de la propia garantía; invalidez, claro está, por causas ajenas a la relación de valuta y sometida al régimen de prueba líquida¹¹². Igualmente son oponibles las excepciones relativas a los presupuestos para la reclamación establecidos en el texto de la garantía: afirmación de incumplimiento, declaración de resolución, acreditación de la reclamación previa al deudor garantizado, presentación de documentos, etc. Y, por supuesto, las que se refieren a los elementos configuradores de esa garantía y que igualmente constarán en el texto de la misma: legitimación, vigencia¹¹³, importe. Entre estas últimas está la del riesgo cubierto, pero su admisión también debe quedar sometida a los estrictos términos de la prueba líquida¹¹⁴. Como se ha señalado¹¹⁵, si el beneficiario declara que reclama porque se ha producido un riesgo distinto al que consta en la garantía, el garante puede oponerse, pero no podrá hacerlo (a salvo la *exceptio doli*) si el beneficiario afirma que se ha producido el riesgo garantizado¹¹⁶.

La literalidad de la garantía, sin embargo, no fue suficiente para justificar la oposición al pago en el caso que dio lugar a la STS de 27 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6860). Se avalaba a primer requerimiento el precio de compras de pescado y marisco y se había establecido que, hasta determinada cantidad, se cubrían los pagos de las facturas que se emitieran determinado día de la semana (el sábado). En lo que a

¹¹² De otro parecer respecto de este último extremo parece ser Busto Lago (2013: 4784 y 4785).

¹¹³ La STS de 30 de marzo de 2009 (RJ 2009/2394) aborda un caso (se trataba de una compraventa internacional) en el que el deudor garantizado solicitaba la declaración de extinción del aval y se trataba de interpretar la convivencia de un plazo cierto de vigencia con una cláusula en la que se señalaba que la garantía duraría hasta que por escrito se liberara al garante (el Tribunal Supremo entiende que semejante cláusula quedaba referida a la posible extinción antes del transcurso del periodo de vigencia establecido).

¹¹⁴ Bustillo Saiz (2014: 118 y 119). Ilustrativa es la SAP Madrid de 29 de septiembre de 2014 (JUR 2014/298280), que estima el recurso contra la sentencia de primera instancia considerando que, a la vista de la literalidad del texto del aval, la garantía sólo cubría los pagos y gastos derivados del desarrollo urbanístico y no el precio de la compraventa.

¹¹⁵ Carrasco Perera (1996: 755).

¹¹⁶ Y esto se proyecta sobre la cantidad de lo solicitado si, habiéndose establecido un máximo, tal cantidad no supera el mismo [Montserrat Valero (2017: 878 y 879) recoge algunas sentencias de instancia en este sentido]. En la STS de 12 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8408), y en lo que ahora nos interesa, se desestima el recurso de casación frente a la sentencia de apelación que había rebajado el importe de lo que debía abonarse al beneficiario. El aval cubría cantidades pendientes de liquidación y, aunque en el mismo se señalaba que era suficiente que al reclamar se manifestara esa falta de liquidación, lo cierto es que en la propia garantía se contemplaba como única excepción oponible el que «la afianzada "obste formalmente el mismo en el término de cinco días naturales... acompañando a esa manifestación el recibo de pago o la liquidación del pasivo reclamado"». Por tanto, y aunque así se consideró, no se trataba propiamente de una garantía a primer requerimiento porque, ante la reclamación del beneficiario, cabía oposición más allá del tenor de la garantía. No es, por tanto, que se terminara aceptando el resultado de una prueba admitida en contra de lo lógica de la garantía autónoma, sino de una prueba perfectamente admisible según el tenor de lo pactado.

nosotros nos interesa, el garante discutía la obligación de pago (la cobertura) de facturas libradas otro día. Sin embargo, desde la primera instancia se rechazó semejante motivo de oposición, argumentándose en la sentencia de casación tanto que «...el señalamiento del día de la semana en que debía expedirse la factura –sábado– no es una condición esencial de la que pueda hacerse desprender la eficacia de la garantía “pues lo pretendido por la voluntad negocial de las partes es que las compras de cada período semanal se reflejen en una factura única al finalizar cada semana”» (FD Tercero) como que ya se habían satisfecho facturas expedidas otros días de la semana.

Poco más sobre el riesgo cubierto encontramos en las decisiones del Alto Tribunal. Desde luego no constituye un ejemplo a seguir la STS de 1 de octubre de 2007 (RJ 2007/8087). Ya nos hemos referido a ella a propósito de la *exceptio doli* y señalado que reconduce aspectos que propiamente se ubican en tal excepción (los relacionados con la relación subyacente) a las excepciones propias de la garantía y en concreto al objeto de la garantía. En el caso se garantizaba el precio de compra de unos teléfonos móviles de determinadas características resultando que se entregó otro tipo de teléfonos. Pues bien, una de las líneas de argumentación del Tribunal Supremo para justificar la oposición del garante a la ejecución de la garantía por parte del beneficiario incumplidor fue que lo garantizado era la entrega de un tipo de móvil y no de otro¹¹⁷. Sin embargo, si se garantiza el buen cumplimiento de la obligación y se entrega otra cosa, el asunto no es reconducible al objeto de la garantía¹¹⁸ sino en todo caso a la *exceptio doli* y sometido, por ello, a los estrictos términos de la prueba líquida (tema en el que tampoco el caso ha de servir de modelo porque en la instancia se admitió prueba).

V. REGRESO Y SUBROGACIÓN

I.- El garante que ha satisfecho el importe de la garantía puede dirigirse en vía de regreso¹¹⁹ contra el ordenante, que no podrá oponer excepciones relacionadas con la

¹¹⁷«No puede, en consecuencia, considerarse vulnerada la jurisprudencia reiterada a que se ha hecho referencia, pues la alegación de la demandada en el sentido de que los teléfonos móviles suministrados por las recurrentes a Diarphone no coincidían con los que fueron objeto del contrato entre Diarphone y Productos Cosméticos y que la reclamación fue fraudulenta no constituye una alegación ajena a la garantía, sino que se refiere a su objeto y al alcance de la obligación del garante» (FD Tercero).

¹¹⁸ Monserrat Valero (217:874 y 875).

¹¹⁹ Ese regreso puede haberse materializado contra una provisión previamente realizada o mediante un cargo en cuenta. Pueden existir igualmente garantías en sentido propio. Sobre el tema, Sánchez-Calero Guilarte (1995: 179 ss.).

relación de valuta¹²⁰: STS de 12 de julio de 2001 (RJ 2001/5159)¹²¹. Solo cabría oposición si el garante, al satisfacer la garantía, ha incumplido las obligaciones de la relación de mandato/comisión mercantil¹²² que les liga y ello ha determinado un pago al que cabría haberse opuesto con éxito.

En ese genérico enmarque de las obligaciones contractuales del garante frente al ordenante se han de ubicar las valoraciones sobre la obligación de informar del requerimiento de pago por parte del beneficiario y sobre la eventual obligación de oponer la *exceptio doli*. Si no se ha pactado otra cosa, el garante está obligado a comunicar al deudor ordenante la exigencia de pago (arts. 1840, 1719 y 1258 CC, y 260 CCo)¹²³; de hecho, será ese deudor quien, en su caso, le proporcionará la información relevante de cara al planteamiento de la *exceptio doli*. Téngase en cuenta, sin embargo, que, si no se ha acordado, la sola circunstancia de no informar no determina la imposibilidad del regreso, pues solo lo hará si se llega a la conclusión de que, de haber informado, se habría proporcionado información determinante del éxito de la *exceptio*. Por lo mismo, si no se ha excluido por pacto (y semejante efecto no se puede derivar de la sola circunstancia de excluir la obligación de informar), ha de entenderse que, si se dan los elementos configuradores de tal excepción, su planteamiento es obligatorio¹²⁴. Pero repárese que en la anterior afirmación hay una asunción: que la *exceptio doli* habría tenido éxito. De ahí que, no habiéndola opuesto el garante (de ordinario contraviniendo el deseo y las instrucciones de ordenante que, como regla general, se opondrá al pago), esta circunstancia solo podría impedir el regreso si se concluyera que se habría evitado la ejecución de la garantía¹²⁵. Como se ve, si el ordenante cuestiona el regreso no puede evitarse un *juicio* sobre el eventual éxito de la *exceptio doli*. Por esa razón, el pago contra

¹²⁰ Carrasco Perera (1995: 747); Busto Lago (2006: 216; 2013: 4778); Bustillo Saiz (2014: 185).

¹²¹ Se demandaba en regreso a la asegurada (se trataba de un seguro de caución) y a un fiador. En el caso de la SAP Barcelona de 11 de junio de 2019 (JUR 2019/188270) la inoponibilidad de excepciones relativas a la relación subyacente se afirma respecto de la reclamación contra el deudor por parte de un fiador que había afianzado el pago frente al banco garante a primer requerimiento.

¹²² Sobre la *naturaleza* de la relación y el contenido de la misma: Sánchez-calero Guilarte (1995: 148 ss.); San Juan Crucelaegui (2004: 236, 237, 551 y 552); Busto Lago (2006: 200 ss.; 2013: 4772 ss.); Bustillo Saiz (2014: 181 ss.).

¹²³ Busto Lago (2006: 206 ss.); Espigares Huete (2006: 267 ss.); Sánchez-Calero Guilarte (1995: 216, 364-367, 403 y 404).

¹²⁴ Busto Lago (2006: 210 y 211); Espigares Huete (2006: 271).

¹²⁵ De ello partía la STS de 10 de junio de 2014 (RJ 2014/4365) al señalar «...para el caso de que, de acuerdo con el texto de la garantía, no obstante pagara al beneficiario, la posible reclamación de la contragarantía contra el ordenante-avalado...tendría la posibilidad de oponerse al pago, oposición que encontraría su fundamento en no haber actuado el banco avalista de buena fe, conocedor de la nulidad de pleno derecho por dolo de la relación subyacente, declarada firme» (FD Quinto).

una medida cautelar tampoco puede ser una razón que, por sí sola, obste el regreso de modo definitivo.

A la misma conclusión, en lo que hace a la obligación de su planteamiento, ha de llegarse respecto a las excepciones relativas a la propia garantía¹²⁶. No cabría regreso: si se paga tras expirar la garantía, a quien según el texto de la garantía no estaba legitimado para ejecutarla, más del importe consignado (por el exceso), o sin que concurren los presupuestos de reclamación establecidos.

Si no se ha pactado otra cosa, el importe del regreso se determinará de acuerdo a lo establecido en el art. 1838 CC¹²⁷.

II.- El garante que ha satisfecho la garantía goza de subrogación en los derechos del beneficiario¹²⁸. No hay ninguna razón para negar semejante efecto en una garantía autónoma. Se ha argumentado que la subrogación legal requiere que se pague una deuda ajena¹²⁹, pero es claro que no es así pues el fiador cumple una obligación propia y cuenta con subrogación (art. 1839 CC). Lo determinante es que se extinga una obligación ajena¹³⁰, y esto es lo que ocurre cuando el garante paga (con independencia de que se trate de una garantía autónoma o accesoría).

VI. LA LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR CONTRA EL BENEFICIARIO QUE HA COBRADO INDEBIDAMENTE

¹²⁶ Busto Lago (2006: 210 y 214).

¹²⁷ Sánchez-Calero Guilarte (1995: 182 ss.); NUÑEZ ZORRILLA (2001: 276); Espigares Huete (2006: 318 y 319); Bustillo Saiz (2014: 182). En lo que hace al *dies a quo* para el devengo de los intereses de la cantidad pagada, también procede el criterio del art. 1838 CC frente al de los arts. 1728 III CC y 278 CCo, pues una actuación diligente del garante requiere la comunicación del pago al deudor garantizado [Galicia Aizpurua (2023:21)].

¹²⁸ Carrasco Perera (1992: 57 y 58); Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2001: 276 y 277); San Juan Crucelaegui (2004: 553 y 554); Adame Martínez (2005: 634); Espigares Huete (2006: 318, nota 631); Bustillo Saiz (2014: 179, 184). En general se asume que la subrogación resulta una vía diferente al regreso, de suerte que, siguiendo la literalidad del art. 1212 CC, al garante se le transmitirían no solo los anexos al crédito del beneficiario sino el propio crédito. Con buenos argumentos, sin embargo, se mantiene [por todos, Galicia Aizpurua (2023: 42 ss.)] que no se trata de una vía alternativa al regreso sino de que en ese regreso (con el contenido del art. 1838 CC) el garante pueda contar con los anexos que tenía el crédito del beneficiario contra el deudor.

¹²⁹ Busto Lago (2006: 218 y 219; 2013: 4779 y 4780). Al argumento consignado en el texto, añade Sánchez-Calero Guilarte (1995: 198 y 199) el carácter indemnizatorio del pago del garante y que difícilmente puede admitirse que el pago suponga la liberación del deudor ni la plena satisfacción del interés del acreedor en la obligación principal. Es claro, sin embargo, que ello se ha de admitir en la misma medida que se hace en una garantía accesoría.

¹³⁰ Defiende Galicia Aizpurua (2023: 34 ss.) que la subrogación solo le correspondería al garante que fuera gestor contractual o cuasicontractual del deudor, lo que llevaría a excluirla en los casos de garantía en contra de la voluntad del deudor o en exclusivo interés del fiador.

I.- Ya hemos adelantado que es en este punto en el que en Alemania ha terminado por sustanciarse la diferencia, en cuanto a sus efectos, entre una garantía a primer requerimiento y la fianza a primer requerimiento. En la garantía, el garante *que ha pagado bien* solo se puede dirigir en regreso contra el deudor garantizado¹³¹. Será este quien después, y si de acuerdo a las contingencias de la relación subyacente al beneficiario no le correspondía ver satisfecho su interés, se podrá dirigir contra el mismo. Las vías para hacerlo serían bien una reclamación contractual con fundamento en la relación subyacente o bien por enriquecimiento sin causa.

Habrá pagado bien el garante que no podía oponerse al pago. Y la razón de que no se pueda dirigir contra el beneficiario que ha cobrado indebidamente según la relación de valuta se ve en que ello significaría que, finalmente, sí podrían hacerse valer frente a tal beneficiario circunstancias relativas a tal relación y, de este modo, se quebraría la independencia. Solo cabría una reclamación del garante contra el beneficiario por cobro de lo indebido en los casos en los que el garante hubiera pagado mal. Son los supuestos en los que habría podido, y debido, oponerse al pago y no lo ha hecho, y en los que precisamente por ello no procede el regreso.

En la fianza a primer requerimiento¹³², sin embargo, el garante podría dirigirse tanto contra el garantizado (si procede el regreso) como contra el beneficiario¹³³. Contra este último podría hacerlo porque la inoponibilidad de excepciones no era permanente (y ello se ve como una consecuencia de que al fin y al cabo la fianza sigue siendo accesoria).

II.- Como ya se ha dicho, a la hora de perfilar el *régimen típico* de lo que habitualmente se denomina aval a primer requerimiento, la práctica totalidad de la doctrina española (sea por influjo de la alemana o de la italiana) se inclina por adoptar el modelo de la *Garantie* (lo que se denomina concepción material de la garantía a primer requerimiento¹³⁴). Así, en algunos casos se descarta la repetición por parte del garante contra el beneficiario¹³⁵, en otros se considera que solo estaría legitimado si hubiera pagado mal (y, por tanto, no cupiera el regreso contra el deudor garantizado)¹³⁶, o también

¹³¹ Habersack (2020.a: Rn 30 y 31).

¹³² Habersack (2020.b: Rn 112 y 113); Stürmer (2020: Rn 38).

¹³³ El fundamento se ve en sea el contrato de fianza [Habersack (2020.b: Rn 112)], sea en el enriquecimiento [Stürmer (2020: Rn 37)].

¹³⁴ Busto Lago (2006: 131-133 y 232); Espigares Huete (2006: 106).

¹³⁵ Infante Ruiz (2004: 554 y 572).

¹³⁶ Espigares Huete (2006: 321-323); Díaz Moreno (2005: 105); Bustillo Saiz (2014: 184 ss.). Posiblemente habría que ubicar aquí a Sánchez-Calero Guilarte (1995: 402) y a San Juan Crucelaegui (2004: 554).

se defiende que, además de en estos supuestos, cabría dirigirse contra el beneficiario si no fuera posible el regreso por insolvencia del ordenante¹³⁷.

Resulta comprensible que la muy considerable producción doctrinal existente en Alemania e Italia en torno al contrato de garantía influyera de manera tan determinante en una doctrina española en cuyos documentados trabajos se encuentra detallado reflejo de tal producción. Pero, como se ha dicho¹³⁸, resulta innecesario asumir tal construcción, pues nada añade a la finalidad de una garantía autónoma que el garante (que ciertamente de ordinario va a obtener satisfacción del garantizado¹³⁹ o gozará de contragarantías), no pueda, en su caso, dirigirse¹⁴⁰ contra el beneficiario. Ya vimos que el que pueda hacerlo es lo que se ha descrito como concepción procesal de la garantía o modelo de *solve et repete*¹⁴¹: la inoponibilidad de excepciones relacionadas con la relación garantizada operaría frente a la reclamación del garante, pero la improcedencia de fondo de la reclamación del acreedor podría hacerse valer después por el propio garante. La falta de accesoriedad sería, por tanto, provisional y no definitiva.

Lo que aquí se mantiene no se vincula a la tipicidad o atipicidad. Hemos señalado que no se ve inconveniente en hablar de fianza no accesoría, pero el que la garantía autónoma se sitúe en el ámbito de la atipicidad no es razón para importar la denominada concepción material¹⁴². Y menos razón hay todavía para construir dos modelos de garantía autónoma¹⁴³.

Bibliografía

¹³⁷ Núñez Zorrilla (2001: 282). A la posibilidad de reclamación contra el beneficiario solo cuando no quepa el regreso por insolvencia del ordenante se refiere Busto Lago (2006: 216).

¹³⁸ Señalan Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 518) con argumentos reproducibles para las garantías internas: «Lo determinante de estas garantías es que el beneficiario cobre antes de discutir los extremos relevantes, Pero no tiene que ver con las exigencias del tráfico internacional el que el legitimado para recuperar posteriormente el pago indebido sea el garante o el deudor de la relación subyacente. Tal cuestión es indiferente para la funcionalidad de la gpr».

¹³⁹ Si se admite la posibilidad de que el garante pueda dirigirse igualmente contra el beneficiario, mantienen Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 517) que el deudor que ha pagado en regreso, además de con las acciones de la relación subyacente y de enriquecimiento sin causa [este es el fundamento en la SAP Zamora de 15 de mayo de 2003 (JUR 2003/152018)], contaría con la del propio garante vía cesión del crédito.

¹⁴⁰ Dispondría alternativamente de ambas acciones: Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022:517).

¹⁴¹ Carrasco Perera (2000: 994); Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 517 y 518).

¹⁴² Otra cosa es que, si se asume como *prius* esa concepción (que es lo que aquí se discute), la atipicidad venga prácticamente obligada.

¹⁴³ Distinto sería que expresamente se pacte la imposibilidad de que el garante pueda repetir contra el beneficiario.

- ADAME MARTÍNEZ, M. A. (2005): “Comentario a la STS de 28 de mayo de 2004”, *CCJC*, 68 (pp. 621-636).
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (1996): “Las bases dogmáticas de las garantías bancarias”, *RCDI* (pp. 1799-1866).
- BUSTILLO SAIZ, M^a del M. (2014): *Sobre la atipicidad de las garantías a primera demanda y del seguro de caución*, Comares, Granada.
- BUSTO LAGO, J.M. (2006): *Las Garantías Personales Atípicas en el Ordenamiento Jurídico Español*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor.
- (2013): “Contrato de garantía a primer requerimiento”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ, R. (dir.): *Tratado de Contratos*, T. IV, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 4719-4811).
- (2019): “Accesoriedad de aval a primer requerimiento vinculado al contrato subyacente. Comentario a la STS de 5 de abril 2019”, *CCJC*, 111 (pp. 287-308).
- CAMACHO DE LOS RÍOS, J. (1994): “Interpretación de las cláusulas ‘a primera demanda’ en los contratos mercantiles”, *RDBB*, 54 (pp. 393-424).
- CARRASCO PERERA, Á. (1992): *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, La Ley, Madrid.
- (1996): “Las nuevas garantías personales”, en NIETO CAROL, U. y BONET SÁNCHEZ, J. I. (coord.): *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Vol. 1, Civitas, Madrid.
- (2000): “Comentario a la STS de 17 de febrero de 2000”, *CCJC*, 54, 986-998.
- CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J. (2022): *Tratado de los Derechos de Garantía*, T. I, 4^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- CASTILLA BAREA: (2013): “Comentario al art. 1826 CC”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ, R. (dir.): *Comentarios al Código Civil*, T. IX, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 12499-12510).
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1971): *El negocio jurídico*, INEJ, Madrid (reedición facsímil: Civitas, Madrid, 1985).
- DÍAZ MORENO, A. (1993): “Los trabajos de UNCITRAL en materia de garantías independientes internacionales”, *RDM*, 207 (pp. 151-205).
- (1996): “Nota introductoria acerca de la Convención de Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes”, *RDBB*, 64 (pp. 1013-1068).
- (2005): “Reglamentación uniforme sobre los contratos de garantía”, en ANGULO RODRÍGUEZ, L., CAMACHO DE LOS RÍOS, J., HOYOS ELIZALDE, C. (dirs.): *Las tendencias actuales de los contratos de garantía*, Atelier-Fundación Mapfre, Barcelona.
- ESPIGARES HUETE, J. C. (2006): *La garantía «A primer requerimiento». Mecanismos de defensa frente a las reclamaciones abusivas del beneficiario*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- (2015): “Comentario a la STS de 17 de julio de 2014”, *CCJC*, 97 (pp. 459-489).
- (2021): “Las garantías ‘a primer requerimiento’, independientes o autónomas: vuelta a la irrelevancia de la cláusula de pago a ‘primer requerimiento’”, en CAMACHO DE

- LOS RÍOS, J., ESPIGARES HUETE, J. C. y VELASCO FABRA, G. (dirs.): *Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil*, Thomson Reuter Aranzadi, Cizur Menor, 143-201.
- GALICIA AIZPURUA, G. (2023): “El derecho de regreso del fiador *solvens*: régimen sustantivo y clasificación concursal”, *ADC*, fasc. I (pp. 7-76).
- GÓMEZ-BLANES, P. (2008): *El principio de accesoriedad en la fianza*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor.
- HABERSACK, M. (2020.a): “Vor § 765 BGB“, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 7: Schuldrecht - Besonderer Teil IV §§ 705-853*, 8ª ed., C.H. Beck, München.
- (2020.b): “BGB § 765 BGB Vertragstypische Pflichten bei der Bürgschaft“, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 7: Schuldrecht - Besonderer Teil IV §§ 705-853*, 8ª ed., C.H. Beck, München.
- HERNÁNDEZ MENI, I. (2021): “La virtualidad de la cláusula de pago a primer requerimiento para definir la naturaleza de las garantías autónomas”, *RDC*, 4 (pp. 125-159).
- INFANTE RUIZ, F.J. (2004): *Las garantías personales y su causa*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2008): “Comentario a la STS de 1 de octubre de 2007”, *CCJC*, 76 (pp. 415-440).
- MARIMÓN DURÁ, R (2021): “La garantía independiente o a primer requerimiento”, en MARQUÉS MOSQUERA, C. y DE LA CÁMARA ENTRENA, B. (coord.): *Las garantías en el Derecho mercantil: problemática actual*, Fundación Notariado, Madrid (pp. 211-262).
- MONSERRAT VALERO, A. (2017): *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I. (2001): “Accesoriedad y subsidiariedad en las garantías a primer requerimiento (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2000)”, *RDM*, 240 (pp. 673-699).
- NÚÑEZ ZORRILLA, Mª del C. (2001): *La problemática actual de las denominadas garantías independientes o autónomas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (1995): *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid.
- SAN JUAN CRUCELAEGUI, J. (2004): *Garantías a Primera Demanda: Contratación Internacional e Interna*, Thomson Civitas, Madrid.
- STÜRNER, M. (2020): “Vorbemerkung zu §§ 765 ff“, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 765-778 (Bürgschaft)*, Otto Schmidt/De Gruyter, Berlin.

Relación jurisprudencial

1.- Tribunal Supremo

STS de 11 de julio de 1983 (RJ 1983/4209).

STS de 14 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7878)

STS de 2 de octubre de 1990 (RJ 1990/7464)
STS de 15 de abril de 1991 (RJ 1991/ 2693)
STS de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992/8584)
STS de 17 de febrero de 2000 (RJ 2000/1162)
STS de 30 de marzo de 2000 (RJ 2000/2314)
STS de 5 de julio de 2000 (RJ 2000/6010)
STS de 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10438)
STS de 12 de julio de 2001 (RJ 2001/5119)
STS de 14 de diciembre de 2001 (RJ 2001/9304)
STS de 5 de julio de 2002 (RJ 2002/8225)
STS de 12 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8408)
STS de 27 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6860)
STS de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004/3553)
STS de 1 de octubre de 2007 /RJ 2007/8087)
STS de 30 de marzo de 2009 (RJ 2009/2394)
STS de 27 de octubre de 2009 (RJ 2009/5711)
STS de 4 de diciembre de 2009 (RJ 2010/271)
STS de 26 de febrero de 2013 (RJ 2013/2153)
SSTS de 3 de marzo de 2014 (RJ 2014/1425)
STS de 4 de marzo de 2014 (RJ 2014/1436)
STS de 10 de junio de 2014 (RJ 2014/4365)
STS de 16 de julio de 2014 (RJ 2014/4640)
STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4083)
STS de 26 de marzo de 2015 (RJ 2025/2347)
STS de 19 de mayo de 2016 (RJ 2016/2279)
STS de 21 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5651)
STS de 5 de abril de 2019 (RJ 2019/1281)
STS de 25 de octubre de 2019 (RJ 2019/3676)
STS de 2 de febrero de 2021 (RJ 2021/370)
STS de 31 de mayo de 2023 (JUR 2023/246818)

2.- Audiencias Provinciales

SAP Zaragoza de 13 de mayo de 1998 (AC 1998/5780)
SAP Zamora de 15 de mayo de 2003 (JUR 2003/152018)
SAP Madrid de 29 de septiembre de 2014 (JUR 2014/298280)
SAP Barcelona de 11 de junio de 2019 (JUR 2019/188270)
SAP Barcelona de 21 de noviembre de 2022 (ECLI:ES: APB: 2022:12237)
AAP Bizkaia de 8 de octubre de 2021 (ECLI:ES: APBI: 2021:1672)
AAP de Madrid de 19 de diciembre de 2022 (ECLI:ES: APM: 2022:5582)

**TUTELA CUANTITATIVA DE LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL:
CUESTIONES DUDOSAS Y JURISPRUDENCIA RELEVANTE¹**
*Quantitative protection to the forced share in the Civil Code: uncertain matters and
relevant case law*

GORKA GALICIA AIZPURUA

gorka.galicia@ehu.eus

Catedrático de Derecho Civil

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

Cómo citar / Citation

Galicia Aizpurua, G. (2023).

Tutela cuantitativa de la legítima en el Código civil: cuestiones dudosas y jurisprudencia relevante.

Cuadernos de Derecho Privado, 7, pp. 45-79

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.50>

(Recepción: 26/10/2023; aceptación tras revisión: 28/12/2023; publicación: 31/12/2023)

Resumen

Este trabajo analiza los aspectos nucleares del régimen de protección cuantitativa de la legítima en el Código civil español, así como la más reciente doctrina jurisprudencial existente al respecto. Se trata de un régimen oscuro y disperso, que, por esto mismo, suscita en su aplicación una gran inseguridad entre los operadores jurídicos, y ello en aspectos tan trascendentales como, por ejemplo, la determinación del plazo de prescripción de las acciones de reducción de disposiciones inoficiosas o la fijación del *dies a quo* para su cómputo.

Palabras clave

Legítima, intangibilidad cuantitativa, inoficiosidad, acción de complemento, cómputo legitimario.

Abstract

The purpose of this paper is to analyse the key aspects of the scheme set out in the Spanish Civil Code for the quantitative protection of the forced share, as well as the most recent case law on the subject. The regime is opaque and patchy, making its application uncertain which, in turn, generates great insecurity amongst practitioners with respect to important aspects, such as establishing the limitation period for submitting a claim for the reduction of a provision detrimental to the forced share or determining the *dies a quo* for its calculation.

Keywords

¹ Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco GIC IT1445-22 sobre *Persona, familia y patrimonio*, del que es IP el autor.

Forced share, quantitative intangibility, detriment to the forced share, action for supplementary payment, calculation of the forced share.

SUMARIO:

I. PLANTEAMIENTO. II. PREMISAS: POSICIÓN JURÍDICA DEL LEGITIMARIO Y REGLAS DE CÓMPUTO. II.1. Posición del legitimario: legítima *pars bonorum*. II.2. Cómputo legitimario: aspectos nucleares. II.2.1.) Donaciones computables. II.2.2.) Momento de valoración del *donatum*. III. REDUCCIÓN DE LIBERALIDADES INOFICIOSAS. III.1. Orden y modo de reducción. III.2. Legitimación activa: supuestos de lesión legitimaria por vía particional y otras cuestiones. III.3. Plazo de ejercicio de las acciones de reducción y *dies a quo* para su cómputo. III.3.1.) Plazo de prescripción de las acciones de reducción. III.3.2.) *Dies a quo* IV. IMPUGNACIÓN DE NEGOCIOS CELEBRADOS EN FRAUDE A LA LEGÍTIMA. V. UN DESIDERÁTUM A MODO DE COROLARIO. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. PLANTEAMIENTO

Es obvio que toda legítima constituye, en su aspecto negativo, un freno o límite a las posibilidades de disposición *mortis causa* del *de cuius*. Pero al mismo tiempo, en un sentido positivo, conforma también un derecho subjetivo del legitimario, derecho que los diversos sistemas sucesorios coexistentes en el Estado español suelen proteger, fundamentalmente, a través de las siguientes cuatro acciones:

a) La de preterición para los casos en los que el sucesor forzoso no haya sido siquiera mencionado en el acto de última voluntad del causante, acción cuyas consecuencias suelen hacerse variar según que esa omisión se haya debido a su propósito deliberado de no mencionarle o a un error suyo acerca de su existencia o aun al desconocimiento de esta (art. 814 CC; arts. 48.4 y 51.2 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco -LDCV-; art. 46 del texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares -CDB-; arts. 503 a 508 del Código de Derecho Foral de Aragón -CDFA-; arts. 258 a 261 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia -LDCG-; y art. 451-16 del Código Civil de Cataluña -CCCat.-). Este remedio aparece contemplado incluso en los sistemas navarro y ayalés de absoluta libertad de testar, a fin de proteger la legítima «formal» de descendientes (ley 271 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra o Fuero Nuevo -FN-; art. 90 LDCV).

b) La de desheredación injusta, para los casos en que, a fin de privar de su derecho al legitimario, el causante haya alegado la comisión contra él por parte de este de

algún acto ofensivo cuya certeza no resulte acreditada o que sea diferente a aquellos que vienen taxativamente fijados por la ley como justas causas para desheredar (art. 851 CC, art. 46 CDB, art. 514 CDFA, art. 264 LDCG, art. 451-21 CCCat.).

c) La de intangibilidad cualitativa, al objeto primordial de conseguir la eliminación de aquellos gravámenes que, establecidos por el causante sobre los bienes asignados al legitimario en pago de su derecho, impidan u obstaculicen el pleno disfrute de los mismos (art. 813 CC, art. 56 LDCV, arts. 498 y 499 CDFA, art. 241 LDCG, art. 451-9 CCCat.).

d) Y, en fin, la de intangibilidad cuantitativa, para obtener la reducción o minoración de aquellas disposiciones realizadas por el causante a título gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, que sean inoficiosas, es decir, que perjudiquen o lesionen cuantitativamente el derecho del sucesor o de los sucesores forzosos al exceder su valor de la parte de la que aquel podía disponer libremente.

De entre los diversos sistemas legitimarios recién aludidos, cuentan con un régimen específico en materia de protección cuantitativa tanto el CC como los ordenamientos aragonés (arts. 494 a 496 CDFA), gallego (arts. 251 y 252 LDCG) y catalán (arts. 451-22 a 451-24 CCCat.). En cambio, Baleares y País Vasco carecen de normas propias en este ámbito, por lo que en ambos sistemas deben aplicarse supletoriamente las del CC en tanto no contradigan sus respectivos principios inspiradores (arts. 3 LDCV y 1.3.5ª CDB).

Lo que aquí va a abordarse es el análisis y exposición de los aspectos más relevantes de las acciones de tutela cuantitativa tal y como aparecen reguladas en el CC, cuyo régimen es, de entre todos los coexistentes en el territorio del Estado, el que indudablemente más oscuridades presenta y, por tanto, el que mayor inseguridad suscita entre los operadores jurídicos. Dichas oscuridad e inseguridad tienen mucho que ver, desde luego, con la falta de una revisión profunda del Derecho de sucesiones del Código en general y de su sistema legitimario en particular, a diferencia de lo acaecido en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, las cuales hace ya mucho tiempo que acometieron un proceso de modernización y actualización de sus respectivos sistemas. No obstante, el Tribunal Supremo ha dictado en el último trienio algunas resoluciones que arrojan cierta luz sobre la cuestión, como es el caso, por ejemplo, de las SSTS 419/2021, de 21 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2367), 184/2022, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:941), 280/2022, de 4 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1387) y 1548/2023, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:4661). Al examen de esta jurisprudencia y de las

cuestiones más importantes del régimen de protección cuantitativa de la legítima en el CC se consagran, como se ha dicho, los apartados siguientes. Ahora bien, una exposición ordenada y un análisis certero de las mismas exigen sentar dos premisas previas, a saber, cuál sea la exacta posición jurídica que compete al legitimario según el CC, de un lado, y cuáles sean las reglas para el cálculo o cómputo de la *portio debita*, de otro.

II. PREMISAS: POSICIÓN JURÍDICA DEL LEGITIMARIO Y REGLAS DE CÓMPUTO

II. 1. Posición del legitimario: legítima *pars bonorum*

Abstracción hecha de añejas polémicas, doctrina y jurisprudencia se muestran hoy prácticamente unánimes a la hora de defender la naturaleza de la legítima como una *pars bonorum* o «porción de bienes» (art. 806 CC), en el sentido de que la misma consiste en una parte del activo líquido relicto (deducidas, pues, las deudas) a satisfacer con cargo a los bienes hereditarios (o sea, *in natura*) mediante cualquier título sucesorio (institución, legado) a partir del instante de la apertura de la sucesión si no hubiese sido colmada ya en vida del causante por medio de donaciones (art. 815 CC)².

Esta consistencia adjudicada con carácter general a la figura comporta simultáneamente la consideración del legitimario como un cotitular de los bienes relictos y, por tanto, como un partícipe en la comunidad hereditaria, de modo que se integrará en ella no solo cuando el causante le haya instituido heredero, sino también cuando le haya dejado un legado simple de legítima o, lo que es igual, cuando se haya limitado a salvar o a reconocer su derecho. Aún más: tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antigua Dirección General de los Registros y del Notariado) consideran que el legitimario posee tal condición incluso en las hipótesis en que el causante haya satisfecho su cuota mediante una donación o un legado de cosa cierta, puesto que la ley, como se ha dicho, le reserva una «porción de bienes», porción que permanece latente y en función de garantía *hasta tanto no se compruebe que la atribución a título particular hecha en su favor resulta suficiente*. No se trata, entonces, de que el legitimario donatario o perceptor de un legado de cosa determinada tenga

² Vid., por ejemplo, SSTS 685/1989, de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:1989:15730), 695/2005, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5646), 608/2010, de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2010:7702) y 516/2012, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2012:6027). Entre la doctrina, también a modo de ejemplo, vid. Lacruz Berdejo (1973: 25 ss.), Vallet de Goytisolo (1974: 180 ss.), Cámara Álvarez (2011: 196), Torres García y Domínguez Luelmo (2016: 356 y 357), Busto Lago (2021: 1060).

derecho a «intervenir» en la partición a fin de controlar o fiscalizar que las operaciones de inventario y avalúo de los bienes relictos han sido correctamente realizadas y comprobar así que aquel ha sido respetado, sino que ha de «participar» en ella y *prestar su consentimiento a la división*, de suerte que, sin su anuencia, esta no puede considerarse bien hecha ni ser eficaz. Dígase lo mismo de la entrega de los legados ordenados por el testador.

Así lo sostuvo la STS 640/2012, de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6952), pero es doctrina acogida también por múltiples resoluciones de la DGRN y de la DGSJFP³. En la RDGSJFP de 3 de febrero de 2021 (RJ 2021, 516), verbigracia, se lee literalmente que la legítima del CC «se identifica como una auténtica *pars bonorum* que confiere al legitimario un derecho como cotitular –por mandato legal– del activo líquido hereditario, quedando garantizada por la ley igualmente una proporción mínima en dicho activo y que –salvo excepciones, cuyo planteamiento aquí no corresponde– ha de ser satisfecha con bienes hereditarios, por lo que su intervención en cualquier acto particional de la masa hereditaria del transmitente debe ser otorgado con el consentimiento de dicho legitimario, *con independencia del título –herencia, legado o donación– con el que se haya reconocido su derecho*»⁴. Por su parte, la RDGSJFP de 25 de julio de 2023 (BOE de 27 de septiembre de 2023) apostilla que «[e]sta cautela en el Derecho civil común se extiende también, según constante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como según la doctrina de este Centro Directivo, a la imposibilidad de que el legatario tome por sí solo posesión del legado, aunque haya sido autorizado por el causante para ello, sin intervención de los legitimarios»⁵.

³ Vid. RRDGRN de 15 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4742), 13 de febrero de 2015 (RJ 2015, 1220), 13 de marzo de 2015 (RJ 2015, 5556), 29 de junio de 2017 (RJ 2017, 3779), 4 de febrero de 2019 (RJ 2019, 759), y RRDGSJFP de 28 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3686), 3 de febrero de 2021 (RJ 2021, 516), 9 de junio de 2022 (RJ 2022, 3913), 24 de octubre de 2022 (JUR/2022/357425), 12 de diciembre de 2022 (JUR/2022/389801), 24 de enero de 2023 (JUR/2023/61095) y 25 de julio de 2023 (BOE de 27 de septiembre de 2023).

⁴ Énfasis añadido.

⁵ Tal y como recuerda Domínguez Luelmo (2023: 141), la necesidad de que los legitimarios intervengan en las operaciones particionales es un requisito asimismo exigible en los casos en que alguno o algunos de ellos hayan sido apartados de la comunidad hereditaria a través de la conmutación en metálico extrahereditario de su legítima conforme a los artículos 841 a 847 o 1056.II CC. En este sentido, la STS 604/2012, de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:7373) sostuvo que, si bien «la reforma operada por la ley 11/1981, de 13 de mayo, que dio lugar, entre otros, al tenor actual de los artículos 841 a 847 del Código Civil, favoreció, de forma notable, la posibilidad del pago de las legítimas en metálico [...], esta posibilidad se establece, también, conforme al cumplimiento de unos requisitos o condicionantes que tienen, como finalidad última, velar por la neutralidad, seguridad y equilibrio de la conmutación operada en el pago de la legítima, de forma que su mera aplicación no resulte perjudicial para los intereses de los legitimarios» (FD 2º-2). De este modo, «y conforme a la tutela o salvaguarda de la intangibilidad material de la legítima,

II. 2. Cómputo legitimario: aspectos nucleares

La naturaleza que la legítima posee en el CC incide *recta via*, como luego habrá oportunidad de comprobar, en el régimen y alcance de las acciones que el legitimario puede entablar para protegerla cuantitativamente. Pero comoquiera que estas, claro está, solo pueden utilizarse cuando exista lesión y la determinación de si la hay o no depende del exacto cálculo de la *portio debita* y de la parte de libre disposición, conviene detenerse en las reglas básicas para su cómputo, contenidas en el artículo 818 CC.

II.2.1. Donaciones computables

Como es sabido, dicho precepto ordena sumar al valor de los bienes que queden a la muerte del «testador» (deducidas las deudas y cargas) las donaciones que hizo a lo largo de su vida. Más concretamente, añade el párrafo segundo del artículo 818 CC que ha de agregarse el valor de las donaciones «colacionables», pero, tal y como ha repetido en numerosas ocasiones la jurisprudencia, este último término debe entenderse utilizado en un sentido impropio, ya que la colación propiamente dicha, que es dispensable y no tiene por objeto proteger la legítima, es la que se regula en los artículos 1034 y siguientes CC, y es una operación particional dirigida a obtener en lo posible una igualdad entre los legitimarios que sucedan al mismo tiempo como herederos. Por el contrario, en la

el propio artículo 843 del Código Civil requiere, sin distinción alguna, la confirmación expresa de todos los hijos o descendientes respecto de la liquidación y adjudicación de la partición practicada, pues en caso contrario será necesaria su aprobación judicial. De ahí, entre otros argumentos, que para la inscripción de los bienes hereditarios deba aportarse, necesariamente, dicha confirmación o, en su caso, la aprobación judicial de la partición hereditaria (art. 80.2 RH)» (FD 2º-3). En definitiva, como se ha señalado en el texto, no se trata únicamente de garantizar el derecho del legitimario a intervenir en la división para conocer el resultado de las operaciones de inventario y avalúo de la herencia -imprescindibles para determinar la cuantía de su derecho-, sino de que participe en ella para impedir que los coherederos y demás copartícipes en el activo relicto se repartan el caudal sin tener en cuenta el derecho del legitimario a quien el causante dejó un legado o una donación. «Y es que, por más que hubiese recibido del causante un legado o una donación *pro legitima*, la ley reserva al legitimario una cuota de bienes de la herencia (artículo 806 CC), al menos hasta que, a la vista del resultado que arrojen las operaciones de liquidación hereditaria, se compruebe que el valor de la atribución realizada en pago de la legítima es suficiente» (Díaz Teijeiro, 2018: 210).

Por el contrario, nada de esto ocurre en aquellos sistemas en que la legítima se configura como una *pars valoris* [como en los casos gallego (arts. 240, 243 y 249 LDCG) y catalán (arts. 451-1 y 451-15.1 CCCat.)], pues, al ser en ellos el legitimario titular de un simple derecho de crédito, queda excluido de la comunidad hereditaria y de la partición, sin que sea necesaria su participación para que la división pueda considerarse eficaz o que preste su consentimiento para que se proceda a la entrega de los legados ordenados por el causante [vid., p. e., RRDGRN de 29 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5475), 31 de octubre de 2018 (RJ 2018, 5208), 17 de septiembre de 2018 (RJ 2018, 4112), 16 de octubre de 2015 (RJ 2015, 6490), 3 de marzo de 2015 (RJ 2015, 5556), 15 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4742) y 13 de junio de 2013 (RJ 2013, 5440)].

operación de cálculo o cómputo legitimario han de tomarse en consideración absolutamente todas las donaciones que el *de cuius* pudo realizar a lo largo de su vida, tanto en beneficio de los legitimarios como en favor de extraños, y sin límite temporal alguno⁶, ya que de lo que se trata (ahora sí) es de proteger la legítima y determinar si los herederos forzosos han recibido todo lo que marca la ley. En definitiva, el cómputo regulado en el artículo 818 CC es una operación puramente contable que permite calcular el monto de la legítima global y de la parte disponible, así como las legítimas individuales y, en su caso, la porción en que cabe mejorar⁷.

⁶ A diferencia de lo que acontece en Derecho catalán, en el que solo se computan los bienes dados o enajenados por otro título gratuito por el causante en los diez años precedentes a su muerte (art. 451-5 CCCat.). Según indica la Exposición de Motivos de la Ley 10/2008, de 8 de julio, del Libro IV CCCat., es una solución que busca propiciar «una reducción de los derechos de los legitimarios ajustada a la realidad de la sociedad contemporánea, en que prevalece el interés en procurar formación a los hijos sobre el interés en garantizarles un valor patrimonial cuando faltan los progenitores». Por su parte, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (PCC) postula la adopción de un límite de veinte años (art. 467-6 PCC).

⁷ Tal y como recuerda la STS 807/2023, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2376), la colación *sensu stricto* es una mera operación particional en cuya virtud, como acto previo a la división del caudal, se forma contablemente una masa integrada por: a) los bienes relictos asignados a los legitimarios por título universal (excluidos, pues, los dejados mediante legado y cualesquiera otros adjudicados a extraños), más b) el valor de todas las liberalidades que aquellos (y solamente aquellos) hubieran podido recibir del *de cuius* durante su vida. La finalidad de esta adición ideal y contable no es la de dilucidar si los legitimarios han recibido la porción que legalmente les corresponde en cuanto tales, ni comprobar (y, en su caso, corregir) las posibles extralimitaciones en que haya podido incurrir el donante, sino otra muy distinta; a saber, constreñir al donatario, que sea a la par sucesor a título universal, a que cuente en su cuota hereditaria lo que gratuitamente recibió en vida del causante, de forma que su participación en la herencia quedará consecuentemente menguada en esa misma proporción («tomará de menos en la herencia tanto como ya hubiese recibido», dice el art. 1047 CC). De este modo, puede ocurrir, incluso, que el donatario no haya de percibir nada de la masa relictiva, quedando por completo separado de la comunidad hereditaria a la que en principio pertenecía; ello acontecerá, lógicamente, cuando el valor de la liberalidad que obtuvo supere el de la cuota que le compete en calidad de heredero testamentario o abintestato.

El legislador prescribe esta operación particional porque la estima ajustada a los deseos de un donante prototípico, el cual, cuando efectúa una liberalidad entre vivos en favor de un legitimario, la considera, muy probablemente, como una suerte de anticipo de su herencia o, según dice la citada resolución, como «un pago a cuenta» (FD 3º-1.2). Es por esto que la colación no procede en relación a los legados (en ellos no cabe apreciar «anticipo»: art. 1037 CC), ni tampoco cuando, tratándose de donaciones, el gratificante dispensa de ella (art. 1036 CC), pues claro está que en tal hipótesis manifiesta una voluntad diametralmente contraria, o sea, la de que el legitimario retenga la liberalidad con independencia y además de su cuota hereditaria. Pero aquel deseo hipotético que el legislador imputa a un donante medio explica, asimismo, por qué la colación es pertinente únicamente en los supuestos en los que el favorecido sea, en efecto, heredero, y concurren junto a él otros legitimarios igualmente instituidos: si al donatario solo se le asignó un legado o, aun habiendo sido instituido, repudió su llamamiento hereditario (vid. art. 1036 CC), no existe porción de herencia en la que contar el importe de la liberalidad, es decir, esta no puede, por definición, constituir anticipo de nada; mientras que si el gratificado en vida del *de cuius* resultó ser, de entre los varios legitimarios existentes a la apertura de la sucesión, el único y solitario heredero, no hay término de comparación que fuerce a colacionar, esto es, no hay otros legitimarios partícipes en la comunidad hereditaria por relación a los cuales haya de reputarse la donación como un adelanto. De ahí que la STS 807/2023, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2376), con apoyo en la 955/2000, de 25 de octubre (ECLI:ES:TS:2000:7705), concluya que el viudo donatario no viene obligado a colacionar las donaciones recibidas en vida del causante: «Fundamentalmente porque, aunque el art. 807.3 CC lo califique como “heredero forzoso”, en cuanto legitimario es usufructuario, por lo que aun en el caso de que se le hubiera

Comoquiera que el objetivo es el recién indicado -evitar que las expectativas de los sucesores forzosos queden frustradas a través de los actos de disposición que a título gratuito pudo realizar en vida el causante-, el término «donación» debe ser entendido en este contexto en forma lata, de manera que en él queden comprendidos genéricamente todos aquellos actos o negocios de mera liberalidad que supongan un efectivo empobrecimiento patrimonial para el *de cuius*. Así, en particular, deberán computarse no solo las donaciones en sentido estricto, sino también las deudas condonadas (argumento *ex art. 1187 CC*), la renuncia gratuita en favor de uno o más de los coherederos (que implica aceptación de la herencia: *art. 1000.2.º CC*) y cualquier aportación fundacional⁸.

Por el contrario, al no constituir verdaderas liberalidades -sino cumplimiento de deberes de carácter social o jurídico-, no serán objeto de reunión las donaciones usuales o regalos de costumbre, ni los gastos de alimentación, educación, curación de enfermedades (aunque sean extraordinarios), aprendizaje o equipo ordinario (argumento *ex art. 1041.I CC*), ni los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad (*art. 1041.II CC*)⁹, ni (atendidas las circunstancias sociales actualmente

instituido heredero o legatario de parte alícuota (de seguir la tesis amplia que incluye al legatario de cuota como sujeto de la colación) tal condición de legitimario usufructuario no cambia, y no debería colacionar igual que no colacionan los extraños instituidos herederos. Pero además, el viudo forma por sí solo un grupo de legitimarios y, como hemos dicho, la opinión mayoritaria es que la colación afecta a los legitimarios del mismo grupo que son instituidos herederos» (FD 3º-2). Cuestión distinta es que las donaciones hechas en su favor, que no deben colacionarse en el sentido de los artículos 1035 y siguientes CC, sí deban computarse a efectos del cálculo de la legítima (*art. 818 CC*) «para apreciar si son o no inoficiosas» (FD 3º-3). Sobre la diferencia apreciable entre ambas operaciones, vid. asimismo SSTS 245/1989, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:1989:9040), 738/2014, de 19 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1414) y 468/2019, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2019:2854).

⁸ STS 502/2014, de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:3690).

⁹ De acuerdo con la disposición adicional cuarta CC, esa referencia a la discapacidad debe entenderse hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (discapacidad psíquica superior al 33% o física y sensorial superior al 65%), y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Obviamente, el párrafo segundo del artículo 1041 CC, modificado 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, está pensando en gastos distintos a los contemplados en su párrafo primero y, por tanto, diferentes a los de alimentación, educación o atención sanitaria, y que tengan por objeto cubrir esas necesidades especiales del descendiente persona con discapacidad. «En este sentido, es habitual citar como ejemplo gastos como adquisición de un vehículo adaptado, reformas en la vivienda, a los que puede añadirse, por ejemplo, la remuneración de un tercero que atienda a la persona con discapacidad [...]. En definitiva, los gastos exentos de colación son gastos ajenos a la idea de liberalidad, por lo que, precisamente quedan excluidos también de la idea de [cómputo,] imputación e inoficiosidad, por cuanto su fundamento es la atención y/o protección de los legitimarios que por su situación de discapacidad necesiten una mayor protección por costarles más atender sus propias necesidades generalmente más costosas que las del resto. Además, deben ser gastos necesarios para atender sus cuidados, facilitar o mejorar su calidad de vida, y

imperantes) los gastos hechos para dar a los hijos carrera profesional o artística (difícilmente podrán reputarse extraordinarios; cfr., sin embargo, art. 1042 CC¹⁰). Tampoco ha de computarse el valor de la donación (o legado) de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en situación de discapacidad si al momento del fallecimiento del *de cuius* ambos estuvieren conviviendo en ella (art. 822.I CC), exclusión que comporta una obvia merma de los derechos legitimarios del resto de herederos forzosos -especialmente notoria en los casos en que la vivienda sea el elemento primordial del caudal-¹¹.

La STS 473/2018, de 20 de julio (ECLI: ES:TS:2018:2756), aclara, en fin, que las donaciones remuneratorias han de computarse por entero, es decir, sin descontar el valor del servicio prestado¹², en tanto que las onerosas y modales deberán tenerse en cuenta en lo que superen al valor del gravamen o *modus* impuesto (vid. art. 622 CC).

debe concurrir la circunstancia de que con su propio patrimonio no pueda cubrir ese gasto» (Represa Polo, 2021: 968 y 969).

¹⁰ La STS 142/2001, de 15 de febrero (ECLI:ES:TS:2001:1026), no dudó en imponer la colación y, por ende, el cómputo y la imputación en la legítima de la beneficiaria de los gastos sufragados por la madre para que la hija cursara la carrera de magisterio porque así lo había ordenado en testamento de conformidad con lo establecido en dicho precepto.

¹¹ Aún más: aquellos verán afectados sus derechos no solo cuantitativamente, sino también cualitativamente, ya que recibirán un bien gravado con el derecho de habitación en favor del discapacitado. Desde esta perspectiva, la doctrina ha criticado que no se haya incluido expresamente tal salvedad al principio de intangibilidad de la legítima entre el elenco de las mencionadas en el artículo 813 CC (Amunátegui Rodríguez, 2021: 957), si bien hay autores que consideran, en sentido contrario, que, a falta de pronunciamiento del legislador, la nuda propiedad de la vivienda no podrá ser asignada en pago de la legítima de los restantes, pues para ello sería necesaria la existencia de una previsión normativa específica que autorizara el gravamen: «En consecuencia, el causante no podría aprovechar la constitución de este derecho para satisfacer a los demás legitimarios con la nuda propiedad de la vivienda, pues si lo hiciera estaría yendo contra la previsión del artículo 813.2 del Código civil y estableciendo un gravamen de la legítima prohibido por la ley» (Espejo Lerdo de Tejada, 2005: 146). El argumento, sin embargo, no puede compartirse, precisamente porque se está ante una excepción *legal* (de forma similar a lo que acontece con el derecho de habitación que el ordenamiento sucesorio vasco reconoce al viudo o pareja de hecho supérstites en los arts. 54 y 56.2 LDCV; vid., al respecto, Arakistain Arriola: 355-363). La ausencia de alusión en el artículo 813 CC parece un descuido del legislador; no una laguna normativa.

Por otra parte, recuérdese que ese derecho de habitación se atribuye *ministerio legis*, «en las mismas condiciones», al legitimario persona con discapacidad que lo necesite y que se halle conviviendo con el fallecido a la apertura de la sucesión, salvo disposición en contra de este (art. 822.II CC).

¹² Esta resolución plenaria viene a zanjar la antigua polémica doctrinal existente en torno al tratamiento que, a estos efectos, ha de darse a las donaciones remuneratorias, concluyendo que, tanto para el cálculo de la legítima como para la colación, deben considerarse como donaciones ordinarias, sin que quepa descontar de su valor el hipotéticamente correspondiente al servicio remunerado, pues: *a*) el agradecimiento no se puede fragmentar ni cabe pensar que solo se quiso donar, en su caso, por el exceso; y *b*) la causa de la donación es indivisible y responde al ánimo liberal; es decir, la remuneración es un móvil subjetivo para hacer la donación, pero no constituye su causa (art. 1274 CC). La peculiaridad en la colación de la donación remuneratoria estriba en que, en función de las circunstancias, puede llegar a interpretarse que concurre la voluntad implícita del causante de que no se colacione, pero nada más. «Es decir, que aunque el donante/causante no lo ordene expresamente, la referencia a la remuneración de servicios, junto a otros datos, puede revelar la voluntad implícita de que no se colacione. A pesar de que el art. 1036 CC exige que

II.2.2. Momento de valoración del «donatum»

Aparte los extremos anteriores, hay asimismo otra cuestión fundamental en materia de cómputo sobre la que nuestro Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse igualmente al no aparecer regulada de forma expresa en el artículo 818 CC, como es la fijación del momento al que ha de atenderse para valorar los bienes a efectos de cálculo de las legítimas y de la parte libre. En efecto, la reforma del precepto por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, supuso la supresión de la alusión que en su redacción originaria contenía a que la valoración de las cosas donadas debía hacerse al tiempo en que se hubiese hecho la atribución gratuita, mas sin sustituirlo explícitamente por otro. La cuestión, desde entonces, ha sido discutida, y las posturas al respecto han oscilado, básicamente, entre estar al valor que los bienes relictos o donados tengan a la apertura de la sucesión, es decir, al instante del fallecimiento del causante, o estar al que tengan en el mismo momento en que se procede a calcular y fijar el valor de la legítima, que habitualmente es el de la partición¹³. La primera tesis encontraría apoyo, en algún modo, en la literalidad del propio artículo 818 CC -pues alude a los bienes «que quedaren a la muerte del testador»-, pero, sobre todo, en la del 654 CC, que, a fin de determinar si las donaciones son inoficiosas, ordena tomar en consideración «el valor líquido de los bienes del donante *al tiempo de su muerte*». En cambio, la segunda se sustentaría tanto sobre el artículo 1045 CC -que, en sede de colación *sensu stricto*, se refiere al momento en el que se procede al avalúo de los bienes- como en los artículos 847 -que, para los casos de abono de la legítima con metálico extraherencial, ordena estar, a la hora de fijar la suma que haya de pagarse a los descendientes perceptores del metálico, al valor que tuvieren los bienes al tiempo de la liquidación- y 1074 CC -que, al regular la rescisión de la partición por lesión, prescribe que el daño se calcule «atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas»-. Con esta otra tesis se persigue, además, evitar a los legitimarios los perjuicios que podrían derivárseles de una partición tardía o de las alteraciones en el valor de los bienes. De hecho, se ha aseverado que la supresión en el párrafo segundo del

la dispensa sea expresa, puesto que no son necesarias fórmulas sacramentales, puede ser suficiente una voluntad no ambigua que resulte con claridad de la interpretación de la voluntad. La colación de la donación remuneratoria depende, en definitiva, como la de las donaciones simples, de la voluntad del causante» [STS 473/2018, de 20 de julio (ECLI: ES:TS:2018:2756), FD 4º]. Pero, en cualquier caso, su valor sí debe integrarse (por entero) en la masa de cálculo de las legítimas.

¹³ Al respecto, vid. Rebolledo Varela (2017: 1366); Gago Simarro (2021: 150 y ss.).

artículo 818 CC de toda referencia al momento de valoración de las donaciones a efectos de cálculo de las legítimas por obra de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, no obedeció, en verdad, a un descuido del legislador, sino que fue buscada de propósito: el objetivo consistía en lograr, precisamente, que las donaciones computables se valoraran en atención al mismo momento fijado para las donaciones sujetas a colación y, de esta guisa, hacer congruente el artículo citado con la «nueva» redacción que esa misma ley dio al artículo 1045 CC, que, según se sabe, pasó a fijar como instante de valoración de las segundas el de evaluación de los bienes relictos¹⁴.

Pues bien, las SSTS 766/2005, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6075), 124/2006, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:728), y 607/2007, de 15 de junio (ECLI:ES:TS:2007:5013), acogen esta segunda postura: en ellas se extiende el criterio adoptado en el artículo 1045 CC en orden a la valoración de las donaciones colacionables al cómputo del *donatum* en sede de legítimas, de modo que, tanto al efectuar una como otra operación (colación *sensu stricto*, de un lado, y cálculo legitimario, de otro), debe atenderse al valor que la liberalidad tenga al momento de partir, ya que ese es el momento en el que propiamente «se evalúan los bienes hereditarios» [SSTS 847/1991, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:1991:6528), 1006/2000, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:2000:7784) y 561/2011, de 19 de julio (ECLI:ES:TS:2011:5097)].

No obstante, la STS 184/2022, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:941) ha matizado tal doctrina en el siguiente sentido: a decir de esta resolución, debe atenderse asimismo al título empleado por el causante para pagar la legítima, de forma que, si la hubiese satisfecho mediante un legado de cosa cierta, una donación o una asignación particional, habrá que estar al valor que los bienes adjudicados tenga al instante de su fallecimiento, puesto que a través de esos títulos se produce una individualización de riesgos con independencia de la masa común: «Los beneficios o los riesgos de la cosa legada, donada o adjudicada por el causante son a beneficio o cargo exclusivamente del legatario, del donatario y del adjudicatario, por lo que el cálculo deberá hacerse partiendo del valor que los bienes relictos [tengan] al tiempo del fallecimiento (y las donaciones si las hubiere, valoradas también en el momento de la muerte del causante)» (FD 10º). En cambio, cuando el derecho de los legitimarios venga referido a una cuota (p. ej., en los casos de legado simple de legítima), habrá que estar al valor que los bienes relictos y donados

¹⁴ Cadarso Palau (1984: 1306).

tengan a la hora de partir, en la medida en que el legitimario sí formará parte de la comunidad hereditaria. El razonamiento se cifra en que, en el primer caso, el sucesor forzoso no entra a formar parte en ella, «sin que los riesgos de pérdida o deterioro o, en su caso, los aumentos o mejoras de los bienes asignados se trasladen a los demás interesados en la herencia, del mismo modo que las disminuciones o aumentos de los demás bienes producidos tras la muerte del causante tampoco han de repercutir en el cálculo de la legítima» (FD 10º).

Desde luego, la solución postulada por esta STS 184/2022, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:941) guarda coherencia y una exquisita equidistancia entre, por un lado, la libertad que el artículo 815 CC confiere al causante para satisfacer la legítima *por cualquier título gratuito* y, por otro, la naturaleza *pars bonorum* que esta ostenta en el CC (a decir del propio Tribunal Supremo, como se ha advertido ya). Sin embargo, se trata de una doctrina que solo parece observable al pie cuando la legítima de *todos* los sucesores forzosos haya sido satisfecha mediante asignaciones particulares, pues, si así no fuera y existiese comunidad hereditaria al óbito del causante por haber sido instituidos -o designados legatarios de alícuota- varios legitimarios, exclusivamente o junto con extraños, no cabría materialmente realizar el cálculo de la legítima y de la parte libre hasta el instante de la división, so pena, caso contrario, de adjudicar importes diferentes a la porción individual del heredero o herederos forzosos perceptores de la asignación singular y a la propia de quienes la reciben como integrantes de la comunidad. Y es que el único modo de evitar esta dualidad de valoraciones sería calcular la cuota de todos y cada uno a la vista del valor que los bienes tuvieran al tiempo de la apertura de la sucesión, aunque, por ejemplo, solo a uno se le hubiese dejado en pago un legado de cosa cierta y el resto hubiesen sido instituidos, resultado que parece contradictorio con la consistencia que su derecho tiene en virtud del artículo 806 CC¹⁵. En el supuesto de autos la cuestión

¹⁵ Algo así es lo que, sin embargo, viene a sugerir dicha STS 184/2022, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:941) al afirmar en su FD 10º que, «[c]uando el derecho de los legitimarios viene referido a una cuota (a título de institución de heredero, legado de parte alícuota), la valoración en el momento de la muerte permitirá determinar si existe lesión de la legítima de algún legitimario, y será después, comprobado que no existe lesión cuantitativa de ningún legitimario, a la hora de partir y materializar la cuota de los legitimarios que sean partícipes de la comunidad hereditaria, y como regla propia de la partición, cuando habrá de estarse a la valoración de los bienes en ese momento, pues los aumentos o disminuciones patrimoniales posteriores a la muerte del causante de los bienes que se han de partir sí son riesgos de la comunidad y de sus partícipes».

Sanciñena Asurmendi (2022: 343), al glosar esta resolución, propone, por su parte, extender el criterio de valoración del *donatum ex* artículo 1045 CC a los legados de cosa específica y determinada, «es decir, valorar los bienes legados al momento de la partición, pero tal y como estaban al momento de la apertura

no era susceptible de plantearse en tanto que, en él, se trataba tan solo de determinar si ciertas donaciones hechas *en favor del cónyuge superviviente* eran o no suficientes para colmar su legítima individual.

Una vez hecho el cálculo, hay que proceder, en fin, a la imputación, es decir, a colocar, cargar o encuadrar el valor de las diferentes atribuciones que haya realizado el causante en cada una de las porciones (parte libre, legítima y, en su caso, mejora) en que idealmente se divide su patrimonio a estos efectos «en función de la clase de beneficiarios que concurran (hijos, extraños, cónyuge viudo), conforme a los arts. 819, 820, 825, 828, en relación con los arts. 636, 654 y 656 CC, entre otros» [STS 807/2023, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2376): FD 3º-1.1]. Esta operación complementaria a la de cómputo permitirá determinar si todos y cada uno de los herederos forzosos han recibido su porción o si, por el contrario, su legítima individual ha sido lesionada por haber dispuesto el causante de más, sea en favor de extraños, sea en favor de otros legitimarios, es decir, permitirá detectar la existencia de liberalidades (*inter vivos* o *mortis causa*) *inoficiosas* y, por ende, susceptibles de reducción.

III. REDUCCIÓN DE LIBERALIDADES INOFICIOSAS

III.1. Orden y modo de reducción

Tal y como subrayan las SSTS 419/2021, de 21 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2367), 280/2022, de 4 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1387) y 1548/2023, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:4661)¹⁶, la jurisprudencia ha mantenido de forma regular, con base en una interpretación sistemática de los artículos correspondientes, que aquel legitimario a quien el causante no haya dejado todo lo que por legítima le compete, debe instar, en primer lugar, la reducción de la institución de heredero en la medida necesaria para corregir la lesión a través de la acción de suplemento o complemento *ex* artículo 815 CC, de modo que, solo en caso de no bastar, procederá en segundo término la minoración de las mandas (acción de reducción de legados: arts. 817 y 820 CC). Por último, y si con la

de la sucesión, con independencia de que se haya hecho entrega del legado al legatario. De esta manera, se conseguiría la unificación de los criterios cronológicos en que debe efectuarse la valoración, que la sentencia alaba (FD 10º), aplicando un único –y mismo– momento temporal a los bienes relictos de la comunidad hereditaria, a los bienes donados y a los bienes legados por el testador, en pro de la justicia distributiva, a los efectos de las operaciones de cómputo, imputación y colación, evitando que la valoración de los bienes en diferentes momentos temporales produzcan distorsiones, injusticias y discriminaciones entre los diferentes interesados en una herencia».

¹⁶ Con cita de las SSTS 863/2011, de 21 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:8159) y 502/2014, de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:3690).

mengua de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial no alcanzara para corregir la lesión, cabrá proceder contra las donaciones (acción de reducción de donaciones inoficiosas: arts. 634, 651, 654 a 656 y 819 CC), lo que significa que la reducción de estas es subsidiaria respecto de la de las atribuciones *mortis causa*.

Ciertamente, aunque el artículo 817 CC no distinga entre institución de heredero y legado cuando prescribe la minoración de las disposiciones testamentarias perjudiciales para la legítima, la mengua preferente de la primera se deduce de la letra del artículo 820.1º CC, puesto que, al ordenar la reducción de «las mandas hechas en testamento», presupone que la parte del caudal asignada al heredero se ha agotado ya; y lo mismo ocurre en el apartado 2º, cuando establece la reducción a prorrata y salva al legado declarado preferente por el testador sin mencionar para nada a la institución hereditaria. Igualmente, apoya esta interpretación el régimen en materia de preterición y de desheredación injusta, pues los artículos 814 y 851 CC, al anular la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias, demuestran que las mandas y las asignaciones a título particular son preferentes en la mente del legislador. Por último, esta tesis «es más compatible con el aspecto crediticio de la acción de suplemento y la normal responsabilidad del heredero -aun reducible o reducida al *relictum*- por deudas»¹⁷.

Por su parte, la subsidiariedad de la acción de reducción de donaciones viene expresamente prevista en el citado artículo 820.1º CC, carácter que se aparece de todo punto lógico cuando se repara en que, mediante ella, se busca la sanación de una legítima lesionada con cargo a unos bienes que ya no se hallan en el patrimonio del causante y que, acaso, salieron de él mucho tiempo atrás por medio de un negocio perfectamente válido y eficaz. El Código no impone a quien tiene legitimarios restricción alguna a su facultad de disponer durante su vida de sus propios bienes, pues el derecho a la legítima solo nace al instante de la apertura de la sucesión, y es entonces, lógicamente, cuando ha de comprobarse si las donaciones otorgadas por el disponente la perjudican o no: el negocio sigue siendo válido *ex tunc*, y solo sus efectos son los que se pretenden suprimir *ex nunc*. La reducción tiene, por tanto, una naturaleza rescisoria al perseguir la resolución total o parcial de la titularidad sobre el bien donado, sin que la recuperación opere, en absoluto, con carácter automático: esta habrá de lograrse a través de una acción que tiene

¹⁷ Lacruz Berdejo (1973: 145).

aquella consistencia y que, entonces, es de índole personal, sin que exista la posibilidad de recuperar los bienes de los terceros que los hubiesen adquirido a título oneroso del beneficiario. Así se colige de la remisión que el artículo 654 CC contiene a las disposiciones del propio capítulo cuarto, dedicado a la revocación y reducción de donaciones y, en él, de la asimilación de la reducción por inoficiosidad con la revocación por ingratitud y por superveniencia de hijos, de efectos *ex nunc*, de acuerdo con los artículos 645, 649 y 650 CC¹⁸.

Nótese además que, si las donaciones se redujeran con preferencia a las disposiciones testamentarias, el causante tendría a su disposición un mecanismo indirecto para provocar de forma fraudulenta la revocación de aquellas que hubiesen devenido indeseables para él (a pesar de su carácter, en principio, irrevocable: arts. 644 a 653 y 1343 CC): cubierta la parte libre con el valor de las atribuciones gratuitas *inter vivos*, le bastaría con disponer de algún legado o institución hereditaria (no imputables a la legítima) para forzar su minoración. Este razonamiento determina también la solución adoptada por el artículo 656 CC en cuanto al orden a seguir en la reducción de las donaciones en aquellas hipótesis en que, habiendo varias, no quepan todas en la parte libre: se minorarán por orden inverso de fechas, es decir, empezando por las más recientes¹⁹. En definitiva, la jerarquía legal entre la reducción de las disposiciones *mortis causa* y las *inter vivos* debe considerarse una norma imperativa, que el causante no puede alterar, a diferencia de lo que acontece con los legados según establece el párrafo segundo del número 2 del artículo 820 CC²⁰.

Conviene precisar, en fin, que la obtención de la legítima a través de la acción de reducción de donaciones procede abstracción hecha de la inexistencia de bienes relictos o aun de la condición deficitaria de la herencia, pues la ausencia de activo o incluso la existencia de un saldo pasivo no suprime la existencia de la donación: en tales hipótesis,

¹⁸ Lacruz Berdejo (1973: 154). Vid., en este sentido, RDGRN de 14 de enero de 2006 (RJ 2006, 648): frente a la pretensión del legitimario perjudicado de que se anotara preventivamente una demanda sobre una finca donada y que había sido transmitida a tercero por el donatario -con base en el argumento de que quien compra un inmueble donado «cuando aún no se ha procedido a la partición de la herencia del donante, sabe que dicha donación puede estar sujeta a anulaciones o reducciones que se puedan derivar de la partición de la herencia», el Centro Directivo sostuvo que «no existe ningún precepto que [...] suspenda la fe pública registral respecto de quienes adquieren por compra bienes donados, ni que exceptúe la regla general de que la reducción de donaciones no puede producir efectos frente terceros adquirentes que hayan inscrito sus títulos no constando en el Registro anotación de demanda alguna (cfr. artículos 647, 649 y 654 Código Civil en relación con el artículo 37 de la Ley Hipotecaria)».

¹⁹ Díaz Teijeiro (2018: 344).

²⁰ Gago Simarro (2021: 279).

el *quantum* legitimario se computa exclusivamente sobre el *donatum*, mientras que el *relictum* cuenta como cero.

La anteriormente citada STS 419/2021, de 21 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2367) aclara, por otra parte, que el efecto expansivo (o «acrecimiento») que, para la cuota de los demás, conlleva la renuncia de cualquiera de los herederos forzosos a su legítima (previsto en el art. 985.II CC) es un elemento que ha de tenerse en cuenta, junto a las operaciones de cómputo e imputación, para calcular cuál sea el importe de la porción individual de los aceptantes, pero que no determina qué acciones deben ejercitar para protegerla cuantitativamente en caso de que no la hayan percibido en su integridad. Esto es, de tal efecto expansivo no se sigue una suerte de ineficacia automática de las donaciones eventualmente hechas en favor de los legitimarios renunciantes: primero, porque, aunque la renuncia impida al legitimario recibir lo que le correspondería por legítima al amparo del título sucesorio al que renuncia, la misma carece de incidencia respecto de cualesquiera otras atribuciones que haya podido recibir, las cuales se mantienen incólumes por este solo hecho; y, segundo, porque la expansión de la legítima de los aceptantes lo es, no de una especie de vocación automática a una cuota de bienes, sino de una cualidad que determina una pretensión que deben hacer valer por medio de las acciones pertinentes. Dicho de otro modo: lo que el artículo 985.II CC quiere significar únicamente es que el *quantum* de dicha pretensión se conserva idéntico sea cual sea el número de legitimarios, pero la norma no prejuzga ni determina cuál sea el remedio que deba emplearse para, en su caso, percibirlo en forma íntegra o, lo que es igual, cuál sea la acción que haya de ejercitarse para completarlo. Si la legítima, por ejemplo, es de cien, y de siete legitimarios repudian seis, el séptimo conservará la misma pretensión a los cien, pero, para obtenerlos, caso de que el causante no se los haya dejado íntegramente, no bastará -dice el Alto Tribunal- con invocar esta mera expansión de su derecho, sino que, lógicamente, deberá entablar la acción que corresponda de entre las varias que se han mencionado y que el legislador pone a su disposición a fin de proteger la intangibilidad cuantitativa de la legítima²¹.

²¹ Como decía Vallet de Goytisolo (1982: 223 y 224), hay que distinguir el derecho a la legítima del derecho sobre el contenido material de esta: «aquél es atribuido *ope legis* al fallecimiento del causante, y el legitimario lo obtiene *ipso iure*. En cambio, el contenido material de la legítima no es objeto de *delación legal* específica. Paralelamente, la acción de suplemento no supone una *delación complementaria*, sino la atribución *ipso iure* de una acción para reclamarlo cuando se da el supuesto de hecho correspondiente. Se obtiene *ipso iure* el derecho al suplemento; pero no un derecho *en* o *sobre* su contenido material, que no es

En este punto, no estará de más recordar que el TS ha considerado en al menos dos ocasiones [SSTS de 27 de abril de 1961 [RJ 1961, 1841] y 468/2019, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2019:2854)] que las donaciones hechas al legitimario renunciante a la herencia deben imputarse necesariamente en la parte de libre disposición y reducirse en el exceso, con base en la idea de que ha dejado de ser legitimario y de que, por tanto, debe ser considerado como un extraño en la sucesión, cual acontece en los casos de premoriencia, indignidad o justa desheredación²²; o sea, comoquiera que la condición de sucesor forzoso se adquiere únicamente a partir del óbito del causante, el donatario que repudia la herencia no llega nunca a ostentar la calidad de tal, por lo que las liberalidades efectuadas en su favor deben reputarse como realizadas a extraño²³.

En cuanto al modo de realizar la reducción de las disposiciones inoficiosas, este, como regla general, debe efectuarse *in natura*, por razón de la naturaleza *pars bonorum* que la legítima tiene en el CC. Solo cuando se esté ante un legado o donación de un objeto que no admita cómoda división y siempre que la lesión de la legítima resulte inferior a la mitad del valor del bien en cuestión, acepta el Código el abono del exceso inoficioso en

objeto de delación legal ni de adquisición automática, sino que, si no se satisface voluntariamente, es preciso reclamarlo y ejercitar con éxito la acción correspondiente para obtenerlo».

En el supuesto de autos de la sentencia citada en el texto, la controversia giraba en torno a las acciones a ejercitar por una hija, que recibió de su padre una donación insuficiente para cubrir su legítima, contra sus dos hermanas, que recibieron también sendas donaciones, aunque, en este caso, por valor superior a su cuota forzosa. El padre instituyó a las tres como herederas por partes iguales mediante testamento otorgado el 4 de noviembre de 1986, pero no dejó caudal relicto al momento de su óbito, acaecido el 16 de octubre de 1993. Las demandadas renunciaron a la herencia de su progenitor por escritura pública de 28 de diciembre de 2010, es decir, 17 años después de la apertura de la sucesión. Comoquiera que esa renuncia comportaba simultáneamente la de la legítima correspondiente a las hermanas repudiantes, la interesada invocó, en la demanda que contra ellas interpuso en julio de 2014, su derecho de acrecer sobre la porción individual de estas últimas para que, consiguientemente, se le reconociera frente a ellas un crédito por el importe total de la legítima larga, ejercitando a tal fin la acción de complemento *ex art.* 815 CC. Pues bien, aun reconociendo ese acrecimiento legitimario, el TS desestimó la pretensión porque, al haber repudiado la herencia, las demandadas no habían llegado a ser herederas, de forma que no cabía entablar frente a ellas dicha acción: antes bien, la que debería haber interpuesto la demandante no era otra que la acción de reducción de donaciones por inoficiosidad.

²² A no ser que el legitimario descendiente que haya premuerto, sea indigno o haya sido desheredado deje a su vez posteridad que lo represente: *vid.* artículo 1038 CC en relación a los 761, 867 y 929 CC.

²³ Mas, frente al argumento dogmático, ha de repararse en que, con esta solución, se restringe la libertad dispositiva del causante, ya que la imputación de la donación del legitimario renunciante a la porción libre puede provocar una -para aquel- indeseada reducción de eventuales donaciones ulteriores o de las disposiciones testamentarias que hubiera podido otorgar. De ahí que el artículo 467-11 PCC, en su apartado segundo ordene la imputación en la legítima de las liberalidades entre vivos hechas por el *de cuius* en favor del renunciante, solución que extiende a las recibidas por el legitimario premuerto, indigno o justamente desheredado, con lo que la porción correspondiente a los restantes colegitimarios menguaría proporcionalmente. Si el premuerto, indigno o justamente desheredado dejara a su vez descendencia que lo represente, la PCC establece, claro está, que debe imputarse en su legítima todo lo que aquel habría debido imputar en ella si hubiese llegado a adquirirla (art. 467-11.3 PCC en relación al 466-7), en idéntico sentido al del artículo 1038 CC.

metálico (arts. 654 y 821 CC), aunque a estos supuestos han de añadirse también los de mejora señalada en cosa determinada (art. 829 CC) y los de enajenación a tercero o pérdida del objeto donado -independientemente de si ha obedecido a caso fortuito o a culpa del donatario: art. 1045.II CC-. No obstante, la posibilidad de que sea el propio causante quien ordene expresamente la restitución *ad valorem* del exceso inoficioso debe ser aceptada cuando el beneficiario de la disposición sea un descendiente, pues una orden con este alcance se encontraría amparada por los artículos 841 a 847 CC²⁴.

III.2. Legitimación activa: supuestos de lesión legitimaria por vía particional y otras cuestiones

Obviamente, la legitimación activa para solicitar el complemento de legítima la ostenta, a tenor del artículo 815 CC, todo aquel heredero forzoso a quien el causante haya dejado, por cualquier título, menos de lo que le corresponde. Cuando, sin embargo, el perjuicio provenga, no de una atribución insuficiente del testador, sino de una errónea valoración de los bienes al momento de dividir, el legitimario no puede ejercitar las acciones de suplemento y reducción: en tales hipótesis, según las SSTS 212/1980, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:1980:5097) y 280/2022, de 4 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1387), la que debe entablar es la acción de rescisión de la partición por lesión regulada en el artículo 1074 CC -en el plazo de 4 años previsto en el art. 1076-, si bien podrá ejercitarla aunque la lesión no supere la cuarta parte, tanto si se trata de partición hecha por el testador como por contador-partidor. Es verdad que, mientras el artículo 1075 CC autoriza al heredero forzoso para reclamar incondicionalmente cuando se está ante una partición realizada por el primero -y, por tanto, aunque el daño no alcance aquella cuantía-, la regla general establecida en el 1074 guarda silencio sobre este punto. No obstante, la citada STS 212/1980, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:1980:5097), entiende que la norma específica prevista en el artículo 1075 CC es, por identidad de razón, aplicable igualmente a la partición hecha por contador, ya que, de otro modo, este podría perjudicar la porción intangible del legitimario teniendo cuidado de no sobrepasar la cuarta parte, lo que no es

²⁴ Comparte esta opinión Gago Simarro (2021: 318 y 319).

En cualquier caso, es palmario que la regla de restitución *in natura*, sobre todo en el caso de las donaciones, puede generar antieconómicas situaciones de comunidad entre el beneficiario y los herederos forzosos reclamantes, amén de severos perjuicios en el patrimonio de aquel, a pesar de tratarse de negocios válidos y eficaces. Es, precisamente, en consideración al principio de seguridad jurídica y a la protección del tráfico económico que el artículo 467-16 PCC establece que «[l]os donatarios demandados de reducción estarán en todo caso facultados para abonar el exceso inoficioso en metálico».

aceptable cuando lo tiene prohibido el propio causante²⁵. En cambio, la solución propuesta para los casos de partición convencional ha de ser justamente la contraria: salvo lesión en más de la cuarta parte, el heredero forzoso no podrá solicitar la rescisión so pretexto de perjuicio a la legítima, puesto que, por hipótesis, se trata de un sujeto que ya percibió todo lo que legalmente le correspondía en forma de cuota sobre el caudal, y la transformación de esta en bienes concretos es materia que depende exclusivamente de él. Dicho de otro modo: si el legitimario que recibió en pago de su legítima una atribución suficiente prestó su consentimiento a la partición (y, por consiguiente, a la formación de los lotes), no hay motivo alguno para dispensarle mayor protección que la que se ofrece a cualquier heredero: el peligro de lesión entra en el alea normal de todo partícipe que divide²⁶.

En fin, retornando a la partición hecha por el testador, cabe puntualizar que solo cabrá permitir al legitimario perjudicado el recurso a la acción de complemento cuando no sea posible discriminar en ella entre la dimensión dispositiva y la particional, como cuando el causante instituye herederos a los destinatarios de las adjudicaciones particionales en la proporción que resulte de las hijuelas que les asigna después: el valor del lote atribuido al legitimario constituirá la medida para determinar la proporción en que resulta instituido o beneficiario de un legado de alícuota²⁷.

²⁵ Además, para apreciar la lesión, habrá que atender al valor real u objetivo de los bienes relictos, sin que deban tomarse en consideración (ni, por supuesto, prevalecer) cualesquiera criterios subjetivos que hubiera podido aplicar aquel; vid., en este sentido, el artículo 786.1 LEC: dentro del procedimiento para la división judicial de la herencia el contador atenderá a las reglas dictadas por el testador en orden al avalúo de sus bienes «siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos».

²⁶ En este sentido se pronuncian Vallet de Goytisolo (1974: 1134) y Cámara Álvarez (2011: 236).

²⁷ «En suma, si el valor del lote asignado al legitimario es inferior a su legítima, ocurrirá que el legitimario habrá sido instituido heredero en una proporción inferior a la debida o beneficiado con un legado de parte alícuota insuficiente. En tal caso, puede afirmarse que la atribución realizada por el causante en favor del legitimario no basta para cubrir su legítima y que la tutela del legitimario pasa por el ejercicio de la acción de complemento» (Díaz Teijeiro: 336).

La relación que la jurisprudencia establece entre la acción de complemento y la de rescisión de la partición por lesión legitimaria recuerda en algún modo, salvando las distancias, a la que sienta entre la acción de preterición del artículo 814 CC y la prevista en el 1080 CC, a cuyo tenor «[l]a partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero estos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda». Los supuestos de hecho de ambas normas son, obviamente, diferentes, pues mientras la preterición del artículo 814 CC consiste en la omisión (intencional o no) de un legitimario en el testamento otorgado por el causante -la cual lleva aparejada como específica consecuencia, según los casos, el reconocimiento de su porción legitimaria o de la cuota que le correspondería en la delación intestada-, el artículo 1080 CC piensa en la preterición involuntaria de cualquier copartícipe del caudal al momento de realizarse la división o adjudicación de los bienes; así, por ejemplo, por creer erróneamente que había premuerto al *de cuius*, o que no había llegado a existir, o al desconocerse la concurrencia de un testamento posterior al que se tomó como base de la división y en el que fue designado como sucesor de manera añadida a los inicialmente instituidos en este. De donde se sigue que la preterición en la partición

El artículo 655 CC, por su parte, extiende la legitimación para la interposición de la acción de reducción de donaciones inoficiosas, amén de al legitimario perjudicado (sea descendiente, ascendiente o cónyuge del causante: art. 807 CC), a «sus herederos o causahabientes» y a quienes tengan derecho «a una parte alícuota de la herencia». Con lo primero, el Código está aceptando la transmisibilidad *mortis causa e inter vivos* de todas las acciones de reducción (y no solo de la de minoración de donaciones) eventualmente nacidas tras la apertura de la sucesión, cosa que resulta de todo punto lógica atendido su contenido netamente patrimonial: dichas acciones se transmiten a los herederos del legitimario que, habiendo sobrevivido al causante, falleció sin haber podido ejercitarlas, sin que se aprecie tampoco inconveniente alguno para su cesión a terceros (no así de la condición de legitimario, que, por supuesto, es personalísima)²⁸. Con la referencia a quienes tienen derecho a una parte alícuota de la herencia, el legislador, en cambio, comete un dislate, pues esta precisión literalmente interpretada es incomprensible en tanto en cuanto solo la protección a la legítima justifica esta facultad²⁹. No obstante, como suele recordar la doctrina, el dislate encuentra explicación en un error que cometió el redactor del precepto al traducir el artículo 1092 del *Codice Civile* italiano de 1865, que, con dicha expresión («*a vantaggio dei quali la legge riserva la legittima od altra quota di successione*»), quería referirse al derecho del cónyuge viudo legitimario como legatario de cuota³⁰.

El sucesor forzoso perjudicado tiene legitimación para solicitar la minoración de cualesquiera atribuciones gratuitas que lesionen su porción individual, hayan sido hechas en favor de extraños o en beneficio de otros colegitimarios. Sin embargo, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las

puede producirse habiendo preterición testamentaria de un heredero forzoso o sin ella. Pues bien, en caso de que se dé una interferencia entre ambas, la STS 943/2023, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2578), considera que no hay razón para excluir la aplicación del artículo 1080 CC con la consecuencia de que la partición se mantenga y se pague al legitimario preterido la parte que le corresponde en metálico mediante la entrega del equivalente en dinero (en el caso, un hijo cuya filiación se determinó tras el óbito del *de cuius*). A tal fin, dice la sentencia, debe tenerse en cuenta que «concurren exclusivamente con el preterido quienes ya eran herederos, si bien ahora por título abintestato, sin que el cambio de título por el que suceden revista entidad como para dar lugar a la nulidad de la partición. Que el actor sea legitimario y la legítima *pars bonorum* no es un argumento para rechazar una solución que parece preferible, porque exigir como hace la sentencia de instancia que los demandados deban reintegrar los bienes para satisfacer al preterido su parte en bienes de la herencia equivale a tener que realizar una nueva partición, en contra del criterio que resulta del artículo 1080 CC, que establece la misma solución tanto si el preterido en la partición es heredero forzoso como si no lo es» (FD 4º-6).

²⁸ Albaladejo García y Díaz Alabart (2006: 862).

²⁹ García Pérez (2004: 133); Albiez Dohrmann (2013: 5005).

³⁰ Vid., por todos, Lacruz Berdejo (1973: 156 y 157).

personas con discapacidad, ha introducido una importantísima excepción en este respecto mediante la modificación de los artículos 782 y 808 CC, ya que tales preceptos permiten ahora al testador que tenga uno o varios hijos con discapacidad³¹ «disponer» en su favor de la legítima estricta de los demás mediante el establecimiento de una sustitución fideicomisaria de residuo recayente sobre ella, de forma que los legitimarios no discapacitados solo recibirán los bienes que pudieran corresponderles por este derecho en la sucesión del causante al fallecimiento del discapacitado (o cuando desaparezca la discapacidad) y en la medida en que este último no hubiera dispuesto de ellos *inter vivos* y a título oneroso; y es que el único límite que se le impone es, precisamente, el de disponer gratuitamente o por acto *mortis causa*. Es claro que, de establecer el testador semejante previsión, los fideicomisarios carecerán de acción frente al fiduciario pese a ver su legítima *de facto* «aniquilada» por el gravamen; pero ¿*quid* de las atribuciones gratuitas hechas en favor de extraños o de otros legitimarios sin discapacidad que merezcan la consideración de inoficiosas? ¿Será exclusivamente el fiduciario quien pueda reclamar su reducción o hay que considerar que, como es regla general, se hallan legitimados todos aquellos herederos forzosos que hayan sido lesionados en su legítima gravada? Y, en caso de que se entienda que estos últimos conservan legitimación, ¿los bienes restituidos deben reputarse sujetos también a fideicomiso? Con Amunátegui Rodríguez (2021: 946), hay que concluir que el establecimiento por el testador de un gravamen de este tipo al amparo del artículo 808 CC no ha de conllevar alteración alguna de las reglas en materia de intangibilidad cuantitativa de la legítima, ya que, a salvo lo indicado, la nueva norma nada ha excepcionado en esta materia: por el contrario, las salvedades contenidas en el artículo 813 CC, tanto en el supuesto del usufructo viudal como en el de la sustitución fideicomisaria en favor de descendientes con discapacidad, afectan únicamente al *quale*, esto es, al principio de intangibilidad *cualitativa* de la legítima³².

³¹ Vid. nota 9.

³² De hecho, incluso en los sistemas españoles de legítima colectiva «pura», como el aragonés o el vasco, el legitimario excluido o apartado de la sucesión por el causante no pierde su legitimación para impugnar las eventuales disposiciones inoficiosas existentes (arts. 51.3 LDCV y 512.2 CDFA -salvo exclusión «absoluta»: art. 513.2 CDFA-); o, dicho de otra forma, esta no se concentra en quienes resulten escogidos por el *de cuius*. Por tanto, la conclusión arriba expuesta no variaría aunque se entendiera, como hace Botello Hermosa (2023: 243 y ss.), que la redacción actual del artículo 808 CC permite al testador disponer *incluso en pleno dominio* de la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad para proteger al que la tenga, con base, precisamente, en el uso de aquel verbo por parte del legislador y de la expresión «salvo disposición contraria» que allí se lee: a su entender, esta última locución estaría autorizando al causante, no solo a establecer un gravamen menor que el que rige supletoriamente (es decir, una sustitución

III.3. Plazo de ejercicio de las acciones de reducción y *dies a quo* para su cómputo

III.3.1. Plazo de prescripción de las acciones de reducción

Con todo, el principal problema que plantean la acción de suplemento y las demás acciones de reducción de liberalidades inoficiosas no es tanto el de dilucidar el orden en que deben ser planteadas o quién puede interponerlas, sino determinar cuál es el plazo para su ejercicio, ya que el Código civil guarda un absoluto silencio a este respecto.

En cuanto a la de complemento, su plazo de prescripción es, según la plenaria STS 838/2013, de 10 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5816), de treinta años a contar desde el fallecimiento del causante (FD 3º), a lo que parece, por analogía con la acción de petición de herencia; solución que puede considerarse coherente con la naturaleza *pars bonorum* que la legítima tiene en el CC y la consecuente condición de cotitular o de condómino de los bienes relictos que ostenta el legitimario³³.

Sin embargo, en lo que respecta a la acción de reducción de donaciones inoficiosas, las SSTS 463/1984, de 12 de julio (ECLI:ES:TS:1984:1326), 4 de marzo de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:1499), 419/2021, de 21 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2367) y

fideicomisaria ordinaria), sino uno mayor (p. ej., un fideicomiso de residuo que permitiera al discapacitado disponer *inter vivos* tanto de forma onerosa como gratuita o una sustitución preventiva que le facultara para disponer *mortis causa*) o aun «definitivo» (en el sentido expuesto). Sin embargo, dado el carácter excepcional de la regla, parece más lógico concluir que la expresión «salvo disposición contraria del testador» alude tan solo a la posibilidad de que este lenifique el fideicomiso de residuo reemplazándolo por uno ordinario; pero nada más (así, Amunátegui Rodríguez, 2021: 950; Cervilla Garzón, 2021: 698).

En cualquier caso, la reforma introducida por la Ley 8/2021 inevitablemente sugiere la adopción en el CC, *de lege ferenda*, de un formato de legítima colectiva, en el que el causante sea enteramente libre para disponer dentro del grupo de herederos forzosos y así atender aquellas situaciones o necesidades especiales que puedan plantearse dentro de su núcleo familiar. Y se piensa no solo en los supuestos de discapacidad, sino también en aquellos, tan frecuentes hoy día, en que se da una ausencia absoluta de relación familiar entre causante y legitimario. ¿No sería esta mejor solución que la de forzar la letra del artículo 853.2º CC a fin de incluir como posible causa de desheredación el maltrato psicológico sufrido por el testador a causa de la ruptura unilateral de relaciones familiares por parte del legitimario, con la consiguiente litigiosidad e inseguridad jurídica que ello suscita? Sobre esta cuestión, vid. STS 419/2022, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2068).

³³ Vallet de Goytisolo (1982: 224) considera que «[l]a prescripción de la acción para reclamar el suplemento, según los autores que la califican entre las acciones reales, tiene indudablemente el término de éstas, esto es, el de treinta años. Aunque entre los autores castellanos había predominado su concepción como acción personal, es lo cierto que, aun después de que la Ley 63 de Toro redujese la prescripción de estas acciones a un plazo de diez años, en lugar del trentenal anterior, algunos autores (Gregorio López, Vázquez de Menchaca Azevedo) siguieron aplicándole la de treinta años por identificarla con la *petitio hereditatis*, y otros (como Jacobo Valdés) la de veinte años, que en el régimen de dicha ley de Toro correspondían a las reales y mixtas, aplicable por calificarse la *condictione ex lege Omnimodo* de naturaleza *in rem scripta*. Por mi parte me inclino a estimar que en nuestro Derecho vigente a la acción de suplemento debe aplicársele la prescripción de treinta años, por considerar esta acción como mixta, dadas las razones expuestas al tratar de su naturaleza».

1548/2023, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:4661), consideran que le es aplicable, con base en la analogía y la remisión contenida en el artículo 654.II CC en su inciso final a las normas del capítulo IV, título II del libro III, el de cinco años previsto en el artículo 646 para la acción de revocación de las donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos, a contar también desde el óbito del causante. Conviene advertir, no obstante, que este razonamiento solo constituye *ratio decidendi* en la segunda y en la última de las resoluciones citadas, ya que en las otras dos no pasa de un mero pronunciamiento *obiter dictum*.

Más concretamente, la STS de 4 de marzo de 1999 asevera (FD 2º) que «[e]l problema del plazo de ejercicio de la acción de reducción tiene solución dentro de la regulación legal de las donaciones, atendiendo a la letra del párrafo 2º del artículo 654, según la cual “*para la reducción de las donaciones se estará a lo dispuesto en este Capítulo...*”. Por tanto, es en las normas contenidas en los artículos 644 a 656 donde se deben remediar las lagunas e insuficiencias de la acción de reducción, y para ello ha de utilizarse necesariamente el procedimiento analógico (art. 4.1 Código Civil). El supuesto de hecho del artículo 654 no guarda afinidad obviamente ni con la revocación de las donaciones por ingratitud ni por incumplimiento de cargas impuestas al donatario, sino con la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos. En éste, el artículo 644 faculta al donante para revocar la donación para favorecer al hijo o descendientes. En aquél, se favorece al legitimario que por causas que puedan perfectamente sobrevenir a la donación, la misma le perjudica. La Sentencia de esta Sala de 12 de julio de 1984 abordó el problema del plazo de ejercicio de la acción de reducción de donaciones inoficiosas, pero sus consideraciones no pasan de ser *obiter dicta* al rechazar el recurso de casación contra una sentencia que había desestimado aquélla por haber transcurrido el plazo de quince años (art. 1964). La Sala desestimó el recurso porque alegaba únicamente como motivo la infracción del artículo 1965 CC. Argumentó para ello una serie de razonamientos que, a la vista del planteamiento del recurso, pueden ser algunos meros *obiter dicta*. Entre ellos se encuentra indudablemente su opinión sobre el plazo de ejercicio de la acción, sobre el que dijo: “B) el plazo para la prescripción de la acción ciertamente ejercitada no es con seguridad el de quince años que la Audiencia le reconoce apoyándose en la generalidad del mismo según los términos del artículo 1964 (*las personales que no tengan señalado término especial de prescripción*), cabiendo pensar en otro plazo menor, así el de un año del artículo 652 o acaso mejor el de cuatro años del

1299 y más próximamente aún el de cinco años del 646 que contempla un supuesto semejante al caso litigioso y entre los que se aprecia identidad de razón por lo que procedería su aplicación analógica (número uno del artículo cuarto del Código Civil); tesis esta última que reforzaría el fundamento desestimatorio por hacer ya incuestionable a todas luces el efecto de la prescripción³⁴. En suma, se mostró entonces una predilección por el de cinco años, que ahora se confirma como *ratio decidendi* de esta sentencia». El razonamiento recién transcrito se repite en la STS 1548/2023, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:4661), la cual aporta un argumento de refuerzo: el de la coincidencia de esta solución con el actual plazo general de las acciones personales que no tengan señalado otro distinto (art. 1964 CC).

Pero ¿puede afirmarse en verdad que existe entre la acción de reducción de donaciones inoficiosas y la de revocación por supervivencia o superveniencia de hijos aquella identidad de razón o, lo que es igual, una *igualdad jurídica esencial* legitimadora del recurso a la analogía? En mi opinión, la respuesta es negativa, porque, aun cuando tanto la acción prevista en los artículos 636 y 654 CC como la contenida en el 646 tiendan a dejar sin efecto una donación, aquella se ejercita por quienes ostentan un interés contrapuesto al de donante y donatario (los legitimarios), mientras que en la de revocación el interés del disponente y el de sus descendientes son coincidentes. Por tanto, tienen fundamento distinto y se ocupan de conflictos de intereses diversos. Además de que, mediante la primera, se tiende a dejar sin efecto la donación solo en la medida en que perjudique la legítima de los herederos forzosos, mientras que mediante la revocación se persigue dejarla sin efecto en su totalidad³⁴. O sea: mientras la acción de revocación permite al donante arrepentirse de la atribución por la supervivencia o superveniencia de un hijo a fin de protegerlo y, entonces, para proteger también a su familia, la de reducción constituye un mecanismo de salvaguarda de la legítima individual establecido en favor de los legitimarios del donante y dirigido a atacar los actos dispositivos de este (la interponen, en algún modo, *contra* él); en definitiva, la acción de revocación por supervivencia o superveniencia de hijos no tiende a la protección de la legítima futura y provoca la ineficacia total de la donación ante el nacimiento de nuevos hijos o la aparición de quienes se creía fallecidos. No existe entre ambas hipótesis *eadem ratio decidendi*; de donde no puede admitirse la aplicación analógica del plazo de caducidad de cinco años

³⁴ García Pérez (2004: 343 y 344).

para la acción de revocación de donaciones inoficiosas³⁵. Entonces, parece preferible, atendida la indudable naturaleza rescisoria de la acción, aplicarle el plazo de caducidad de cuatro años *ex* artículo 1299 CC, puesto que la inoficiosidad, como se ha apuntado antes, no compromete la validez del negocio, y sí solo su eficacia en la medida estrictamente necesaria para satisfacer la legítima del heredero forzoso lesionado³⁶.

Por último, en lo que hace a la acción de reducción de legados inoficiosos, parece lógico someterla, con base en el artículo 817 CC, a idéntico plazo que la acción de suplemento *ex* artículo 815 CC en tanto no se hayan entregado, mientras que, de haberlo sido, la acción probablemente pasa a presentar un cariz rescisorio; es decir, en este segundo caso habrá de estarse al plazo previsto en el artículo 1299 CC a contar desde la entrega³⁷. Sin embargo, la STS 1548/2023, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:4661) considera preferible, por identidad de razón con la acción de reducción de donaciones (pues, como esta, se dirige «a la tutela cuantitativa de la legítima»: FD 3º-3.1), someterla al mismo plazo de cinco años del artículo 646 CC. Ahora bien, si, según se ha dicho, difícilmente cabe apreciar identidad de razón entre la acción contemplada en este último precepto y aquella otra, aún menos cabe observarla entre ambas y la de minoración de legados inoficiosos, puesto que, obviamente, esta última tiene por objeto disposiciones de naturaleza y eficacia diversa; y, así, mientras las anteriores se dirigen frente a las atribuciones gratuitas *inter vivos* celebradas por el causante, que han de reputarse válidas y que despliegan sus efectos típicos hasta la apertura de la sucesión en tanto no sean revocadas o los legitimarios hagan valer su derecho, la de legados tiene por objeto

³⁵ En este mismo sentido, Real Pérez (1999: 953 y 954), Ataz López (2009: 1291) y Gago Simarro (2021: 337).

³⁶ Real Pérez (1999: 954).

³⁷ Vallet de Goytisolo (1982: 207). Como asevera Lacruz Berdejo (1973: 145-147), aunque la de complemento y la de reducción de legados sean acciones distintas, ambas conforman las dos caras de una misma medalla y se presentan, de hecho, concomitantes; de ahí que aparezcan aludidas conjuntamente en el artículo 817 CC con el nombre global de «reducción de disposiciones testamentarias». Añade, asimismo, que, en cuanto a su eficacia, hay al menos una cosa clara: no pueden tener un efecto inferior a la de reducción de donaciones. Por tanto, *como mínimo* tienen la eficacia de una rescisoria. «A partir de ahí, el plus de realidad que pueda tener es un tema implicado en el de la llamada “naturaleza” de la legítima, es decir, a resolver con los argumentos generales allí aducidos. En cualquier caso, la *realidad* de las acciones de suplemento y reducción es más intensa, sin duda, mientras la herencia se halla indivisa o los legados sin entregar, y más cuestionable después. O sea: antes de la división, la acción de suplemento se resuelve, al parecer, en una redistribución de cuotas sobre una masa indivisa, quedando en la sombra su aspecto reivindicatorio: dígase lo mismo para la de reducción de legados, que no habiéndose entregado ni salido de la posesión de los coherederos, se hallan afectos al pago de las deudas hereditarias, y por tanto también al de las legítimas. Mas una vez repartida la herencia y entregados los legados, el derecho del legitimario, distinto de la cotitularidad general sobre el *relictum* y más semejante a un derecho de garantía, acaso ya no afecta a la individualidad de los bienes que fueron del causante». De ahí precisamente que se exija el consentimiento de los herederos forzosos para la entrega de los legados: vid. epígrafe II.1.

disposiciones *mortis causa*, las cuales, por el contrario, solo devienen eficaces a partir del fallecimiento del causante. En resumen, tampoco existe aquí una igualdad jurídica esencial legitimadora del recurso a la analogía. Muy al contrario, según se colige a todas luces del artículo 817 CC, ha sido propósito del legislador dispensar idéntico trato a todas aquellas acciones de reducción que tengan por objeto «[l]as disposiciones *testamentarias* que mengüen la legítima», trato que ha de ser, entonces, por completo diverso al propio de la acción de minoración de las liberalidades entre vivos.

III.3.2. «*Dies a quo*»

Precisamente, junto al del plazo para su ejercicio, otro de los problemas nucleares que plantean las acciones de reducción de liberalidades inoficiosas es el de la determinación del *dies a quo* para su cómputo. Pues lo que no parece de recibo es fijarlo, como señalan las SSTs 419/2021, de 21 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2367) y 1548/2023, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:4661), en el instante de la apertura de la sucesión so pretexto de que ese sea el momento en el que la legítima deviene efectiva. Y no lo es por dos elementales razones, que son cuando menos válidas para los casos en que la legítima global no haya sido satisfecha mediante donaciones, legados de cosa cierta o asignaciones particionales dispuestas por el causante.

En primer lugar, porque, de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial, «no es ontológica ni jurídicamente posible pedir el complemento de legítima» y, por consiguiente, la reducción de las disposiciones gratuitas otorgadas por el causante, sin antes conocer el montante de la legítima conforme al artículo 818 CC, «lo que presupone la práctica de las pertinentes operaciones particionales». Pues solo entonces («o, en otro caso, a través del correspondiente juicio de testamentaría») será cuando pueda saberse si los legitimarios han percibido menos de lo que les corresponde por tal concepto. Así lo sostuvo (FD 4º) la STS 208/1989, de 8 de marzo (ECLI:ES:TS:1989:1691), a la que ha de sumarse la STS 766/2005, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6075), según la cual, a tenor de «lo dispuesto por el artículo 636 del Código Civil, la donación es inoficiosa únicamente cuando excede en su cuantía de lo que el donante podía dar al donatario por testamento y *tal determinación hay que remitirla al momento de la partición* a la que

habrá de traerse el valor de los bienes donados al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios (artículo 1045 CC)» (FD 4º)³⁸.

En segundo lugar, porque, como indica la STS recién mencionada y se ha visto antes, la jurisprudencia extiende el criterio recogido en el artículo 1045 CC, en orden a la valoración de las donaciones colacionables, al cómputo del *donatum* en sede de legítimas, de forma que, tanto al efectuar una como otra operación, hay que atender *al valor que la liberalidad tenga al momento de partir* (criterio coincidente con el de los arts. 847 y 1074 CC); y si este valor es el que ha de tomarse en consideración para determinar el montante de legítima y parte libre y, consecuentemente, la oficiosidad o inoficiosidad de las atribuciones gratuitas hechas por el causante durante su vida o para después de su muerte, ¿no es un contrasentido fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción de las acciones de protección cuantitativa en un instante temporal anterior?

La STS 1548/2023, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:4661) defiende que tal *dies* ha de serlo el de la apertura de la sucesión porque, además de ser el momento en el que deviene efectivo el derecho, es entonces «cuando se realiza el cálculo de la legítima» (FD 3º-3.3). Sin embargo, más arriba ha quedado acreditado que no es este el criterio jurisprudencial consolidado, y que la referencia a ese instante se condiciona, en todo caso, al hecho de que la legítima se haya satisfecho *mediante asignaciones particulares* [STS 419/2021, de 21 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2367)]³⁹.

En definitiva, solo en los supuestos en que el causante haya satisfecho la legítima de todos los herederos forzosos mediante asignaciones que los dejen al margen de la comunidad hereditaria y/o exista un único heredero, resultaría admisible fijar el comienzo del plazo para el ejercicio de la acción de reducción de liberalidades inoficiosas en el

³⁸ Énfasis añadido. Este criterio es el seguido también por algunas Audiencias Provinciales: [así, por ejemplo, SAP Pontevedra, Secc. 1ª, 408/2020, de 9 de julio (ECLI:ES:APPO:2020:1336); SAP Cantabria, Secc. 3ª, 250/2004, de 21 de junio (ECLI:ES:APS:2004:1306); SAP Granada, Secc. 4ª, 66/2008, de 8 de febrero (ECLI:ES:APGR:2008:598); SAP Granada, Secc. 4ª, 373/2007, de 28 de septiembre (ECLI:ES:APGR:2007:2111); y SAP La Rioja Secc. 1ª, 200/1998, de 21 de abril (ECLI:ES:APLO:1998:308)] y por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública [vid., entre las más recientes, RRDGSJFP 28 septiembre 2020 (RJ 2020, 3686), 3 febrero 2021 (RJ 2021, 516), 9 junio 2022 (RJ 2022, 3913), 24 octubre 2022 (JUR/2022/357425), 12 diciembre 2022 (JUR/2022/389801), 24 enero 2023 (JUR/2023/61095)].

³⁹ Vid. epígrafe II.2.2. Concorre además la circunstancia de que en el supuesto de autos de esa STS 1548/2023 la legítima de las hijas, que solicitaban la reducción de una aportación gratuita de un bien privativo hecha por su padre en favor del acervo ganancial, así como la de un legado de cosa ganancial y de otro de cuota (sobre el tercio libre) dispuestos en favor del viudo, había sido satisfecha mediante sendas instituciones hereditarias sin que el testador hubiera realizado la partición.

instante de la apertura de la sucesión⁴⁰; y aun esto ha de considerarse discutible, en la medida en que la *reserva de bienes* del artículo 806 CC continúa latente y en función de garantía también en estas hipótesis. En otras palabras: ha de concluirse que lo pertinente en este punto es la aplicación, tal cual, del artículo 1969 CC, de forma que el tiempo de prescripción (o, en su caso, de caducidad) de las acciones de protección cuantitativa se cuente *desde el día en que pudieron ejercitarse*, que no es otro que el de la partición, según impone el artículo 1045 CC e indica expresamente la jurisprudencia.

Frente a esta conclusión no cabría argüir la eventual prolongación de la situación de incertidumbre que sufriría el beneficiario de la atribución amenazada de reducción en orden a la consolidación de su derecho (en especial, tratándose de donaciones), ni tampoco la necesidad de conjurar el riesgo de una eventual inoficiosidad «sobreenvenida» de las liberalidades *inter vivos* respecto del instante de la apertura de la sucesión -factible en función de las alteraciones de valor que sufran los bienes relictos y los donados hasta la materialización de la partición-; y no cabría hacerlo precisamente *por la insita debilidad del título atacado, que es* (por definición) *gratuito*, y, por tanto, siempre subordinado al propio del legitimario.

IV. IMPUGNACIÓN DE NEGOCIOS CELEBRADOS EN FRAUDE A LA LEGÍTIMA

El heredero forzoso no solo está facultado para pedir la reducción de las donaciones inoficiosas y, en general, de los negocios gratuitos del causante en la forma hasta aquí expuesta, sino que, además, se halla legitimado para impugnar los negocios onerosos simulados por aquel con el objeto de burlar su expectativa sucesoria.

Según una reiterada doctrina jurisprudencial, cuando el causante realiza una atribución gratuita en favor de extraño bajo el disfraz de una venta aparente o simulada, y lo hace con aquel propósito, lo jurídicamente pertinente es no solo declarar la nulidad absoluta del contrato oneroso simulado por falta de causa, sino también la invalidez radical de la donación oculta por tener causa ilícita (arts. 1275 y 1276 CC). De donde, en estos supuestos, no ha lugar a determinar si la atribución disimulada y hecha a título gratuito es o no inoficiosa, ni si procede o no su reducción conforme a los artículos 636 y 654 CC: toda ella es (por entero) nula, calificación que, además, merece desde el mismo

⁴⁰ Siempre, además, que las liberalidades en cuestión no hubiesen permanecido ocultas: vid. STSJ Islas Baleares 1/2009, de 30 de enero (ECLI:ES:TSJBAL:2009:538).

instante de su celebración y sin que sea necesario esperar -al contrario de lo que acontece en las hipótesis de inoficiosidad- a que se produzca la apertura de la sucesión para proceder a su impugnación.

Un buen resumen de esta jurisprudencia se contiene en el FD 2.º de la STS 684/2007, de 20 de junio (ECLI:ES:TS:2007:4501), a cuyo tenor «[e]sta Sala ha sentado la doctrina según la cual cuando el causante quiere favorecer a alguien con una donación en perjuicio de sus legitimarios, encubriendo bajo la apariencia de un contrato oneroso o disimulado una donación, ésta no puede tener eficacia por fundarse en una causa ilícita conforme establece el artículo 1275 del Código civil. Ejemplo de ello se encuentra en la sentencia de 28 febrero 1953 que afirma que “el contrato de compraventa careció de existencia real y no significó más que una estratagema usada por el comprador o por ambos contratantes para eludir los derechos legitimarios que pudieron corresponder a la madre de la causante en la finca vendida, por lo que tampoco como donación en su caso podría tener eficacia, por fundarse en una causa ilícita conforme al artículo 1275 del Código civil, por lo cual tal contrato titulado de compraventa resulta ineficaz para reivindicar el dominio de la finca vendida” (ver asimismo sentencias de 11 diciembre 1957 y 20 octubre 1961). Esta doctrina se ha reiterado y así la sentencia de 20 diciembre 1985 dice que “reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Sala, de la que es muestra la sentencia de 20 octubre 1961, y las citadas por la misma, ha establecido la doctrina de que cuando la escritura de compra-venta se otorga con la exclusiva finalidad de defraudar los derechos legitimarios de los demás herederos, procede declarar también inexistente el contrato de donación por ser ilícita su causa”. Esta doctrina se confirma en las sentencias de 30 junio 1995, 4 mayo 1998, 2 abril 2001, 23 octubre 2002 y 29 julio 2005, si bien esta última de forma indirecta al confirmar la sentencia de la Audiencia, que había declarado la nulidad. Deben distinguirse, además, las donaciones que lesionan la legítima que pueden ser declaradas inoficiosas y aquellas que pueden ser declaradas nulas por tener causa ilícita. Las donaciones encubiertas o disimuladas con la intención de defraudar a los legitimarios pueden ser declaradas nulas por infringir el artículo 1275 del Código civil si tienen causa ilícita, cosa distinta de aquellas que lesionen la legítima, que se regirán por lo dispuesto en los artículos 636 y 654 del Código civil». A las resoluciones enumeradas por esta sentencia pueden adicionarse las SSTS 502/2014, de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:3690), y 115/2022, de 15 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:608).

Pues bien, hay dos poderosos contraargumentos que esgrimir frente a semejante doctrina.

El primero consiste en que esconde una cierta incoherencia valorativa con la solución prevista en el artículo 851 CC para los casos de desheredación injusta, ya que, de ser aquella correcta, esta norma, similarmente, debería sancionar con nulidad radical la institución hereditaria ordenada por aquel causante que, de propósito y con consciencia de la inexistencia de la causa de desheredación, privó al legitimario de su derecho⁴¹. Nótese además que, aunque el artículo 851 CC hable de «anulación» de la institución, parece que lo que el precepto quiere significar con tal expresión es que ha de procederse a una *reducción* de la misma previa reclamación del legitimario perjudicado, tal y como ocurre en los casos de ejercicio de la acción de complemento (art. 815 CC) o de preterición intencional (art. 814 CC): como regla general, «la reclamación de la legítima no da lugar a la nulidad del testamento o de algunas de las cláusulas ni a la nulidad de la institución de heredero; tan sólo la preterición intencional puede dar lugar a su rescisión y la desheredación injusta, lo mismo» [STS 142/2001, de 15 febrero (ECLI:ES:TS:2001:1026); FD 4º]. Es cierto que la STS (pleno) 492/2019, de 25 septiembre (ECLI:ES:TS:2019:2917), declaró aplicable al ejercicio de la acción de desheredación injusta el plazo de caducidad de cuatro años del artículo 1301 CC, es decir, el propio de las acciones de anulabilidad, pero recuérdese, en cualquier caso, que el acto anulable, aunque claudicante, es un acto eficaz *ab initio*.

En segundo lugar, como se ha indicado antes, el hecho de considerar estas donaciones nulas de pleno derecho conlleva cual consecuencia indisociable la de estimarlas inválidas desde el mismo instante de su celebración, sin que, por tanto, sea necesario esperar, para su impugnación, a que se produzca el fallecimiento del sedicente vendedor, a diferencia de lo que acontece en las hipótesis de inoficiosidad. Sin embargo, semejante resultado se aparece a todas luces excesivo y fuera de la *intentio* del legislador, por la elemental razón de que, no naciendo el derecho a la legítima hasta la apertura de la sucesión, podría por este medio dispensarse protección a una mera expectativa que finalmente quedara en tal (como cuando, verbigracia, el «defraudado» premurió al causante); o que, aun consolidándose, no resultara efectivamente lesionada por el acto de disposición (como cuando, p. ej., el donante adquirió ulteriormente bienes nuevos que

⁴¹ Albaladejo García y Díaz Alabart (2006: 933).

engrosaron el patrimonio que la donación mermó, bienes por importe suficiente como para satisfacer unas legítimas que después de ella habían quedado imposibles de ser atendidas⁴²). En realidad, el legislador no establece, por razón de las legítimas, ningún límite a la libertad de disposición por actos gratuitos y entre vivos del futuro causante, y es solo a su óbito cuando, una vez surgido tal derecho, ha de determinarse mediante las operaciones de cómputo e imputación si ha asignado a sus herederos forzosos bienes bastantes para pagar todo lo que les debía por ese concepto o si, por el contrario, ha efectuado disposiciones que mengüen la legítima y que deban reducirse por inoficiosas. De ahí que el Código establezca expresamente que, aun cuando proceda la reducción, nada obsta para que la donación «tenga efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos» (art. 654 CC), los cuales no se devolverán «sino desde la interposición de la demanda» (art. 651.I CC). En definitiva, «¿cómo por el propósito de privar de la legítima puede ser nula ya una donación que todavía es inseguro que perjudique el día de mañana a una legítima cuya cuantía se ignora al donar [o que puede no llegar siquiera a existir]?»⁴³.

Descartada la tesis jurisprudencial, la solución correcta pasa entonces por que el legitimario, que deberá esperar al fallecimiento de su causante, ejercite una acción de simulación relativa a la que deberá acumular otra de reducción de la donación disimulada para el caso de que quepa considerarla inoficiosa⁴⁴.

V. UN DESIDERÁTUM A MODO DE COROLARIO

A la vista de lo hasta aquí expuesto, se hace evidente lo perentorio, en el ámbito del Derecho civil estatal, de una intervención legislativa en materia de sucesión forzosa, intervención que no solo ha de procurar la articulación de un sistema legitimario adaptado, en su naturaleza y dimensiones, a las circunstancias sociales y económicas

⁴² Albaladejo García y Díaz Alabart (2006: 922 y 923).

⁴³ Albaladejo García y Díaz Alabart (2006: 922).

⁴⁴ Ragel Sánchez (2013: 5972). Si es que, en el supuesto de que se trate, la donación encubierta cumple con el correspondiente requisito de forma exigido por el CC, pues de otro modo habrá de considerarse inválida por este motivo: como indica la STS 115/2022, de 15 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:608), es doctrina jurisprudencial consolidada desde la plenaria STS 1394/2007, de 11 de enero (ECLI:ES:TS:2007:822), la de que no vale como forma de donación un escrito otorgado para dar apariencia a una compraventa, ya sea público (tratándose de inmuebles), ya sea privado (cuando recaiga sobre cosa mueble; vid., a este último respecto, STS 234/2011, de 14 de abril -ECLI:ES:TS:2011:2688-). Pero conviene recordar que el artículo 632 CC contempla dos formas alternativas para las donaciones de muebles, ya que, o bien se hace por escrito, con constancia de la aceptación, o bien se hace verbalmente, con entrega simultánea de la cosa donada.

actualmente imperantes -que poco tienen que ver con las de fines del siglo XIX-, sino que, además, atiende y regule, con solvencia técnica, cuestiones tan relevantes como las que en este trabajo se han analizado y que tan oscuras y dudosas resultan en el régimen vigente; en definitiva, un sistema nuevo que aporte a los operadores la necesaria seguridad jurídica.

Bibliografía

- ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (2006), *La donación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2013), «Comentario a los artículos 654 a 656 CC», en *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), T. IV, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 4992-5014).
- AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, C. DE (2021), «Comentario a los artículos 782, 808, 813 y 822 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (pp. 933-958).
- ARAKISTAIN ARRIOLA, M. (2023), *La posición sucesoria del supérstite en el Derecho inglés, en el sistema del Código civil y en el Derecho civil vasco*, Reus, Madrid.
- ATAZ LÓPEZ, J. (2009), «Comentario a los artículos 654 a 656 CC», en *Jurisprudencia civil comentada* (dir. por M. PASQUAU LIAÑO), t. II, Comares, Granada (2ª ed.) (pp. 1288-1291).
- BOTELLO HERMOSA, P. (2023), «La legítima estricta ¿colectiva? tras la Ley 8/21?», *RCDI*, 795 (pp. 227-271).
- BUSTO LAGO, J. M. (2021), «Comentario al artículo 806 CC», en *Comentarios al Código civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (5ª ed.) (pp. 1059-1063).
- CADARSO PALAU, J. (1984), «Comentario al artículo 818 CC», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II: *Ley 11-81, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y Ley 30-81, de 7 de julio*, Tecnos, Madrid (pp. 13030-1309).
- CÁMARA ÁLVAREZ, M. DE LA (2011), *Compendio de Derecho sucesorio*, La Ley, Madrid (3ª ed.).
- CERVILLA GARZÓN, M.^a D. (2023), «La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Wolters Kluwer, Madrid (pp. 691-706).
- DÍAZ TEJEIRO, C. M. (2018), *La legítima de los descendientes en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2023), «Comentario a la RDGSJFP de 13 de julio de 2022 (RJ 2022, 4562). Entrega de la posesión de los legados y protección de los derechos de los legitimarios», *CCJC*, 121 (pp. 129-150).
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2005), «El gravamen de la legítima en el Código civil: situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *RJNot.*, 53 (pp. 113-160).
- GAGO SIMARRO, C. (2021), *Las donaciones en la sucesión hereditaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- GARCÍA PÉREZ, R. (2004), *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. de A. (1973), *Derecho de sucesiones*, II, Bosch, Barcelona.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2013), «Comentario al artículo 815 CC», en *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), t. IV, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 5949-5973).
- REAL PÉREZ, A. (1999), «Comentario a la STS de 4 de marzo de 1999. Fijación de la legítima. Donaciones inoficiosas. Plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de reducción. cinco años. Analogía. Jurisprudencia a efectos de casación», *CCJC*, 51 (pp. 945-957).
- REBOLLEDO VARELA, A. (2017), «La voluntad del causante en la computación, imputación y colación de las donaciones», en *Tratado de las Liberalidades: homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano* (dir. por M.^a A. EGUSQUIZA BALMASEDA y M.^a C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO), Thomson Reuters, Cizur Menor (pp. 1355-1393).
- REPRESA POLO, M.^a P. (2021), «Comentario al artículo 1041 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (pp. 965-969).
- SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2022), «Valoración del legado de cosa determinada», *RDC*, vol. IX, núm. 2 (pp. 339-343).
- TORRES GARCÍA, T. F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2016), «La legítima en el Código civil», en *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. II (dir. por M.^a del C. GETE-ALONSO Y CALERA), Thomson Reuters, Cizur Menor (2^a ed.) (pp. 355-475).
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1974), *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, t. I: *Las legítimas*, INEJ, Madrid.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1982), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XI (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), Edersa, Madrid (2^a ed.).

Relación jurisprudencial

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)

STS de 27 de abril de 1961 (RJ 1961, 1841)

STS 212/1980, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:1980:5097)

STS 463/1984, de 12 de julio (ECLI:ES:TS:1984:1326)
STS 208/1989, de 8 de marzo (ECLI:ES:TS:1989:1691)
STS 245/1989, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:1989:9040)
STS 685/1989, de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:1989:15730)
STS 847/1991, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:1991:6528)
STS 4 de marzo de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:1499)
STS 955/2000, de 25 de octubre (ECLI:ES:TS:2000:7705)
STS 1006/2000, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:2000:7784)
STS 142/2001, de 15 febrero (ECLI:ES:TS:2001:1026)
STS 695/2005, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5646)
STS 766/2005, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6075)
STS 124/2006, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:728)
STS 1394/2007, de 11 de enero (ECLI:ES:TS:2007:822)
STS 607/2007, de 15 de junio (ECLI:ES:TS:2007:5013)
STS 684/2007, de 20 de junio (ECLI:ES:TS:2007:4501)
STS 608/2010, de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2010:7702)
STS 234/2011, de 14 de abril -ECLI:ES:TS:2011:2688-
STS 561/2011, de 19 de julio (ECLI:ES:TS:2011:5097)
STS 863/2011, de 21 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:8159)
STS 516/2012, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2012:6027)
STS 640/2012, de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6952)
STS 604/2012, de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:7373)
STS 838/2013, de 10 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5816)
STS 502/2014, de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:3690)
STS 738/2014, de 19 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1414)
STS 473/2018, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2756)
STS 468/2019, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2019:2854)
STS 492/2019, de 25 septiembre (ECLI:ES:TS:2019:2917)
STS 419/2021, de 21 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2367)
STS 115/2022, de 15 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:608)
STS 184/2022, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:941)
STS 280/2022, de 4 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1387)
STS 419/2022, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2068)
STS 807/2023, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2376)
STS 943/2023, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2578)
STS 1548/2023, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:4661)

Tribunales Superiores de Justicia

STSJ Islas Baleares 1/2009, de 30 de enero (ECLI:ES:TSJBAL:2009:538)

Audiencias Provinciales

SAP La Rioja Secc. 1ª, 200/1998, de 21 de abril (ECLI:ES:APLO:1998:308)

SAP Cantabria, Secc. 3ª, 250/2004, de 21 de junio (ECLI:ES:APS:2004:1306)
SAP Granada, Secc. 4ª, 373/2007, de 28 de septiembre (ECLI:ES:APGR:2007:2111)
SAP Granada, Secc. 4ª, 66/2008, de 8 de febrero (ECLI:ES:APGR:2008:598)
SAP Pontevedra, Secc. 1ª, 408/2020, de 9 de julio (ECLI:ES:APPO:2020:1336)

Dirección General de los Registros y del Notariado

RDGRN de 14 de enero de 2006 (RJ 2006, 648)
RDGRN de 13 de junio de 2013 (RJ 2013, 5440)
RDGRN de 15 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4742)
RDGRN de 13 de febrero de 2015 (RJ 2015, 1220)
RDGRN de 3 de marzo de 2015 (RJ 2015, 5556)
RDGRN de 13 de marzo de 2015 (RJ 2015, 5556)
RDGRN de 16 de octubre de 2015 (RJ 2015, 6490)
RDGRN de 29 de junio de 2017 (RJ 2017, 3779)
RDGRN de 17 de septiembre de 2018 (RJ 2018, 4112)
RDGRN de 31 de octubre de 2018 (RJ 2018, 5208)
RDGRN de 29 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5475)
RDGRN de 4 de febrero de 2019 (RJ 2019, 759)

Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

RDGSJFP de 28 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3686)
RDGSJFP de 3 de febrero de 2021 (RJ 2021, 516)
RDGSJFP de 9 de junio de 2022 (RJ 2022, 3913)
RDGSJFP de 24 de octubre de 2022 (JUR/2022/357425)
RDGSJFP de 12 de diciembre de 2022 (JUR/2022/389801)
RDGSJFP de 24 de enero de 2023 (JUR/2023/61095)
RDGSJFP de 25 de julio de 2023 (BOE de 27 de septiembre de 2023)

**DEL USO A TÍTULO DE MARCA A LA APLICACIÓN FUNCIONAL DEL
DERECHO DE MARCAS
(O SOBRE CÓMO APLICAR EL DERECHO DE MARCAS DE MANERA
CONFORME CON LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA)
[PARTE II] ***

*From the Use as a Trade Mark to the Functional Application of Trade Mark Law
(Or on how to apply Trade Mark Law in accordance with the case law of the European
Court of Justice) [Second part]*

RAFAEL GARCÍA PÉREZ
rafael.garcia.perez@udc.es
Profesor Titular de Derecho Mercantil
(Acreditado como Catedrático de Universidad)
Universidad de A Coruña

Cómo citar / Citation

García Pérez, R. (2023).
Del uso a título de marca a la aplicación funcional del Derecho de marcas (Parte II).
Cuadernos de Derecho Privado, 7, pp. 80-113
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.51>
(Recepción: 17/04/2023; aceptación tras revisión: 31/07/2023; publicación: 31/12/2023)

Resumen

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no requiere ya el uso a título de marca como requisito para la infracción del derecho de marca. El Tribunal de Justicia ha sustituido el análisis tradicional por otro basado en el menoscabo de las funciones de la marca. Este cambio constituye un verdadero desafío para los ordenamientos jurídicos en los cuales el uso a título de marca se encuentra profundamente asentado. El presente artículo propone una nueva forma de aplicar el Derecho de marcas –el análisis funcional– que es respetuosa con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Palabras clave

Uso a título de marca; funciones de la marca; Derecho de marcas de la Unión Europea; análisis funcional.

Abstract

The use of a sign as a trade mark is no longer required as a prerequisite for the infringement of a trade mark. The current approach of the Court of Justice of the European Union is based on the adverse effect on the trade mark functions. This change is challenging for those legal systems where the use as a trade mark is deeply ingrained. This article proposes a new

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto *Derecho de Marcas e Inteligencia Artificial (MARIA)*, con referencia PID2020-115646RB-I00, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad).

approach to infringement cases –the so-called functional approach– consistent with the case law of the CJEU.

Keywords

Use as a trade mark; Trade mark functions; European Trade Mark Law; functional approach

SUMARIO:

V.6. Algunos casos particulares. V.6.1. Los usos decorativos. V.6.2. Los usos descriptivos. V.6.3. El merchandising. V.6.4. La publicidad comparativa. V.6.5. Las denominaciones sociales. V.6.6. Réplicas. VI. EL PAPEL DE LOS LÍMITES. VII. EL ACERCAMIENTO ENTRE EL DERECHO DE MARCAS Y EL DERECHO CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL. VIII. CONCLUSIONES. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

V.6. Algunos casos particulares

V.6.1. Los usos decorativos

En la jurisprudencia tradicional, los usos ornamentales no se consideraban realizados a título de marca, por lo que eran lícitos desde el punto de vista del Derecho de marcas.

Ejemplo 1: La empresa demandada comercializaba un jersey en cuya parte frontal se representaban dos relojes y los logos de varias marcas renombradas (como «Cartier», «Rolex», «Omega» y «Christian Dior», entre otras). La titular de la marca Cartier interpuso acciones de marcas y competencia desleal. Las de marcas, que son las que ahora nos interesan, fracasaron, porque el Tribunal consideró que no existía un uso a título de marca. Los signos que se reproducen no se utilizan como indicadores de la procedencia empresarial del jersey, sino que se trataba de un uso decorativo de un conjunto de marcas renombradas. Sentencia del BGH de 24 de marzo de 1994 (I ZR 152/92, «Pulloverbeschriftung», *GRUR* 1994, pp. 635 y ss.).

Ejemplo 2: La demandante, editora de la revista alemana *Der Stern* (La estrella) y de una colección de libros conocida como «Sternbücher» («libros estrella»), es titular de una marca mixta en la que aparece una estrella asimétrica. La demandada, que publicaba la revista «Revue», utilizó estrellas asimétricas en: a) un anuncio en el que aparecen varios libros y al lado de cada uno de ellos una estrella asimétrica de tamaño considerable en la que constaba el precio, y b) en dos carteles en los que se incluían varias estrellas de distintos tamaños (por ejemplo, en uno de ellos, que anunciaba el número de Navidad, aparecía en la parte superior la leyenda «Gran número especial *Revue* con la emperatriz Soraya» y varias estrellas de color rosa de diferentes tamaños). En el caso del anuncio de los libros el BGH afirma que hay un uso a título de marca, porque existe la posibilidad de que el público pertinente entienda que la estrella indica el origen empresarial de los productos. Además, dado que en su impresión

general los signos utilizados y la marca son similares, que los productos son idénticos y el carácter distintivo de la marca anterior es elevado, existe riesgo de confusión. En el caso de los carteles publicitarios, sin embargo, no existe uso a título de marca, porque el público pertinente no ve en ellas un signo indicador del origen empresarial, En el caso del cartel de la princesa Soraya, por ejemplo, el Tribunal afirma que solo una de las estrellas es asimétrica, que se trata de un número que se califica de especial y que el público estable una relación entre las estrellas y la princesa. En consecuencia, no existe infracción de marca, sin que el Tribunal entre siquiera a estudiar la existencia de riesgo de confusión. Sentencia del BGH de 13 de octubre de 1959 (I ZR 58/58, «Sternbild», *GRUR* 1960, pp. 126 y ss.).

Desde una perspectiva tradicional, por lo tanto, los usos decorativos son usos «neutrales» desde el punto de vista del Derecho de marcas, por lo que su eventual ilicitud tendría que venir determinada por otros sectores del ordenamiento (por ejemplo, el Derecho contra la competencia desleal). Esta no fue, sin embargo, la conclusión a la que llegó el Tribunal de Justicia, ni cuando se le planteó un caso de riesgo de confusión (*Adidas/Marca Mode*), ni cuando se le planteó un caso en el que entraba en juego la tutela de la marca renombrada (*Adidas/Fitnessworld*).

a. Riesgo de confusión (*Adidas/Marca Mode*)

El caso tuvo como origen una demanda de Adidas contra ciertos competidores que vendían prendas deportivas y de ocio en las que figuraban dos franjas paralelas que contrastaban con el color de fondo de las prendas. En el marco de este litigio, un tribunal holandés preguntó al Tribunal de Justicia si, para apreciar el riesgo de confusión, «es importante comprobar si el público percibe el signo empleado por el tercero como un mero adorno del producto en cuestión».¹

El Tribunal de Justicia podría haber contestado que el uso relevante a los efectos de constatar una infracción del derecho de marca es el uso a título de marca, y concluir que, en consecuencia, si el consumidor percibe el uso como un mero adorno, entonces no lo percibe como un indicador del origen empresarial, y por lo tanto la infracción no existe. El razonamiento del Tribunal, sin embargo, discurre por otras vías:

«34 En este sentido, procede señalar que el hecho de que el público perciba un signo como ornamento no puede obstar a la protección que confiere el artículo 5, apartado 1, letra b), de la Directiva cuando el signo mencionado, a pesar de su carácter decorativo, presente tal similitud con la marca registrada que

¹ Ap. 33.

el público pertinente pueda creer que los productos proceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas económicamente.

35 En el caso de autos, será preciso, pues, apreciar si el consumidor medio, cuando percibe prendas deportivas y de ocio en las que se han colocado motivos de franjas en los mismos lugares y con las mismas características que el motivo de franjas registrado por Adidas, con la única diferencia de que están compuestos por dos en lugar de tres franjas, puede equivocarse sobre el origen de dicho producto, y creer que está comercializado por «adidas AG», «adidas Benelux BV» o por una empresa vinculada económicamente con ellas.

36 Tal como se desprende del décimo considerando de la Directiva, esta apreciación no depende únicamente del grado de similitud entre la marca y el signo, sino también de la facilidad con la que el signo puede ser asociado a la marca teniendo en cuenta, en particular, el conocimiento de la misma en el mercado. En efecto, cuanto más conocida sea la marca, mayor será el número de operadores que quieran utilizar signos similares. La presencia en el mercado de una gran cantidad de productos cubiertos por signos similares podría vulnerar la marca en cuanto que se corre el riesgo de disminuir el carácter distintivo de la marca y de poner en peligro la función esencial de ésta, que es garantizar a los consumidores el origen de los productos de que se trata.»

El razonamiento del Tribunal no es un ejemplo de claridad, pero lo relevante para nosotros es la metodología empleada. El Tribunal no se basa en conceptos («ornamental», «puramente ornamental») ni categorías (no dice, por ejemplo, que determinados usos –los meramente ornamentales– quedan excluidos de la categoría de uso infractor). El Tribunal, por el contrario, se centra en la función esencial de la marca: si el uso del signo en las prendas puede llevar al consumidor a equivocarse sobre el origen del producto, y creer que está comercializado por Adidas o por una empresa vinculada económicamente con ella, entonces existe infracción. Los conceptos y categorías ceden ante los efectos sobre las funciones de la marca.

Otro aspecto importante de la sentencia radica en que el Tribunal, al analizar si el consumidor medio «puede equivocarse sobre el origen de dicho producto», no hace un análisis puramente abstracto, en el que se tengan en cuenta únicamente los signos enfrentados y los productos y servicios, sino que señala que «será preciso, pues, apreciar si el consumidor medio, cuando percibe prendas deportivas y de ocio en las que se han colocado motivos de franjas en los mismos lugares y con las mismas características que el motivo de franjas registrado por Adidas, con la única diferencia de que están compuestos por dos en lugar de tres franjas, puede equivocarse sobre el origen de dicho producto...». Es decir, que el Tribunal tiene en cuenta las prendas deportivas en su conjunto, y no los signos de manera aislada.²

² Creo que esta es la interpretación correcta de la sentencia, si bien reconozco que la parquedad de la argumentación del Tribunal permite defender interpretaciones alternativas.

En definitiva, en los supuestos tradicionalmente conocidos como «usos decorativos u ornamentales», no se debe proceder a intentar calificar el uso como meramente ornamental, y por lo tanto no infractor, o no ornamental o híbrido, y por tanto potencialmente infractor. Debe analizarse el impacto sobre la función esencial de la marca: ¿puede el público pertinente creer que los productos proceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas económicamente? Este análisis va más allá de hacer una comparación abstracta entre signos y productos y servicios. Si se trata, por ejemplo, de una estrella que aparece en la parte frontal de una camiseta, e interpone una demanda el titular de una marca que consiste en una estrella similar registrada para camisetas, no basta con comparar las dos estrellas, y, a la luz de la identidad de los productos y el carácter distintivo más o menos elevado de la marca anterior determinar si existe riesgo de confusión. El tribunal debe analizar si el consumidor medio, cuando percibe la camiseta con el signo en cuestión, puede equivocarse sobre su origen, y creer que está comercializada por la titular de la marca o por una empresa vinculada económicamente con ella.

b. Marca renombrada (*Adidas/Fitnessworld*)

El caso *Adidas/Fitnessworld* también gira en torno a las tres rayas de Adidas. En este caso, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba en qué medida incide en la cuestión de la similitud entre la marca de renombre y el signo el hecho de que el público pertinente perciba el signo impugnado exclusivamente como un elemento decorativo.³ En sus observaciones, *Fitnessworld* alegaba que «si el público pertinente percibe un signo exclusivamente como un elemento decorativo, este no puede en ningún caso constituir una violación del derecho de marca». El Tribunal de Justicia desdeña de nuevo el enfoque basado en el uso a título de marca, y contesta con unas palabras bastante crípticas:

«38. Se desprende de la respuesta dada a la segunda cuestión, letra a), que uno de los requisitos de la protección que confiere el artículo 5, apartado 2, de la Directiva consiste en que el grado de similitud entre el signo y la marca de renombre tenga por efecto que el público pertinente establezca un vínculo entre el signo y la marca.

39. La circunstancia de que el público pertinente perciba un signo como un elemento decorativo no constituye, en sí, un obstáculo a la protección que confiere el artículo 5, apartado 2, de la Directiva, cuando el grado de similitud es sin embargo tal que el público pertinente establece un vínculo entre el signo y la marca.

³ Ap. 32.

40. En cambio, cuando, según la apreciación de hecho del órgano jurisdiccional nacional, el público pertinente percibe el signo exclusivamente como un elemento decorativo, dicho público no establece, por definición, vínculo alguno con una marca de renombre. Ello implica, por tanto, que el grado de similitud entre el signo y la marca no basta para establecer un vínculo de ese tipo.

41. Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión, letra b), que la circunstancia de que el público pertinente perciba un signo como un elemento decorativo no constituye, en sí, un obstáculo a la protección que confiere el artículo 5, apartado 2, de la Directiva, cuando el grado de similitud es sin embargo tal que el público pertinente establece un vínculo entre el signo y la marca. En cambio, cuando, según la apreciación de hecho realizada por el órgano jurisdiccional nacional, dicho público percibe el signo exclusivamente como un elemento decorativo, éste no establece, por definición, vínculo alguno con una marca registrada, de forma que no se cumple entonces uno de los requisitos de la protección conferida por el artículo 5, apartado 2, de la Directiva.» Sentencia de 23 de octubre de 2003, *Adidas-Salomon AG, antiguamente Adidas AG, Adidas Benelux BV/Fitnessworld Trading Ltd*, C-408/01, ECLI:EU:C:2003:582.⁴

Los párrafos anteriores causan cierta sensación de perplejidad, porque se supone que el Tribunal tiene que despejar dudas, y no crearlas. No obstante, lo que aquí nos interesa es que se puede sacar una conclusión en limpio: lo relevante, en el caso de que la marca sea renombrada, es si el consumidor medio establece un vínculo entre el signo y la marca de renombre. Si no hay vínculo, no hay infracción. Si lo hay, puede haberla.

En resumen, en los casos en los que la marca sea renombrada no es necesario encuadrar el uso del signo en una categoría concreta («uso meramente decorativo», «uso no decorativo», «uso híbrido»). Basta con analizar si se satisfacen los elementos constitutivos de la infracción de la marca renombrada, uno de los cuales es la existencia de vínculo entre el signo y la marca.

c. Doble identidad

En los casos de doble identidad deberá analizarse el impacto sobre la función esencial (de la forma en la que se expuso en el epígrafe “a”) y sobre las otras funciones de la marca. Puede valer como ejemplo de la forma en que hay que proceder una sentencia del Tribunal de Justicia en un caso que se puede considerar de uso ornamental: la utilización de marcas ajenas en reproducciones de automóviles en miniatura.

Ejemplo: Opel demandó a Autec AG, que vendía bajo la marca «cartronic» modelos a escala reducida de automóviles guiados por control remoto. Los modelos eran copias fidedignas de los originales, por lo que incluían sus marcas (en este caso, incluía el logo Opel en la calandra). El Tribunal de Justicia, que enfocó el caso desde la perspectiva de la doble identidad,⁵ utiliza como eje de la sentencia el

⁴ Comentada en *ADI* por García Vidal (2003).

⁵ Opel también tiene su marca registrada para juguetes.

menoscabo de las funciones de la marca, y afirma con rotundidad que «solo puede prohibirse a un tercero incorporar un signo idéntico a una marca registrada para juguetes a modelos a escala reducida de vehículos, si ello menoscaba o puede menoscabar las funciones de esta marca» (ap. 22). El Tribunal deja al órgano nacional la labor de constatar, «respecto del consumidor medio de juguetes en Alemania, si el uso de que se trata en el asunto principal vulnera las funciones del logo Opel como marca registrada para juguetes». Ofrece además unas pautas a dicho órgano, si bien referidas únicamente a la vulneración de la función de indicación del origen, ya que «no parece que Adam Opel haya alegado que este uso vulnere funciones de esta marca distintas de su función esencial» (ap. 25). El BGH sí que analizó, no obstante, el impacto en otras funciones de la marca, y negó el menoscabo, por lo que consideró que no existía infracción de marca. Sentencia de 25 de enero de 2007, *Adam Opel AG/Autec AG y Deutscher Verband der Spielwaren-Industrie eV*, C-48/05, ECLI:EU:C:2007:55.

V.6.2. Los usos descriptivos

Los usos descriptivos han quedado tradicionalmente al margen del Derecho de marcas por no considerarse usos a título de marca.⁶

Ejemplo: El «Vyayam» es un tipo de gimnasia energética de origen milenario hindú basada en el control de la respiración. El demandado anunciaba cursos o clases en varias páginas web, en las que aparecía como instructor de la «Escuela Tradicional Vyayam». El titular de la marca «Vyayam» ejerció acciones por infracción de marca. La sentencia de instancia desestimó la demanda, y la Audiencia de Barcelona desestimó el recurso de apelación, con el siguiente razonamiento: «Lo que observamos en el contenido de las páginas web que se han aportado en esta instancia no es un uso del signo VYAYAM a título de marca, como signo distintivo empleado por el demandado en el tráfico económico para distinguir su concreta actividad en el mercado o el centro, establecimiento o academia en la que imparte la mencionada disciplina. El uso que resulta de esas páginas web es meramente descriptivo de la disciplina gimnástica-filosófica, basada en el control de la respiración, que se conoce con el término VYAYAM. Y este uso, por las razones indicadas, no puede ser prohibido.» SAP Barcelona, Secc. 15ª, 149/2012 de 18 de abril (ECLI:ES:APB:2012:9843).

El proceder del Tribunal de Justicia cuando se ha enfrentado al uso de signos descriptivos no ha sido, sin embargo, el tradicional. Es decir, no ha sentado que el uso con fines descriptivos es un uso distinto al de distinguir productos y servicios, y por lo tanto un uso no infractor. Lo que hace el Tribunal es un análisis funcional: cuando el uso es puramente descriptivo no existe infracción porque no se menoscaban las funciones de la marca.

Ejemplo: Michael Hölterhoff trabaja piedras preciosas, que talla él mismo. En cierta ocasión, en el marco de una negociación comercial, el señor Hölterhoff propuso a un orfebre-joyero que le comprara piedras semipreciosas y ornamentales que denominó «Spirit Sun» y «Context Cut». El orfebre le encargó dos granates «con tallado Spirit Sun». Pues bien, resulta que Spirit Sun y Context Cut son

⁶ V. la magnífica monografía del Prof. García Vidal (2000) sobre el tema.

marcas registradas para diamantes y piedras preciosas destinadas a ser transformadas en joyas, por lo que el titular de las marcas demandó al señor Hölterhoff en Alemania. La demanda fue inicialmente estimada, pero el tribunal de apelación decidió plantear una cuestión prejudicial. El tribunal alemán considera demostrado que, durante las negociaciones comerciales, el señor Hölterhoff utilizó las denominaciones «Spirit Sun» y «Context Cut» solo con el fin de describir las características y, más concretamente, el tipo de tallado de las piedras preciosas ofrecidas para la venta y que, por consiguiente, tal denominación no pretendía sugerir que estas proviniesen de la empresa del Sr. Freiesleben.

El Tribunal de Justicia responde de forma muy escueta:

«15. En consecuencia, la cuestión planteada consiste en si un uso de la marca como el controvertido en el litigio principal es uno de los usos que violan el derecho exclusivo del titular de dicha marca, mencionados en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva.

16. Basta señalar, a este respecto, que en una situación como la descrita por el órgano jurisdiccional remitente, el uso de la marca no menoscaba ninguno de los intereses que pretende proteger dicho artículo 5, apartado 1. En efecto, dichos intereses no se ven lesionados en una situación en la que:

- un tercero menciona la marca en el ámbito de una negociación comercial mantenida con un cliente potencial, que es un profesional de la joyería,
- la referencia se efectúa con fines meramente descriptivos, para dar a conocer las características del producto ofrecido para la venta al cliente potencial, que conoce las de los productos que llevan la marca de que se trata,
- el cliente potencial no puede interpretar que la referencia a la marca indique la procedencia del producto.

17. En tales circunstancias, sin que sea necesario, en el presente asunto, examinar más detenidamente en qué consiste el uso de una marca en el sentido del artículo 5, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 5, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el titular de una marca no puede invocar su derecho exclusivo cuando, en una negociación comercial, un tercero manifiesta que la mercancía procede de su propia producción y usa la marca de que se trata exclusivamente para describir las propiedades particulares de la mercancía por él ofrecida, de modo que queda excluido que la marca usada se considere como una referencia a la empresa de la que procede dicha mercancía.» Sentencia de 14 de mayo de 2002, *Michael Hölterhoff/Ulrich Freiesleben*, C-2/00, ECLI:EU:C:2002:287.

La sentencia *Hölterhoff* es muy breve y está muy ceñida al caso concreto, pero algo está bien claro: el elemento sobre el que pivota es el menoscabo de los intereses del titular de la marca, y no si el signo se usa o no a título de marca. El hecho, mencionado por el Tribunal, de que «el cliente potencial no puede interpretar que la referencia a la marca indique la procedencia del producto», no conforma el fundamento para negar la existencia de un uso a título de marca y por lo tanto la infracción, sino que constituye uno de los elementos que el Tribunal tiene en cuenta para declarar que no se vulneran los intereses del titular de la marca (es decir, las funciones de la marca). Esta relación entre uso puramente descriptivo y ausencia

de menoscabo de las funciones lo expresa de forma todavía más clara el Tribunal en la sentencia *Arsenal*:

«54. En efecto, el titular no puede prohibir el uso de un signo idéntico a la marca para productos idénticos a aquellos para los cuales se registró la marca si dicho uso no puede menoscabar sus intereses propios como titular de la marca habida cuenta de las funciones de ésta. Así pues, determinados usos con fines meramente descriptivos quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 5, apartado 1, de la Directiva, ya que no menoscaban ninguno de los intereses que pretende proteger esta disposición y, por tanto, no se incluyen en el concepto de uso a los efectos de dicha disposición (véase, por lo que se refiere a un uso con fines meramente descriptivos respecto a las características del producto ofrecido, la sentencia de 14 de mayo de 2002, *Hölterhoff*, C-2/00, Rec. p. I-4187, apartado 16).» Sentencia de 12 de noviembre de 2002, *Arsenal Football Club plc/Matthew Reed*, C-206/01, ECLI:EU:C:2002:651

De la sentencia *Hölterhoff* parece desprenderse un principio general: los usos puramente⁷ descriptivos no constituyen infracción de marca porque no pueden menoscabar las funciones de la marca. Parece un principio sencillo, pero la dificultad reside en determinar qué es un uso puramente descriptivo. En principio, podría pensarse que es aquel en «el [que] el cliente potencial no puede interpretar que la referencia a la marca indique la procedencia del producto» (ap. 16), o aquel en el que «queda excluido que la marca usada se considere como una referencia a la empresa de la que procede dicha mercancía» (ap. 17). No obstante, la claridad se empaña cuando el Tribunal, en la sentencia *Arsenal*, decide en una breve frase que en ese caso el uso del término «Arsenal» en bufandas, que según el órgano remitente era percibidos por el público como un testimonio de apoyo, de lealtad o de afiliación, no es un uso puramente descriptivo:

«55. A este respecto, es necesario señalar desde un principio que la situación del asunto objeto del procedimiento principal es esencialmente diferente de la que dio lugar a la sentencia *Hölterhoff*, antes citada. En efecto, en este caso el uso del signo se enmarca en las ventas a consumidores y, manifiestamente, no está destinado a fines meramente descriptivos.» Sentencia de 12 de noviembre de 2002, *Arsenal Football Club plc/Matthew Reed*, C-206/01, ECLI:EU:C:2002:651.

La perplejidad aumenta con las palabras del Tribunal en el caso *L'Oréal*, en el que el Tribunal considera que el uso no es puramente descriptivo porque el uso en las listas comparativas de perfumes «tiene un objetivo publicitario»:

«62 A este respecto ha de precisarse, no obstante, que la situación descrita en el litigio principal es sustancialmente diferente de la que dio lugar a la sentencia *Hölterhoff*, antes citada, en la medida en que el uso en las listas comparativas difundidas por Malaika y Starion de las marcas denominativas de las que son titulares L'Oréal y otros no persigue fines meramente descriptivos, sino que tiene un objetivo

⁷ La versión española utiliza el término «meramente», pero otras versiones utilizan «purely» (en), «purement» (fr), «puramente» (it y pt),

publicitario.» Sentencia de 18 de junio de 2009, *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie/Bellure NV, Malaika Investments Ltd, Starion International Ltd*, C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378.

La afirmación sorprende, porque de aplicarla a rajatabla supondría que la existencia de un objetivo publicitario –lo que sucederá en la mayoría de los casos– excluiría el carácter puramente descriptivo del uso.

La situación se aclara, no obstante, al igual que en el caso de los usos decorativos, si abandonamos el terreno de los conceptos («uso decorativo», «uso descriptivo») y acudimos al menoscabo de las funciones de la marca. Si se leen con atención las sentencias *Hölterhoff*, *Arsenal* y *L'Oréal* el resultado es el mismo, a saber: existe o no infracción porque las funciones de la marca se menoscaban o se dejan indemnes, no porque los usos sean o no puramente descriptivos:

- En *Hölterhoff* no existe infracción porque no hay menoscabo de las funciones de marca, no porque el uso sea puramente descriptivo. El hecho de que el cliente potencial no pueda interpretar que la referencia a la marca indique la procedencia del producto es un factor, entre otros, que contribuye a negar el menoscabo de las funciones.
- En *Arsenal* lo relevante no es si la incorporación del signo a las bufandas constituye un uso descriptivo o no, sino el hecho de que, en el caso de autos, el uso de un signo idéntico a la marca puede poner en peligro la función esencial de la marca.
- En *L'Oréal* tampoco es verdaderamente relevante que el signo se use o no con fines puramente descriptivos. Lo que resulta decisivo es si el uso del signo puede menoscabar alguna de las funciones de la marca. El error que comete el Tribunal (pero esto es lo que dice, no lo que hace) es afirmar que el uso no es puramente descriptivo porque tiene objetivos publicitarios. Lo que el Tribunal tenía que haber dicho es que las circunstancias del caso *L'Oréal*, una de las cuales es que existe un objetivo publicitario, son diferentes de las del caso *Hölterhoff*. Esas circunstancias diferentes pueden hacer que en este caso, a diferencia del asunto *Hölterhoff*, las funciones de la marca sí se vean menoscabadas.

Hay que huir, por lo tanto, de los conceptos, que en ocasiones corresponden a determinadas concepciones preestablecidas propias de la jurisprudencia y doctrina de los diversos Estados miembros, y centrarse en el menoscabo de las funciones de la marca. No se trata, en definitiva, de excluir ciertos usos *a priori* por ser decorativos, descriptivos, etc., sino de analizar las circunstancias del caso y determinar si en virtud de esas circunstancias se produce un menoscabo de las funciones de la marca.

Ejemplo 1: Resulta muy interesante, a este respecto, la SAP Madrid, Secc. 28ª, 379/2021, de 22 de octubre (ECLI:ES:APM:2021:13059). En ella se sostiene que describir unas rosquillas que se lanzan al mercado con la denominación «Redondoughts» como donuts no infringe la marca de Bimbo, con el siguiente razonamiento:

«Finalmente hemos de señalar que la palabra «dónut» se aplica a determinado tipo de rosquillas, según la definición del diccionario RAE:

«Pieza esponjosa de repostería en forma de rosca, frita y generalmente glaseada o cubierta de chocolate.»

Ciertamente se trata de la denominación utilizada para este tipo de rosquillas y la web de la actora va dirigida a profesionales, no al consumidor en general, de lo que prescinde el recurso, por lo que dicho uso - meramente descriptivo y no a título de marca - no resultaría apto para generar confusión alguna.

El hecho de que la forma de utilización de este término descriptivo en la página web no genera idea alguna de que nos encontramos ante un producto de la recurrente, sino todo lo contrario, es decir, que se trata de un producto de distinta procedencia, y el que se trate además de una página destinada a profesionales descarta cualquier uso desleal.»

El interés radica en que si bien se señala que el uso no es a título de marca, sino descriptivo, el tribunal no cierra ahí su argumentación, sino que constata que la utilización de este término descriptivo *en la página web* (repárese en que no se trata de un análisis abstracto, sino contextualizado) «no genera idea alguna de que nos encontramos ante un producto de la recurrente, sino todo lo contrario, es decir, que se trata de un producto de distinta procedencia». Es decir, que el Tribunal constata que no se menoscaba la función esencial de la marca.

Ejemplo 2: El demandante es titular de la marca denominativa «TANDAS PRIVADAS», registrada para servicios de la clase 41 consistentes en «Educación, formación, esparcimiento, actividades deportivas y culturales», y de la marca mixta «LUXE TRACK DAYS» registrada para servicios de la clase 41 consistentes en «organización de carreras automovilísticas, organización de carreras de coches, organización de eventos de carreras automovilísticas, servicios de entretenimiento». La actora demandó a Última Vuelta, S.L. por utilizar de forma reiterada, tanto en su página web (www.ultimavuelta.es) como en redes sociales (Facebook e Instagram), y con la finalidad de publicitar servicios de organización de carreras automovilísticas, términos relativos a las marcas que tiene registradas («TRACK DAYS», «NIGHT TRAY DAY», «ULTIMA VUELTA TRACK DAY», «TRACK DAY JARAMA REYES», «TRACK DAY ULTIMA VUELTA», «#TRACKDAYS», «#TANDASPRIVADAS», «#TANDASPRIVADASMADRID», etc.).

El Tribunal analiza el uso que hace la demandada de los términos «tandas privadas» y «trackdays», y concluye que se utilizan en el argot propio del ámbito del mercado concernido para designar una clase de actividad (por ejemplo: «Contacta con los organizadores para reservar tu plaza y hacer unas rodadas o un track day...», «Organiza un track day, unas rodadas con los monitores de tu escuela...», «Fotos del último Track Day», «Tandas privadas en el Circuit de Barcelona-Catalunya...»). Considera, en definitiva, que los términos «tandas privadas» y «trackdays» no son interpretados por el cliente potencial como indicadores de una determinada procedencia de los servicios que se le ofertan. Lo interesante, no obstante, es que la Audiencia no declara inmediatamente que el uso no es infractor, por no ser a título de marca, sino que afirma, de forma respetuosa con la forma del proceder del Tribunal de Justicia, que no existe infracción porque no se lesionan las funciones de la marca:

«9.- Dicho lo anterior, la prueba aportada por el aquí apelante no ofrece fundamento para poder afirmar que ÚLTIMA VUELTA haya hecho un uso de los términos de continua referencia diferente del que se

acaba de describir y potencialmente lesivo para los intereses que el Sr. Juan Luis pretende hacer valer como titular de las marcas «TANDAS PRIVADAS» y «LUXE TRACK DAYS», centrados, según se desprende de la demanda, en la generación de confusión sobre el origen de los servicios ofrecidos.

10.- En este sentido, cabe recordar, a título de muestra, lo señalado en la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2007, *Adam Opel AG/Autec AG y Deutscher Verband der Spielwaren-Industrie eV*, C-48/05 (EU:C:2007:55):

«21. Sin embargo, es necesario recordar que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el derecho exclusivo previsto en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva se concede para permitir que el titular de la marca proteja sus intereses específicos como titular de esta marca, es decir, para garantizar que dicha marca pueda cumplir las funciones que le son propias y que, por tanto, el ejercicio de este derecho debe quedar reservado a los casos en los que el uso del signo por un tercero menoscabe o pueda menoscabar las funciones de la marca...».

11.-A la vista de cuanto antecede, el recurso ha de ser desestimado en este particular.» SAP Madrid, Secc. 28ª, 288/2022, de 22 de abril (ECLI:ES:APM:2022:6009).

V.6.3. El *merchandising*

En este epígrafe, con *merchandising* nos referimos a la venta de artículos a los que se les añade un determinado signo para hacerlos más atractivos. En estos casos, el hecho de que el producto incorpore el signo determina en muchas ocasiones la venta. Se compra, por ejemplo, una bufanda precisamente porque incorpora el signo Arsenal, y de esa forma se demuestra el apoyo al equipo. O se compra un llavero o una taza de «Juego de Tronos» porque se es aficionado a la serie. Como en estos casos el signo suele estar registrado como marca, surgen conflictos entre sus titulares y las empresas que venden los productos sin autorización (productos «no oficiales»).

Por razones obvias, en este tipo de casos la marca suele ser renombrada. Cuando así suceda, y como ya hemos señalado, simplemente habrá que constatar que se satisfacen los elementos del tipo (entre ellos, la existencia de vínculo). El Derecho de marcas, con todo, también ofrece protección en los casos de doble identidad y frente al riesgo de confusión. Ahora bien, en estos casos la marca habrá de estar registrada para productos idénticos o similares a aquellos que la incorporan. La marca «Juego de Tronos», por ejemplo, tendría que estar registrada para llaveros o tazas (o productos similares).⁸ En otro caso, la tutela decae en virtud de la regla de la especialidad.

⁸ En la sentencia *Arsenal* (ECLI:EU:C:2002:651), la marca estaba registrada para bufandas, entre otros productos (ap. 2). En el caso *Opel Autec* (ECLI:EU:C:2007:55), el Tribunal señala que «20 Además, en la medida en que el logo Opel se ha registrado para juguetes, se trata del supuesto al que se refiere el artículo 5, apartado 1, letra a), de la Directiva, a saber, el de un signo idéntico a la marca en cuestión para productos –juguetes– idénticos a aquellos para los que la marca está registrada.» En Derecho alemán es jurisprudencia consolidada que el hecho

Ejemplo: El titular de una marca alemana registrada para prendas de vestir, gafas de sol y artículos de cuero demandó a X por comercializar relojes que, a su juicio, infringían su derecho de marca:

La marca	Los relojes
	

El Tribunal consideró que no existe riesgo de confusión porque los productos para los que consta registrada la marca y los relojes no son productos similares. El hecho de que sea habitual que los titulares de marcas del sector de la moda concedan licencias para la comercialización de productos en otros ámbitos diferentes no puede fundamentar la quiebra de la regla de la especialidad.⁹ La concesión de licencias para otros ámbitos se basa en la experiencia de que las asociaciones positivas y de exclusividad que despiertan ciertas marcas, pueden trasladarse a productos diferentes de aquellos para los que la marca se halla registrada. El Derecho de marcas no desconoce este fenómeno, y de hecho tutela al titular de la marca, pero bajo el paraguas de la protección de la marca renombrada, no del riesgo de confusión. Sentencia del OLG de Düsseldorf de 24 de marzo de 2015, I-20 U 234/13, «Tigerkopf», *GRUR-RR* 2016 (pp. 7 y ss.).

En los supuestos de *merchandising* en los que exista doble identidad, bastará con que se menoscabe cualquiera de las funciones de la marca. En los casos de mera similitud, por el contrario, la función agredida ha de ser la esencial. El enfoque, en ambos casos, debe ser funcional, ya que el Tribunal no excluye determinados usos del *ius prohibendi per se*, sino que valora el impacto del uso en las funciones de la marca. Buena muestra de ello es el caso *Arsenal*, en el que el Tribunal considera irrelevante la mención del órgano nacional de

de que los titulares de marcas que gozan de prestigio en un determinado ámbito concedan licencias para la comercialización de *merchandising* no es un argumento adecuado para afirmar que existe similitud entre los productos o servicios. La similitud no puede basarse en el hecho de que se trate de artículos típicos de *merchandising*. V. Hacker (2021: 817). Véanse también las consideraciones del Tribunal de Justicia en la sentencia de 11 de abril de 2019, *ÖKO-Test Verlag GmbH/Dr. Rudolf Liebe Nachf. GmbH & Co. KG*, C-690/17, ECLI:EU:C:2019:317, aps. 27 y ss.

⁹ El Tribunal cita el apartado 38 de la sentencia *Mülhens* del Tribunal General: «38 En el presente asunto, la demandante únicamente alega que el público está habituado a que artículos del sector de la moda se comercialicen con marcas de perfumes debido a la práctica de concesión de licencias. Pues bien, suponiendo que ello fuera cierto, este mero hecho no basta para paliar la falta de similitud entre los productos controvertidos. En particular, esta circunstancia no permite afirmar la existencia de un vínculo de complementariedad estética entre los productos de perfumería, por una parte, y los productos de cuero y de confección, a que se refiere el apartado 3 de esta sentencia, por otra parte, en el sentido de que unos sean indispensables o importantes para el uso de los otros y los consumidores consideren usual y normal utilizar dichos productos conjuntamente.» Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 11 de julio de 2007, *Mülhens GmbH & Co. KG/OAMI*, T-150/04 (ECLI:EU:T:2007:214).

remisión de que las bufandas con el signo «Arsenal» que se vendían en los alrededores del estadio del equipo de fútbol eran percibidos por el público como un testimonio de apoyo, de lealtad o de afiliación, y no como indicadores de la procedencia de los productos.

El caso *Arsenal*: El señor Reed vendía bufandas en las que figuraban signos que hacían referencia al Arsenal FC en un puesto en los alrededores del estadio, en el que figuraba un gran cartel que revelaba que los productos no eran oficiales.¹⁰ Arsenal demandó a Reed y el caso llegó al Tribunal de Justicia. El órgano de remisión albergaba dudas sobre si el uso podría constituir infracción de marca, ya que «Arsenal» no se utilizaba en las bufandas para indicar el origen empresarial. El Tribunal de Justicia no centra el caso en si el uso es o no a título de marca, sino en el impacto del uso sobre la función esencial de la marca: el Tribunal constata que en el caso de autos el uso de un signo idéntico a la marca puede poner en peligro la garantía de procedencia que constituye la función esencial de la marca¹¹.

El caso Arsenal es una muestra más de cómo el Tribunal hace prevalecer el impacto sobre las funciones de la marca sobre aspectos conceptuales (como por ejemplo determinar si el uso es a título de marca o no). En su sentencia, el Tribunal no descarta la posibilidad de que exista una infracción porque el uso se perciba como muestra de apoyo al club de fútbol y no como indicación del origen empresarial. Antes al contrario, el Tribunal se centra en valorar si el uso del signo por el tercero puede menoscabar la función esencial. Constatado que esta función está en peligro, poco importa que la marca se perciba como un testimonio de apoyo o de lealtad.

V.6.4. La publicidad comparativa

Hoy en día no cabe duda de que el uso de una marca ajena en publicidad comparativa puede constituir una infracción del derecho de marca.¹² El propio art. 10 («Derechos conferidos por la marca») de la Directiva 2015 indica expresamente que «podrá prohibirse en particular, en virtud del apartado 2», «f) utilizar el signo en la publicidad comparativa de manera contraria a la Directiva 2006/114/CE». Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el uso

¹⁰ «El término o el (los) logotipo(s) en los artículos que están a la venta se utilizan únicamente para adornar el producto y no implican ni revelan afiliación o relación alguna con el fabricante o los distribuidores de cualquier otro producto. Sólo los que llevan las etiquetas que acreditan que se trata de artículos oficiales del Arsenal son productos oficiales del Arsenal».

¹¹ Sentencia de 12 de noviembre de 2002, *Arsenal Football Club plc/Matthew Reed*, C-206/01, ECLI:EU:C:2002:651, aps. 56 y ss. A pesar de ser un caso de doble identidad el Tribunal no aborda el posible impacto sobre otras funciones de la marca, porque la sentencia es anterior a *L'Oréal*.

¹² No era así hasta hace bien poco. Hasta la sentencia *O2* (sentencia de 12 de junio de 2008, C-533/06, ECLI:EU:C:2008:339) del Tribunal de Justicia, la mayoría de la jurisprudencia y doctrina alemanas consideraba que el Derecho de marcas no resultaba aplicable a los casos de publicidad comparativa, por falta de un uso a título de marca (incluso en los casos en los que la publicidad comparativa era ilícita). V. Blankenburg (2008: 1295 y 1296), con cita de amplia bibliografía y jurisprudencia. En el Derecho español, véase la excelente aproximación al problema que hace el Prof. Tato Plaza (2000: 177-182).

de la marca en publicidad comparativa de manera contraria a la Directiva sobre publicidad comparativa no es automáticamente ilícito, sino que, como se desprende de la mención «en virtud del apartado 2», el uso tiene que reunir el resto de los requisitos necesarios para que exista violación de marca. Es decir, que si el uso de la marca satisface todos los requisitos establecidos por la Directiva de publicidad comparativa no existirá infracción del derecho de marca.¹³ Pero ello no implica que por el hecho de incumplir alguno exista automáticamente una infracción.¹⁴ Aquí es necesario distinguir, de nuevo, varios escenarios:

1) Casos de doble identidad: puede existir un menoscabo de la función esencial o de otras funciones. De hecho, la sentencia en la que el Tribunal de Justicia aclaró que el Derecho europeo de marcas no solo tutela la función de identificación del origen empresarial se dictó en un caso de publicidad comparativa.¹⁵

2) Casos de riesgo de confusión: debe menoscabarse la función esencial, lo que se producirá cuando el uso del signo similar a la marca dé lugar al riesgo de confusión por parte del público.¹⁶

3) Tutela de la marca renombrada: en estos casos, debe procederse, como en los demás supuestos de protección de las marcas que gozan de renombre, a analizar si se materializan los elementos del tipo (vínculo, aprovechamiento o perjuicio del carácter distintivo o del renombre de la marca, y ausencia de justa causa).

Por último, debe recordarse que el Tribunal ha constatado la existencia de ciertos paralelismos entre la Directiva de publicidad comparativa y la Directiva de marcas, que han de ser tenidos en cuenta para lograr una aplicación coherente de ambas normas. Por un lado, el Tribunal ha aclarado que los conceptos de «obtener indebidamente ventaja» de la reputación

¹³ «72 De ello se deduce que el Derecho comunitario admite la utilización de la marca de un competidor en una publicidad comparativa cuando la comparación ponga efectivamente de relieve de modo objetivo las diferencias y su objeto o efecto no sea originar tales situaciones de competencia desleal, como las descritas específicamente en el artículo 3 bis, apartado 1, letras d), e), g) y h), de la Directiva 84/450 (véase, en este sentido, la sentencia Pippig Augenoptik, antes citada, apartado 49).» Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2009, *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie/Bellure NV y otros*, C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378.

¹⁴ Por ejemplo, cuando los signos son únicamente similares pero no hay riesgo de confusión, no existirá infracción del derecho de marca, independientemente de que dicha publicidad comparativa cumpla o no todas las condiciones de licitud enunciadas por la Directiva de publicidad comparativa. Sentencia de 12 de junio de 2008, *O2 Holdings Limited, O2 (UK) Limited/Hutchison 3G UK Limited*, C-533/06, ECLI:EU:C:2008:339, ap. 69.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2009, *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie/Bellure NV y otros*, C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378.

¹⁶ Sentencia de 12 de junio de 2008, *O2 Holdings Limited, O2 (UK) Limited/Hutchison 3G UK Limited*, C-533/06, ECLI:EU:C:2008:339, ap. 59. Recuérdese que el Tribunal de Justicia considera el menoscabo de la función esencial de la marca una consecuencia de la existencia de riesgo de confusión, si bien no se trata de un riesgo de confusión examinado de forma abstracta, sino de manera contextualizada (como se percibe claramente en este caso, en el que el Tribunal tiene en cuenta el anuncio en su conjunto; ap. 63).

de una marca (art. 4 letra «f» Directiva sobre publicidad comparativa) y de «obtener una ventaja desleal» del renombre de la marca (art. 10.2 c de la Directiva de marcas) deben interpretarse del mismo modo.¹⁷ Por otro lado, el Tribunal ha establecido que los conceptos de «confusión», empleados tanto en el artículo 10.2 letra «b» de la Directiva de marcas como en el artículo 4 letra «h» de la Directiva sobre publicidad comparativa, deben también interpretarse de la misma manera¹⁸.

V.6.5. Las denominaciones sociales

El caso de las denominaciones sociales es controvertido y ha sido estudiado en profundidad por el Prof. MIRANDA SERRANO en varios artículos,¹⁹ en el marco de una controversia con la Prof^a. SUÑOL LUCEA.²⁰ Me remito a dichas publicaciones para un estudio detallado de la cuestión. Aquí me limitaré a expresar mi opinión, que es la que sigue.

En el caso de las denominaciones sociales, la cuestión fundamental no es si existe o no un uso a título de marca, que es algo que como hemos visto el Tribunal de Justicia ignora en su última jurisprudencia, sino si existe un uso en relación con productos o servicios, que es algo distinto.²¹ El uso en relación con productos o servicios es un requisito que el Tribunal de Justicia sigue exigiendo, si bien de manera muy difuminada, pues basta con que el tercero utilice el signo de modo que se establezca un vínculo entre el signo y los productos que comercializa o los servicios que presta²².

Siendo un requisito tan tenue, normalmente existirá un uso de la denominación social en relación con productos o servicios. Existe tal uso, por ejemplo, si la denominación social se usa en el producto, o incluso aunque no se use en el propio producto, cuando se establezca un vínculo entre el signo constitutivo de la denominación social y los productos que

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2009, *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie/Bellure NV y otros*, C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378, ap. 77.

¹⁸ Sentencia de 12 de junio de 2008, *O2 Holdings Limited, O2 (UK) Limited/Hutchison 3G UK Limited*, C-533/06, ECLI:EU:C:2008:339, ap. 49.

¹⁹ Miranda Serrano (2018) y (2021).

²⁰ Suñol Lucea (2020) y (2021).

²¹ Que uso a título de marca y uso para productos o servicios son dos cosas diferentes ya lo apuntó en España tempranamente Monteagudo (1995: 182) (v. también Monteagudo 2010: 139 y 140). En la doctrina alemana, v. Heydt (1976: 9) y Sack (2010: 204) y en la norteamericana Dinwoodie y Janis (2007: 1615). En la monografía *La expansión del derecho de marca* (2021) abordó el desarrollo histórico de ambos requisitos de forma separada, lo que creo que permite apreciar de manera adecuada las diferencias entre ambos.

²² Sentencia de 23 de marzo de 2010, *Google France*, C-236/08 a C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159, ap. 72, y jurisprudencia allí citada.

comercializa o los servicios que presta *el tercero*.²³ Hay casos, no obstante, en los que puede no haber uso en relación con productos o servicios.

Ejemplo: Aunque puede pensarse que es hilar demasiado fino, el BGH consideró que no es un uso para productos o servicios la utilización del color rojo por el Banco Santander en los siguientes contextos:



Según el BGH, se trata de una publicidad que pretende exclusivamente promocionar, fortalecer o mejorar la imagen empresarial (*Imagewerbung*). El consumidor, en este caso, no establece un vínculo con los concretos servicios financieros prestados por el banco. Sentencia del BGH de 23 de septiembre de 2015, I ZR 78/14, «Sparkassen-Rot/Santander-Rot», *GRUR* 2015, pp. 1201 y ss.

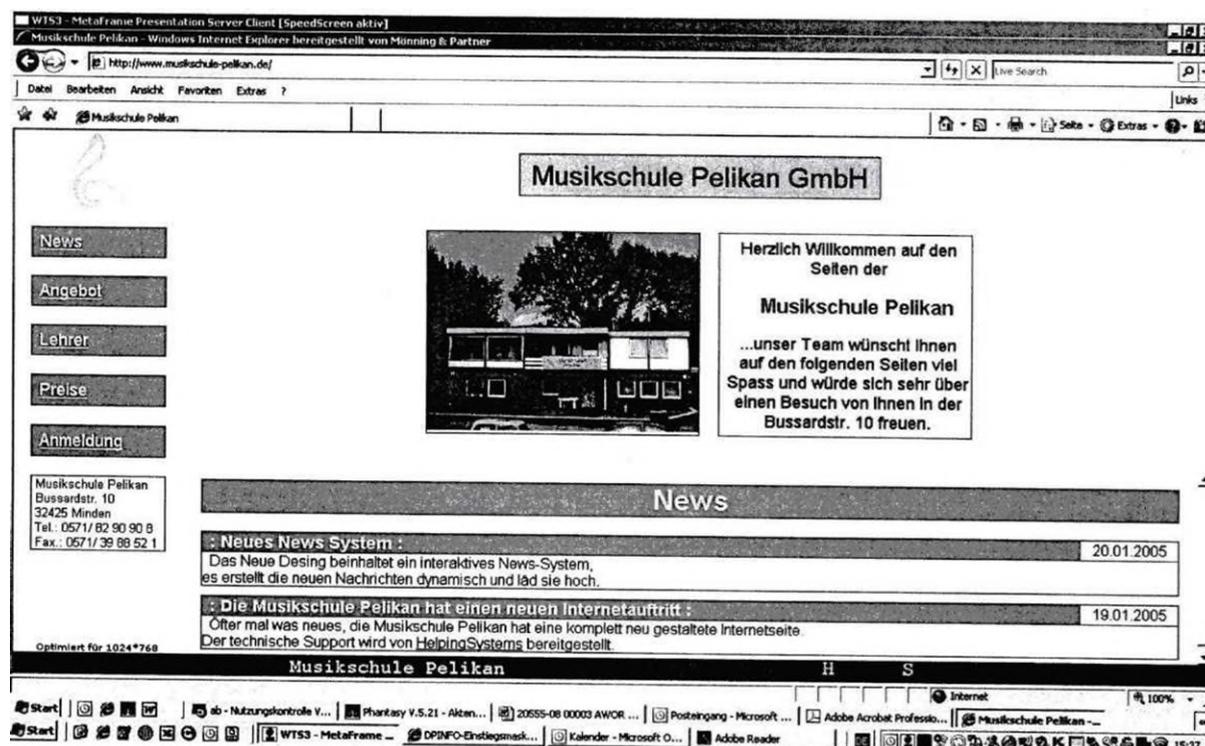
Si hay uso para productos o servicios, la forma de proceder será la que venimos repitiendo en este artículo:

- 1) En los casos de doble identidad, existirá infracción si el uso de la denominación social vulnera cualquiera de las funciones de la marca.
- 2) En los casos de riesgo de confusión, el uso de la denominación social deberá vulnerar la función esencial (el examen, recuérdese, no es abstracto, sino contextualizado).
- 3) En el caso de tutela de la marca renombrada, bastará con que se satisfagan los elementos del tipo.

Ejemplo: El titular de las marcas Pelikan () demandó a Musikschule Pelikan GmbH (Escuela de Música Pelikan, S.L.). Consideraba que el uso de Pelikan por el demandado en el nombre de dominio («musikschule-pelikan.de») y la web constituía infracción de sus marcas:

²³ «22. Por el contrario, existe el uso «para productos» en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva, cuando un tercero pone el signo constitutivo de su denominación social, su nombre comercial o su rótulo de establecimiento en los productos que comercializa (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Arsenal Football Club, apartado 41, y Adam Opel, apartado 20).

23. Además, incluso a falta de colocación del signo, existe uso «para productos o servicios» en el sentido de la referida disposición cuando el tercero utiliza el citado signo de manera que se establezca un vínculo entre el signo constitutivo de la denominación social, el nombre comercial o el rótulo del tercero y los productos que comercializa o los servicios que presta el tercero». Sentencia de 11 de septiembre de 2007, *Céline SARL/Céline SA*, C-17/06, ECLI:EU:C:2007:497.



El BGH revoca la sentencia de instancia, que había absuelto al demandado. En primer lugar, examina si el uso se hace para productos y servicios, y concluye que sí, porque el público pertinente establece un vínculo entre la denominación social y los productos que comercializa o los servicios que presta el tercero. El vínculo existe porque en la web donde aparece la denominación social existen *links* a otras páginas del sitio web del demandado donde se especifican los servicios que prestan, los precios y las instrucciones para la inscripción (en cada una de estas páginas, además, se reproduce de nuevo la denominación social). Constatado que existe el uso para productos o servicios, el Tribunal reenvía el caso al tribunal de instancia para que analice de nuevo la existencia de riesgo de confusión (el tribunal de instancia había interpretado el concepto «material didáctico» de manera demasiado restrictiva, lo que le había llevado a negar la similitud con los servicios «clases de música»). BGH, sentencia de 19 de abril de 2012, «Pelikan», *GRUR* 2012 (pp. 1145 y ss.).

V.6.6. Réplicas

El hecho de que el menoscabo de las funciones de la marca sea necesario –incluso en los casos de doble identidad– trae consigo un problema complejo en aquellos supuestos en los que los productos se presenten como réplicas, o en los que las circunstancias que rodean a la venta pongan de manifiesto que el producto no es original, sino una mera falsificación. Estos casos, cuyo tratamiento era muy sencillo, requieren ahora un enfoque un poco más sutil. No es posible ya decir que se trata de supuestos de doble identidad y por lo tanto, como la tutela es absoluta, de infracción. La solución, a la luz de la actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es algo más compleja. Dejando al margen los casos de tutela de marca renombrada,

en los que como sabemos únicamente hay que constatar si se reúnen los elementos del tipo, la solución varía según se trate de doble identidad o de supuestos de riesgo de confusión:

1) En los supuestos de doble identidad será sencillo fundamentar la infracción en el menoscabo de las funciones de comunicación, inversión o publicidad.

2) En los casos de riesgo de confusión el asunto se complica, ya que se exige que se merme la función esencial. Como hemos dicho que se trata de casos en los que de las circunstancias que rodean la venta se desprende que los productos no son originales, el demandante hará bien en fundamentar la infracción en la existencia de confusión postventa. Debe basarse en el apartado 57 de la sentencia *Arsenal*,²⁴ y alegar que no se puede descartar que ciertos consumidores interpreten que el signo designa al titular de la marca como empresa de procedencia de los productos, sobre todo si dichos productos les son presentados después de haber sido vendidos, y por lo tanto desprovistos del contexto que disipa el riesgo de confusión.

VI. EL PAPEL DE LOS LÍMITES

Las leyes de marcas suelen contener un precepto que introduce ciertos límites al derecho de exclusiva, con la finalidad de evitar que la marca produzca efectos anticompetitivos (art. 37 de la Ley de Marcas). La inclusión de este tipo de preceptos ha provocado desde antiguo problemas interpretativos de calado, y roces con el requisito del uso a título de marca. En Alemania, por ejemplo, el autor que con mayor ahínco se manifestó en contra de la exigencia del uso a título de marca como requisito para la infracción durante el siglo XX se basaba en un razonamiento muy lógico: si los límites se pueden aplicar únicamente en los supuestos en los que el uso no se hace a título de marca,²⁵ entonces el uso a título de marca no puede ser un requisito para la infracción, porque en ese caso los límites nunca entrarían en juego.²⁶

Hoy en día, superada la exigencia del uso a título de marca como requisito para la infracción, los roces se siguen produciendo, pero ahora con la exigencia del menoscabo de las funciones de la marca. El motivo radica en que el Tribunal de Justicia, al analizar el menoscabo

²⁴ Sentencia de 12 de noviembre de 2002, *Arsenal Football Club plc/Matthew Reed*, C-206/01 (ECLI:EU:C:2002:651).

²⁵ El §.16 de la derogada *Warenzeichengesetz* de 5 de mayo de 1936 establecía expresamente que los límites solo entraban en juego en los casos en los que no hubiese uso a título de marca. El precepto sería hoy contrario al Derecho de la UE (sentencia de 7 de enero de 2004, *Gerolsteiner Brunnen GmbH & Co./Putsch GmbH*, C-100/02, ECLI:EU:C:2004:11).

²⁶ Heydt (1976: 9), y (1971: 253).

de las funciones de la marca, hace un examen parecido al que se hace en sede de límites, puesto que no se reduce a constatar si existe una afectación a las funciones de la marca, sino que estudia si esa afectación debe ser tolerada por el titular de la marca.²⁷ Es decir, que el Tribunal de Justicia ya tiene en cuenta los efectos anticompetitivos del uso del signo en sede de menoscabo de las funciones.

Ejemplo: las sentencias en los casos del uso de palabras claves en motores de búsqueda (*Adwords*) son un buen ejemplo de cómo el Tribunal hace una ponderación de los intereses en presencia para determinar qué sacrificios tiene que soportar el titular de la marca y cuáles no. En realidad, el uso de *AdWords* afecta claramente a las funciones de la marca, pero el titular tiene que soportar la intromisión en determinados casos. No hay mucha diferencia, al fin y al cabo, entre los motivos por los que el Tribunal considera que no existe menoscabo de las funciones y la finalidad que según el Tribunal tienen las limitaciones del derecho de marca («conciliar los intereses fundamentales de la protección de los derechos de marca y los de la libre circulación de mercancías y libre prestación de servicios en el mercado común, y ello de forma que el derecho de marca pueda cumplir su cometido de elemento esencial del sistema de competencia no falseado que el Tratado pretende establecer y mantener»)²⁸.

En definitiva, si el menoscabo de las funciones de la marca es un requisito de la infracción de marca, y en su aplicación ya se incluyen algunas consideraciones típicas del análisis en sede de limitaciones del derecho de marca, es lógico que el protagonismo de los límites disminuya: algunas de las conductas que podrían quedar amparadas por los límites ya no menoscabarán las funciones de la marca²⁹.

Ejemplo: en el caso *Hölterhoff*³⁰ ya no fue necesario valorar si entraban en juego los límites, porque el Tribunal de Justicia consideró que no se menoscababan las funciones de la marca.

La exigencia por el Tribunal del menoscabo de las funciones de la marca –y la manera en que este se entiende– reduce en gran medida, por lo tanto, el papel de las limitaciones,

²⁷ Parecido, Ohly (2010.b: 880 y 881).

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, *Gerolsteiner Brunnen GmbH & Co./Putsch GmbH*, C-100/02, ECLI:EU:C:2004:11, ap. 16.

²⁹ A este respecto resulta interesante reparar en la interacción entre la Directiva y la jurisprudencia del Tribunal. Antes de la reforma del Derecho de marcas de 2015 los límites eran un tanto estrechos, lo que los convertía en una herramienta insuficiente para controlar la expansión excesiva del derecho de marca. Quizá por este motivo el Tribunal buscó un freno a la fuerza expansiva de la marca por otra vía: introdujo el menoscabo de las funciones de la marca como requisito imprescindible para la infracción, una exigencia que, al fin y al cabo, la Directiva no mencionaba –ni menciona– en ningún lugar. Es posible que, en el caso de que los límites hubiesen sido más amplios, el Tribunal no hubiese tenido que recurrir al menoscabo de las funciones de la marca como dique de contención.

Pero por otra parte, es precisamente la jurisprudencia del Tribunal, con su reconocimiento de la multifuncionalidad jurídica de la marca y con su concepto amplio del uso a título de marca –primero– y la eliminación del requisito –después–, la que probablemente haya provocado que el legislador decidiese ensanchar las limitaciones del derecho de marca. Pensar que el legislador pudiese dejar en manos del Tribunal la tarea de embridar la fuerza expansiva de este derecho mediante la doctrina del menoscabo de las funciones de la marca parece bastante ingenuo.

³⁰ *Vid.* epígrafe V.6.2.

porque opera como un dique de contención previo. Su utilidad, no obstante, no desaparece por completo, al menos por dos razones:

1) En primer lugar, porque los límites pueden entrar en juego a pesar de que exista un menoscabo de las funciones de la marca.

Ejemplo 1: El caso *Kerry Spring* demuestra que los límites se pueden aplicar aunque exista riesgo de confusión (y en consecuencia un menoscabo de la función esencial de la marca). El titular de la marca alemana «Gerri», registrada para aguas minerales y bebidas no alcohólicas, demandó a Putsch, que comercializaba en Alemania bebidas refrescantes en cuyas etiquetas aparecían las palabras «KERRY Spring». Las bebidas se producían y se embotellaban en el condado de Kerry, en Irlanda, por la sociedad irlandesa Kerry Spring Water, utilizando agua procedente del manantial «Kerry Spring». El órgano nacional remitente, que consideraba que en el caso existía riesgo de confusión, tenía dudas sobre si el precepto de la Directiva que regulaba las limitaciones del derecho de marca resultaba aplicable en una situación como la que se da en el litigio. El Tribunal afirma que las limitaciones también entran en juego en el caso de autos. El empleo del término Kerry Spring solo se podría prohibir –aclara el Tribunal– si el uso de la indicación de origen geográfico no se realiza conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial. Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, *Gerolsteiner Brunnen GmbH & Co./Putsch GmbH*, C-100/02, ECLI:EU:C:2004:11.

Ejemplo 2: El servicio de correos (Die Post) se liberalizó en Alemania en los años 90. Una empresa utilizó en el tráfico económico los signos «Die Neue Post» («La Nueva Correos») y «die-neue-post.de». El BGH considera que, independientemente de que el uso de los signos pueda causar riesgo de confusión, no existe infracción de la marca POST –titularidad de Deutsche Post AG– ya que entra en juego la limitación del derecho de marca prevista en la Ley alemana de Marcas. El término POST es descriptivo, y el uso de los signos es conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial. Los competidores que entran en un mercado anteriormente monopolístico –afirma el Tribunal– deben poder utilizar un término descriptivo como «POST», incluso si existe riesgo de confusión con la marca denominativa del mismo nombre registrada por la anterior empresa monopolista. Además, aunque la marca es renombrada, no existe infracción tampoco a este respecto, porque el uso se hace con justa causa, por las mismas razones por las que es conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial. Sentencia del BGH de 5 de junio de 2008, I ZR 169/05, «POST», *GRUR* 2008, pp. 798 y ss.

Ejemplo 3: Recuérdense el caso «Grosse Inspektion für alle» resumido en el epígrafe «V.3. Análisis funcional en los casos de doble identidad», en el que el BGH, a pesar de constatar el menoscabo de la función publicitaria, entra a examinar si se aplica la limitación del derecho de marca del § 23 de la Ley de marcas (equivalente al art. 6.1 c de la Directiva 2008: uso necesario para indicar el destino de un producto o de un servicio, en particular como accesorios o recambios). Sentencia del BGH de 14 de abril de 2011, I ZR 33/10, «Grosse Inspektion für alle», *GRUR* 2011, pp. 1135 y ss.

Las limitaciones del derecho de marca entran en juego, por lo tanto, cuando se reúnen todos los elementos constitutivos de una infracción de marca³¹ (uno de los cuales es el menoscabo de las funciones), e impiden que, pese a ello, el titular pueda prohibir el uso por terceros de signos usados lealmente, incluso cuando dicho uso se haga a título de marca³². Resulta por eso errónea una línea jurisprudencial que excluye la aplicación de las limitaciones al derecho de marca en aquellos casos en los que el uso del signo se hace a título de marca o menoscaba las funciones de la marca.³³

³¹ «En principio, un tercero puede invocar la excepción que establece el artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/104 con el fin de que se le permita utilizar un signo idéntico o similar a una marca para indicar su nombre comercial, aunque se trate de un uso comprendido en el artículo 5, apartado 1, de dicha Directiva que, de entrada, el titular de la marca podría prohibir en virtud de los derechos exclusivos que le confiere dicha norma.» Sentencia de 16 de noviembre de 2004, *Anheuser-Busch Inc./Budějovický Budvar, národní podnik*, C-245/02, ECLI:EU:C:2004:717, ap. 81. Vid., a este respecto, Casado Navarro, que afirma que el debate entre quienes configuran las limitaciones como límites estructurales o como excepciones al derecho de marca (que resume, con profusa cita de bibliografía a la que me remito) ha quedado cerrado por el Tribunal de Justicia, que configura las limitaciones como auténticas excepciones al *ius prohibendi* reconocido al titular del signo distintivo. Casado Navarro (2020: 318 y ss.). V. también Ebert-Weidenfeller (2018: 443) («To apply Art. 14, it is a precondition that a registered EUTM exists and that an infringement of this trade mark has been confirmed», p. 431; «*The mere fact that an indication which falls under the exceptions of Art. 14 is used in a prominent manner 'as a trade mark' does not eo ipso constitute a dishonest use*»). V. también Galán Corona (2008: 603) («El art. 37 LMa recoge una limitación o excepción al ámbito del *ius prohibendi*. Es decir, las conductas que se enumeran en dicho precepto son conductas que en principio infringen el derecho de exclusiva del titular de la marca, pero son exceptuadas de la prohibición en atención a sus particularidades»).

³² En el caso *Kerry Spring* se planteaba la duda de si «se permite la utilización de una indicación de procedencia geográfica si ésta se realiza, más allá de la descripción de las características del producto, al objeto de diferenciar dicho producto frente a productos de otras empresas —y, por tanto, con carácter de marca—» (ap. 2 de las conclusiones de la Abogada General, ECLI:EU:C:2003:408). El Tribunal contesta afirmativamente, pues el precepto no lleva a cabo distinción alguna entre los posibles usos de las indicaciones mencionadas (ap. 19). Sentencia de 7 de enero de 2004, *Gerolsteiner Brunnen GmbH & Co./Putsch GmbH*, C-100/02, ECLI:EU:C:2004:11.

³³ SAP Barcelona, Secc. 15ª, 2361/2019, de 17 diciembre (ECLI:ES:APB:2019:15921), FD 6º, ap. 29 («El uso leal del nombre, para no menoscabar la función esencial de la marca registrada, es aquel que se limita al tráfico jurídico, o en general aquel que no se emplea en el tráfico económico para distinguir la actividad empresarial o económica del tercero, ni para distinguir sus productos o servicios, lo que no ocurre en el presente caso, en el que el uso lo es a título de marca»); SAP Barcelona, Secc. 15ª, 1342/2019, de 9 de julio de 2019, ECLI:ES:APB:2019:9369, FD 4º, ap. 35 («Por último, debemos indicar que el uso que realiza la demandada del signo Roura no cae en el ámbito aplicativo del art. 37 LM, ya que no es controvertido que lo usa a título de marca.»); SAP Barcelona, Secc. 15ª, 479/2019, de 14 marzo (ECLI:ES:APB:2019:1923), FD 4º, ap. 21 («Para que resulte de aplicación ese límite del art. 37 a) LM es necesario que el demandado use el signo de la actora «Marí Juana» para indicar «su» dirección y que ese uso se realice de buena fe, esto es, realice un uso conforme a las «prácticas leales» que, como ha declarado el TJUE, constituye esencialmente la expresión de una obligación de lealtad con respecto a los intereses legítimos del titular de la marca (STJUE de 16 de noviembre de 2004, C-245/02), no lesionando las funciones de la marca, en esencial, su función distintiva de garantizar a los consumidores la procedencia del producto.»). También la SAP Alicante, Secc. 8ª, 927/2019, de 19 de julio (ECLI:ES:APA:2019:2186), FD 3º, con cita de la STS 228/2013, de 12 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2082) («Respecto de la marca española 2130871 de la actora podría considerarse que le afectaba el límite previsto en el artículo 37.a) LM porque, al tiempo de la presentación de la demanda, este precepto se refería al uso del nombre y dirección de un tercero sin distinguir el nombre de una persona física o de una sociedad mercantil. Sin embargo, la jurisprudencia venía afirmando que el uso de la denominación social no era conforme a las prácticas leales cuando se utiliza para identificar en el mercado productos y servicios»), y la SAP Madrid, Secc. 28ª, 144/2021, de 9 de abril (ECLI:ES:APM:2021:4298), FD 4º («El primer presupuesto exigible para que puedan resultar aplicables las limitaciones al derecho de marca (art. 37 de la LM) es que el uso

2) En segundo lugar, la utilidad de las limitaciones no desaparece porque no resulta en absoluto objetable que los tribunales apliquen los límites en primer lugar, en lugar de reservarlos para una última fase.³⁴ Si el límite se aplica, el resultado será la desestimación de las acciones de marcas, por lo que no resulta necesario analizar si concurren los elementos constitutivos de la infracción. Por supuesto, esta es una vía de una sola dirección, pues el hecho de que no concurren los límites no quiere decir que exista necesariamente infracción de marca, como veremos en el siguiente ejemplo.

Ejemplo: NOVARTIS AG y NOVARTIS FARMACÉUTICA SA, que comercializan unos parches transdérmicos para la aplicación de preparados de «Rivastigmina» (medicamento que se utiliza para el tratamiento de la enfermedad de Alzheimer) bajo la marca «EXELON», demandaron a TEVA PHARMA SLU, tras haber detectado que la misma había comenzado a comercializar en el mercado español parches transdérmicos con la denominación «Rivastigmina TEVA». Los demandantes alegaban que la demandada había infringido su marca «EXELON». El Tribunal constata que se ha utilizado la marca de Novartis en la publicidad de la demandada, y pasa inmediatamente a valorar si entran en juego los límites del art. 37 de la Ley de Marcas, ya que «la mención que consta en la publicidad de la entidad demandada no necesariamente habría que estimarla lesiva para el derecho sobre tal marca, pues podría cumplir la finalidad informativa que contempla el artículo 37.c de la LM en la medida en que exclusivamente se persiguiese informar de la bioequivalencia entre dos productos farmacéuticos y solo citando la ajena pudiera tener noticia el consumidor de ello.» La Audiencia concluye que los requisitos para la aplicación del límite no se satisfacen, en cuanto la marca se cita con insistencia y reiteración, y de manera innecesariamente destacada (aparece doblemente resaltada con un color distinto y en lugares preeminentes del anuncio, que son captados rápidamente por el observador). La Audiencia comete a continuación, sin embargo, un error, ya que, una vez constatado que no se aplica el límite, afirma lo siguiente: «No ha de olvidarse que el derecho de prohibición que asiste al titular de la marca es incondicional (no exige la apreciación de la concurrencia de factores efectivos de riesgos) cuando, como es éste el caso, el signo empleado es idéntico al del titular marcario y también lo es el tipo de producto o servicio (artículo 34.2.a de la LM), por lo que, sin consentimiento de aquél, la utilización de la misma en el tráfico económico (y la publicidad es inherente a ello - artículo 34.3.d de la LM) supone, de modo incuestionable, la comisión de infracción./La demandada incurrió en exceso en el modo de utilización de la marca ajena, lo que impide que opere el límite previsto en el artículo 37 de la LM, con lo que habría cometido infracción marcaria, lo que justificaría la acción emprendida de contrario al amparo de lo establecido en los artículos 34, 40 y 41 de la LM». Como sabemos, la afirmación es incorrecta, porque el hecho de que exista doble identidad no significa que se produzca una infracción automática de la marca. El Tribunal, para poder afirmar que existe infracción, debería antes haber constatado que el uso

que se haga de la marca ajena no lo sea con una finalidad distintiva. Porque la marca ajena no puede ser usada por otro en el tráfico económico como signo distintivo de un origen empresarial»).

³⁴ Menos recomendable parece mezclar la cuestión de los límites y la del menoscabo de las funciones de la marca, como parece que hace la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 28ª) en la sentencia 108/2021, de 12 de marzo, ECLI:ES:APM:2021:3484 (en particular, el FD 3º).

de la marca menoscaba alguna de las funciones de la marca. Auto sobre medidas cautelares de la AP de Madrid (28ª), 1/2015, de 9 de enero (ECLI:ES:APM:2015:853A).

VII. EL ACERCAMIENTO ENTRE EL DERECHO DE MARCAS Y EL DERECHO CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL

Como hemos repetido a lo largo de este artículo, el riesgo de confusión en Derecho de marcas, en países como España y Alemania (no en EE.UU.), se ha valorado tradicionalmente de manera abstracta, en el sentido de que las circunstancias que acompañan al uso del signo (un cartel que diga que los productos no son oficiales, el anuncio en el que se inserta el signo, etc.) no se han tomado en consideración. Por el contrario, en el Derecho contra la competencia desleal las circunstancias que rodean al uso del signo sí pueden disipar el riesgo de confusión. El contexto, en el Derecho contra la competencia desleal, tiene una importancia fundamental; en el Derecho de marcas no.

Esta concepción tradicional, sin embargo, no se compadece con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, porque en ella la apreciación del riesgo de confusión no se realiza de forma abstracta, sino contextualizada.³⁵ Este nuevo paradigma tiene algunas importantes consecuencias:

1ª) El contexto también es relevante en Derecho de marcas,³⁶ por lo que la apreciación abstracta no es compatible con el Derecho de la Unión Europea.³⁷

2ª) La forma en que se aprecia el riesgo de confusión en el Derecho de marcas se ha aproximado a la manera en la que se aprecia en el Derecho contra la competencia desleal.³⁸

3ª) La apreciación contextualizada del riesgo de confusión amenaza con diluir el carácter del derecho de marca como derecho de exclusiva que recae sobre un bien inmaterial,³⁹ que descansa precisamente en el hecho de que en Derecho de marcas existe un objeto de tutela definido por el registro de marcas, mientras que en el Derecho contra la competencia desleal se protegen determinados intereses frente a determinadas conductas desleales⁴⁰.

³⁵ Por todos, *Sack* (2013.a: 4 y ss.), y *Hacker* (2016: 587, 589 y ss.). V. también *García Pérez* (2011: epígrafe 4.3).

³⁶ Así lo dice expresamente la sentencia de 18 de julio de 2013, *Specsavers*, C-252/12, ECLI:EU:C:2013:497, ap. 45 («Además, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce que esta apreciación debe tener en cuenta el contexto particular en el que se hubiera utilizado el signo pretendidamente similar a la marca registrada»).

³⁷ *Sack* (2013.a: 6), *Sack* (2013.b:14), y *Sack* (2014: 1133).

³⁸ *Ohly* (2010.b: 780), y *Ohly* (2016: 627). V. también *Sosnitza* (2013: 182), con ulteriores referencias.

³⁹ *Hacker* (2012: 269); v. también *Bornkamm y Kochendörfer* (2011: 546); *Büscher* (2015: 313), y *Hacker* (2016: 600). Sobre las modalidades de propiedad industrial como bienes inmateriales sobre los que recae un derecho de exclusiva, v. *Gómez Segade* (1974: 70 y ss.) y *Areán Lalín* (1995: 415 y ss.).

⁴⁰ *Hacker* (2016: 588). V. también *Hacker* (2019: § 14, ap. 312).

El acercamiento entre el Derecho de marcas y el Derecho contra la competencia desleal no solo se pone de manifiesto en la forma en la que el Tribunal de Justicia aprecia el riesgo de confusión.⁴¹ La fuerza expansiva que la doctrina de las funciones de la marca está adquiriendo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁴² está provocando un acercamiento entre la metodología que subyace a la aplicación del Derecho de marcas y del Derecho contra la competencia desleal. Y es que en la doctrina del menoscabo de las funciones de la marca el Tribunal ha encontrado una herramienta flexible con la que –al modo de lo que sucede con la cláusula general de deslealtad– tiene en cuenta los diferentes intereses jurídicos que concurren en cada supuesto. Esto sucede especialmente en los casos de doble identidad, en los cuales el Tribunal, al fin y al cabo, puede alcanzar la solución que le plazca.⁴³ Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal gana con ello en flexibilidad, en cuanto permite tener en cuenta todos los intereses en presencia,⁴⁴ pero también lo es que se tiñe de un grado elevado de inseguridad jurídica, ya que los resultados son imprevisibles.⁴⁵ Un escenario en absoluto idóneo, si reparamos en los bandazos a los que nos tiene acostumbrados el Tribunal de Justicia, que pueden exacerbar la inseguridad jurídica y dificultar la verdadera armonización de los Derechos de marcas de los Estados miembros.

VIII. CONCLUSIONES

I. El Tribunal de Justicia no exige un uso a título de marca como requisito para la infracción del derecho de marca. La jurisprudencia del Tribunal de los últimos años pivota sobre otro elemento, este sí requisito indispensable para la existencia de infracción: que el uso pueda menoscabar las funciones de la marca.

II. Exigir el uso a título de marca como requisito para la existencia de infracción en los casos de doble identidad y de tutela de la marca renombrada puede arrojar resultados erróneos o incompletos.

⁴¹ Ohly, que hasta donde sé fue el primero en poner de manifiesto el carácter contextualizado con el que el Tribunal de Justicia estaba apreciando el riesgo de confusión, ha escrito recientemente con Kur un artículo en el que pone de manifiesto diversas influencias del Derecho contra la competencia desleal en el Derecho de marcas. V. Ohly y Kur (2020).

⁴² V. García Pérez (2019).

⁴³ Crítico, Ohly (2010.a: 276 y ss).

⁴⁴ V. las conclusiones del Abogado General M. Poiares Maduro de 22 de septiembre de 2009 en el caso *Google France* (ECLI:EU:C:2009:569, ap. 102), y de la Abogada General Juliane Kokott de 7 de abril de 2011 en el caso *Viking Gas* (ECLI:EU:C:2011:222, ap. 64).

⁴⁵ Algunos autores han puesto de manifiesto los riesgos de la doctrina del Tribunal. Por ejemplo Ohly (2011: 1132), Senfleben (2014: 523), y Sosnitz (2014: 95). V. también las consideraciones de Kur (2014: 444).

III. Aunque no es la opción preferida por el autor, en los casos de riesgo de confusión podría seguir exigiéndose el requisito del uso a título de marca. Habría que hacerlo, no obstante, con dos cautelas. La primera consiste en que no puede exigirse la existencia de un uso a título de marca en su concepción clásica, sino en la amplia que se desprende de la sentencia *BMW* del Tribunal de Justicia. La segunda cautela se refiere a la forma de determinar la existencia de riesgo de confusión: el análisis debe llevarse a cabo de manera contextualizada, y no de forma abstracta.

IV. El presente artículo propone descartar el requisito del uso a título de marca, incluso en los casos de riesgo de confusión, y sustituirlo por un enfoque centrado en el menoscabo de las funciones de la marca. En la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia, un signo se usa «como marca» cuando menoscaba o puede menoscabar las funciones de la marca, y no cuando el signo se utiliza para indicar el origen empresarial de los productos o servicios.

V. El uso a título de marca desempeñaba una importante función como dique de contención a la expansión excesiva del derecho de marca. Esta labor la cumple hoy en día el requisito del menoscabo de las funciones de la marca y el análisis contextualizado –no abstracto– del riesgo de confusión.

VI. Análisis funcional

a. En los casos de riesgo de confusión (es decir, cuando los signos y/o los productos o servicios son similares): debe procederse a un análisis contextualizado del riesgo de confusión. Si este análisis arroja la existencia de riesgo de confusión, entonces existirá automáticamente, y como consecuencia, un menoscabo de la función esencial de la marca.

b. En los casos de doble identidad: en estos casos no es necesario que exista riesgo de confusión, pero no es cierto que la tutela sea absoluta, ya que debe existir un menoscabo de alguna de las funciones de la marca (la esencial u otra de las que el Tribunal ha reconocido o reconozca en el futuro).

c. En el caso de tutela de la marca renombrada: en estos casos el menoscabo de las funciones de la marca también se exige, pero va implícito en uno de los elementos del tipo (en el perjuicio o aprovechamiento del carácter distintivo o del renombre de la marca). Por lo tanto, no es necesario un análisis independiente del menoscabo, así como tampoco es necesario determinar si el uso se hace a título de marca –la existencia de vínculo entre signo y marca renombrada basta–, ni entrar a valorar si concurren las limitaciones de los efectos de la marca del art. 37 de la Ley de Marcas –si se trata de un uso realizado sin justa causa no será conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial–.

VII. Análisis funcional en algunos casos concretos

a. Los usos decorativos y descriptivos

Los usos decorativos y descriptivos han permanecido tradicionalmente al margen del Derecho de marcas porque no eran usos realizados a título de marca. En el análisis funcional, por el contrario, no se excluyen determinados usos *a priori* del escrutinio del Derecho de marcas por ser puramente decorativos o descriptivos. El análisis funcional no se centra en los conceptos o, si se quiere, en los tipos de uso –si un uso es decorativo o descriptivo– sino en si, en el caso concreto, se menoscaban las funciones de la marca.

b. El *merchandising*

En los casos de *merchandising* lo fundamental, de nuevo, es si existe un menoscabo de las funciones de la marca. Si existe este menoscabo, el hecho de que la marca se perciba como un testimonio de apoyo, de lealtad o de afiliación al titular de la marca es indiferente. De nuevo se observa que no se trata de calificar el uso como de uno u otro tipo para excluirlo –o no– del escrutinio del Derecho de marcas. Se trata de estudiar el impacto que el uso tiene, en el caso concreto, sobre las funciones de la marca.

c. La publicidad comparativa

El uso de una marca ajena en publicidad comparativa de manera contraria a la Directiva sobre publicidad comparativa puede constituir una infracción del derecho de marca. Ahora bien, el uso de la marca en publicidad comparativa de manera contraria a esta Directiva no es automáticamente ilícita desde el punto de vista del Derecho de marcas, sino que tiene que reunir el resto de los requisitos necesarios para que exista violación de marca. Es decir, que si el uso de la marca satisface todos los requisitos establecidos por la Directiva de publicidad comparativa no existirá infracción del derecho de marca. Pero ello no implica que por el hecho de incumplir alguno exista automáticamente una infracción.

d. Las denominaciones sociales

En el caso de las denominaciones sociales, la cuestión fundamental no es si existe o no un uso a título de marca, sino si existe un uso en relación con productos o servicios, que es algo distinto. Si hay uso en relación con productos o servicios, en los casos de doble identidad existirá infracción si el uso de la denominación social vulnera alguna de las funciones de la marca; en los casos de similitud de signos y/o productos/servicios, si existe riesgo de confusión –apreciado de manera contextualizada–, y en el caso de tutela de la marca renombrada, si se satisfacen los elementos del tipo.

e. Réplicas

En el caso de las réplicas también es necesario el menoscabo de las funciones de la marca. El reconocimiento de la confusión postventa por el Tribunal de Justicia en el caso *Arsenal* permite contrarrestar el hecho de que el análisis del riesgo de confusión deba realizarse de manera contextualizada.

VIII. El análisis del menoscabo de las funciones de la marca que lleva a cabo el Tribunal de Justicia reduce el papel que juegan las limitaciones del derecho de marca, pero no lo elimina. Por un lado, porque los límites pueden entrar en juego a pesar de que exista un menoscabo de las funciones de la marca. Por otro, porque es legítimo que los tribunales analicen en primer lugar la concurrencia de los límites, en lugar de reservarlos para una última fase. Si el límite se aplica, el resultado será la desestimación de las acciones de marcas, por lo que puede prescindirse de analizar si concurren los elementos constitutivos de la infracción.

IX. Como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia –en especial el análisis contextualizado del riesgo de confusión y el protagonismo del menoscabo de las funciones de la marca– el Derecho de marcas se está acercando al Derecho contra la competencia desleal. La consecuencia es un debilitamiento del derecho de marca como derecho de exclusiva que recae sobre un bien inmaterial y un aumento de la inseguridad jurídica y la incertidumbre, lo que puede dificultar la verdadera armonización de los Derechos de marcas de los Estados miembros.

Bibliografía

- AREÁN LALÍN, M. (1995), "La propiedad industrial", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 96 (pp. 415-428).
- BLANKENBURG, D. (2008), «Neues zur vergleichenden Werbung, zur Verwechslungsgefahr und zur markenmäßigen Benutzung? Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 12.06.2008, C-533/06 – O2/Hutchison», *WRP*, núm. 10, pp. 1294-1299.
- BORNKAMM/KOCHENDÖRFER (2011), «Verwechslungsgefahr und Irreführungsgefahr - Konvergenz der Begriffe?», en *Festschrift 50 Jahre Bundespatentgericht*, Carl Heymanns (pp. 533-548).
- BÜSCHER, W. (2015), «Die «Specsavers»-Entscheidung im Kontext des nationalen und EU-Markenrechts», *GRUR* (pp. 305-313).
- CASADO NAVARRO, A. (2020), *El nombre comercial*, Ed. M. Pons, Madrid.
- DINWOODIE, G.B. y JANIS, M.D. (2007), «Confusion over Use: Contextualism in Trademark Law», *Iowa Law Review*, vol. 92, núm. 5, julio (pp. 1597-1668).
- EBERT-WEIDENFELLER, A. (2018) en Hasselblatt, *European Union Trade Mark Regulation*, 2 ed., Beck, Hart, Nomos.
- GALÁN CORONA, E. (2008), en Bercovitz/García Cruces (dirs.), *Comentarios a la Ley de Marcas*, T. I, Thomson Aranzadi, 2ª ed.

- GARCÍA PÉREZ, R. (2011), «El riesgo de confusión en el Derecho de marcas de la Unión Europea», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 1, núm. 8 (pp. 47-112).
- GARCÍA PÉREZ, R. (2019), «Der expansive Charakter der markenrechtlichen Funktionenlehre in der Rechtsprechung des EuGH», *WRP*, núm. 12 (pp. 1523-1528).
- GARCÍA PÉREZ, R. (2021), *La expansión del derecho de marca*, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- GARCÍA VIDAL, A. (2000), *El uso descriptivo de la marca ajena*, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- GARCÍA VIDAL, A. (2003), «El uso de una marca renombrada ajena como elemento decorativo», *ADI*, T. 24 (pp. 505-526).
- GÓMEZ SEGADÉ, J.A. (1974), *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*, Ed. Tecnos, Madrid.
- HACKER, F. (2012), «Verwirkung und Doppelidentität im Markenrecht», *WRP* (pp. 266-269).
- HACKER, F. (2016), «Der Einfluss von Begleitumständen auf die Beurteilung der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr», en *Festschrift Fezer*, C.H. Beck, Múnich (pp. 587-600).
- HACKER, F. (2019) en STRÖBELE/HACKER/THIERING, *Markengesetz Kommentar*, Carl Heymanns Verlag, 12 ed.
- HACKER, F. (2021) en Ströbele/Hacker/Thiering, *Markengesetz Kommentar*, Carl Heymanns Verlag, 13 ed.
- HEYDT, L. (1971), Comentario a la sentencia del BGH de 26 de febrero de 1971, I ZR 67/69, «Oldtimer», *GRUR* (pp. 251-255).
- HEYDT, L. (1976), «Wider die herrschende Lehre vom Erfordernis der warenzeichenmäßigen Benutzung», *GRUR* (pp. 7-15).
- KUR, A. (2014), «Trade Marks Function, Don't They? CJEU Jurisprudence and Unfair Competition Principles», *IIC* (pp. 434-454).
- MIRANDA SERRANO, L.M. (2020), «El Nombre como limitación del derecho de marca tras la Real Decreto-ley 23/2018: Avances significativos en el proceso de industrialización de la denominación social», *Indret*, núm. 2 (42-110).
- MIRANDA SERRANO, L.M. (2021), «Denominaciones sociales y signos distintivos: No todo sigue igual tras la última Directiva de Marcas», *RDM*, núm. 320 (pp. 63-134).
- MONTEAGUDO, M. (1995), *La protección de la marca renombrada*, Ed. Civitas, Madrid.
- MONTEAGUDO, M. (2010), «El presupuesto de la violación del derecho de marca: utilización a título de marca vs. utilización en el tráfico económico para productos o servicios», en AA.VV., *I Foro de encuentro de jueces y profesores de derecho mercantil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, (pp. 133-142).
- OHLY, A. (2010.a), «Die Markenverletzung bei Doppelidentität nach L'Oreal: eine Kritik», en *Festschrift für Michael Loschelder*, Dr. Otto Schmidt (pp. 265-278).
- OHLY, A. (2010.b), «Keyword Advertising or Why the ECJ's Functional Approach to Trade Mark Infringement Does Not Function», *IIC* (pp. 879-881).
- OHLY, A. (2011), Anotación a la sentencia Interflora, *GRUR* (pp. 1131-1132).
- OHLY, A. (2016), «Post-sale confusion?» en *Festschrift Fezer* (pp. 615-632).
- OHLY, A. y KUR, A. (2020), «Lauterkeitsrechtliche Einflüsse auf das Markenrecht», *GRUR* (pp. 457-471).

- SACK, R. (2013.a), «Die abstrakte Verwechslungsgefahr im Markenrecht», *GRUR* (pp. 4-8).
- SACK, R. (2013.b), «Die Verwechslungsgefahr im Marken- und Wettbewerbsrecht – einheitliche Auslegung?», *WRP* (pp. 8-16).
- SACK, R. (2010), «Vom Erfordernis der markenmäßigen Benutzung zu den MARKENFUNKTIONEN BEI DER HAFTUNG FÜR MARKENVERLETZUNGEN», *WRP* (pp. 198-211).
- SACK, R. (2014), «Betriebliche Herkunftstäuschungen und § 5 UWG», *WRP*, pp. 1130-1136.
- SENFTLEBEN, M. (2014) «Function Theory and International Exhaustion. Why it is Wise to Confine the Double Identity Rule to Cases Affecting the Origin Function», *EIPR* (pp. 518-524).
- SOSNITZA, O. (2013), «Markenrecht und Verbraucherschutz – Verbraucherschutz im Markenrecht», *ZGE*, pp. 176-202.
- SOSNITZA, O. (2014), «Das Internet als Rahmenbedingung und neue Handlungsform im Marken- und Lauterkeitsrecht», *GRUR-Beilage* (pp. 93-100).
- SUÑOL LUCEA, A. (2020), “El conflicto entre signos distintivos y denominaciones sociales”, <https://almacenederecho.org/el-conflicto-entre-signos-distintivos-y-denominaciones-sociales> (1/2/2023).
- SUÑOL LUCEA, A. (2021), “Denominaciones sociales y signos distintivos”, <https://almacenederecho.org/denominaciones-sociales-y-signos-distintivos> (1/2/2023).
- TATO PLAZA, A. (2000), en *Comentarios a los Reglamentos sobre la Marca Comunitaria* (Coords. CASADO CERVIÑO/LLOBREGAT HURTADO), 2ª ed., Ed. La Ley, Madrid (pp. 163 y ss.).

Relación jurisprudencial

Tribunal de Justicia de la UE

- Sentencia de 23 de febrero de 1999, *Bayerische Motorenwerke AG (BMW) y BMW Nederland BV/Ronald Karel Deenik*, C-63/97 (ECLI:EU:C:1999:82).
- Sentencia de 14 de mayo de 2002, *Michael Hölterhoff/Ulrich Freiesleben*, C-2/00, (ECLI:EU:C:2002:287).
- Sentencia de 12 de noviembre de 2002, *Arsenal Football Club plc/Matthew Reed*, C-206/01, (ECLI:EU:C:2002:651).
- Sentencia de 21 de noviembre de 2002, *Robelco NV/Robeco Groep NV*, C-23/01, (ECLI:EU:C:2002:706).
- Sentencia de 23 de octubre de 2003, *Adidas-Salomon AG, antiguamente Adidas AG, Adidas Benelux BV/Fitnessworld Trading Ltd*, C-408/01, ECLI:EU:C:2003:582.
- Sentencia de 7 de enero de 2004, *Gerolsteiner Brunnen GmbH & Co./Putsch GmbH*, C-100/02 (ECLI:EU:C:2004:11).
- Sentencia de 16 de noviembre de 2004, *Anheuser-Busch Inc./Budějovický Budvar, národní podnik*, C-245/02 (ECLI:EU:C:2004:717).
- Sentencia de 25 de enero de 2007, *Adam Opel AG/Autec AG y Deutscher Verband der Spielwaren-Industrie eV*, C-48/05 (ECLI:EU:C:2007:55).

- Sentencia de 11 de septiembre de 2007, *Céline SARL/Céline SA*, C-17/06, (ECLI:EU:C:2007:497).
- Sentencia de 12 de junio de 2008, *O2 Holdings Limited, O2 (UK) Limited/Hutchison 3G UK Limited*, C-533/06 (ECLI:EU:C:2008:339).
- Auto de 19 de febrero de 2009, *UDV North America Inc./Brandtraders NV*, C-62/08 (ECLI:EU:C:2009:111).
- Sentencia de 18 de junio de 2009, *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie/Bellure NV, Malaika Investments Ltd, Starion International Ltd*, C-487/07 (ECLI:EU:C:2009:378).
- Sentencia de 23 de marzo de 2010, *Google France*, C-236/08 a C-238/08 (ECLI:EU:C:2010:159).
- Sentencia de 15 de diciembre de 2011, *Frisdranken Industrie Winters BV/Red Bull GmbH*, C-119/10 (ECLI:EU:C:2011:837).
- Sentencia de 18 de julio de 2013, *Specsavers International Healthcare Ltd y otros/Asda Stores Ltd*, C-252/12 (ECLI:EU:C:2013:497).
- Sentencia de 11 de abril de 2019, *ÖKO-Test Verlag GmbH/Dr. Rudolf Liebe Nachf. GmbH & Co. KG*, C-690/17 (ECLI:EU:C:2019:317).

Tribunal General

- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 11 de julio de 2007, *Mülhens GmbH & Co. KG/OAMI*, T-150/04 (ECLI:EU:T:2007:214).

Tribunal Supremo

Todas las resoluciones son de la Sala 1ª salvo que se indique lo contrario

- STS (Sala de lo Penal) de 8 de noviembre de 1912.
- STS 228/2013, de 12 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2082).
- STS 759/2015, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5693).
- STS 100/2016, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:956).
- STS 101/2016, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:627).
- STS 105/2016, de 26 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:620).
- STS 725/2021, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:3896).
- ATS de 12 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:7295A).

Audiencias Provinciales

- SAP Alicante, Secc. 8ª, 283/2009 de 2 de julio (ECLI:ES:APA:2009:4585).
- SAP Barcelona, Secc. 15ª, 149/2012 de 18 de abril (ECLI:ES:APB:2012:9843).
- AAP de Madrid, Secc. 28ª, 1/2015 de 9 de enero (ECLI:ES:APM:2015:853A).
- SAP Alicante, Secc. 8ª, 163/2017 de 10 de marzo (ECLI:ES:APA:2017:229).
- SAP Madrid, Secc. 28ª, 289/2018 de 18 de mayo (ECLI:ES:APM:2018:7781).
- SAP Barcelona, Secc. 15ª, 2361/2019, de 17 diciembre (ECLI:ES:APB:2019:15921).
- SAP Barcelona, Secc. 15ª, 479/2019, de 14 marzo (ECLI:ES:APB:2019:1923).
- SAP Barcelona, Secc. 15ª, 1342/2019, de 9 de julio de 2019, (ECLI:ES:APB:2019:9369).
- SAP Alicante, Secc. 8ª, 927/2019, de 19 de julio (ECLI:ES:APA:2019:2186).

SAP Barcelona, Secc. 15ª, 629/2020, de 23 de abril (ECLI:ES:APB:2020:4681).
 SAP Madrid, Secc. 28ª, 204/2020, de 8 de junio (ECLI:ES:APM:2020:15055).
 SAP Madrid, Secc. 28ª, 108/2021, de 12 de marzo (ECLI:ES:APM:2021:3484).
 SAP Madrid, Secc. 28ª, 144/2021, de 9 de abril (ECLI:ES:APM:2021:4298).
 SAP Madrid, Secc. 28ª, 379/2021, de 22 de octubre (ECLI:ES:APM:2021:13059).
 SAP Madrid, Secc. 28ª, 288/2022, de 22 de abril (ECLI:ES:APM:2022:6009).
 SAP A Coruña, Secc. 4ª, 352/2023, de 30 de enero de 2023 (ECLI:ES:APC:2023:319).

Juzgados de lo Mercantil

SJM núm. 6 de Madrid de 30 de septiembre de 2001 (ECLI:ES:JMM:2021:14572).
 SJM núm. 1 de Alicante, 108/2008 de 3 de septiembre (ECLI:ES:JMA:2008:122).
 SJM núm. 1 de Alicante, 74/2011 de 25 de febrero (ECLI:ES:JMA:2011:193).
 SJM núm. 2 de Alicante, 52/2018 de 27 marzo (ECLI:ES:JMA:2018:4929).

Tribunales alemanes

Reichsgericht y Bundesgerichtshof

Sentencia del *Reichsgericht* de 5 de julio de 1927, «Lysol», <https://research.wolterskluwer-online.de/document/fbe05ff8-ccb9-49bb-907e-589ee6ddecad>.
 Sentencia del BGH de 10 de mayo de 1955, I ZR 91/53, «Luxor - Luxus», *GRUR* 1955 (pp. 484 y ss.).
 Sentencia del BGH de 12 de noviembre de 1957, I ZR 44/56, «Bohnergerät», *GRUR* 1958 (pp. 343 y ss.).
 Sentencia del BGH de 13 de octubre de 1959, I ZR 58/58, «Sternbild», *GRUR* 1960 (pp. 126 y ss.).
 Sentencia del BGH de 23 de marzo de 1979, I ZR 50/77, «Metall-Zeitung», *GRUR* 1979 (pp. 564 y ss.).
 Sentencia del BGH de 9 de diciembre de 1982, I ZR 133/80, «Rolls-Royce», *GRUR* 1983 (pp. 247 y ss.).
 Sentencia del BGH de 17 de abril de 1984, VI ZR 246/82, «Mordoro», *GRUR* 1984 (pp. 684 y ss.).
 Sentencia del BGH de 24 de marzo de 1994, I ZR 152/92, «Pulloverbeschriftung», *GRUR* 1994 (pp. 635 y ss.).
 Sentencia del BGH de 20 de enero de 2005, I ZR 34/02, «Staubsaugerfiltertüten», *GRUR* 2005 (pp. 423 y ss.).
 Sentencia del BGH de 3 de febrero de 2005, I ZR 159/02, «Lila-Postkarte», *GRUR* 2005 (pp. 583 y ss.).
 Sentencia del BGH de 5 de junio de 2008, I ZR 169/05, «POST», *GRUR* 2008 (pp. 798 y ss.).
 Sentencia del BGH de 14 de enero de 2010, I ZR 82/08, «CCCP», *BeckRS* 2010 (pp. 16047 y ss.).
 Sentencia del BGH de 14 de enero de 2010, I ZR 88/08, «Opel-Blitz II», *GRUR* 2010, pp. 726 y ss.
 Sentencia del BGH de 14 de abril de 2011, I ZR 33/10, «Grosse Inspektion für alle», *GRUR* 2011 (pp. 1135 y ss.).

Sentencia del BGH de 23 de noviembre de 2011, I ZR 175/09, «Medusa», *GRUR* 2012 (pp. 618 y ss.).

Sentencia del BGH de 19 de abril de 2012, I ZR 86/10, «Pelikan», *GRUR* 2012 (pp. 1145 y ss.).

Sentencia del BGH de 2 de abril de 2015, I ZR 167/13, «Staubsaugerbeutel im Internet», *GRUR* 2015 (pp. 1136 y ss.).

Sentencia del BGH de 23 de septiembre de 2015, I ZR 78/14, «Sparkassen-Rot/Santander-Rot», *GRUR* 2015 (pp. 1201 y ss.).

Sentencia del BGH de 28 de junio de 2018, I ZR 236/16, «keine-vorwerk-vertretung», *GRUR* 2019 (pp. 165 y ss.).

Sentencia del BGH de 12 de diciembre de 2019, I ZR 173/16 (KG), «ÖKO-TEST I», *GRUR* 2020 (pp. 401 y ss.).

Oberlandesgerichte

Sentencia del OLG de Düsseldorf de 24 de marzo de 2015, I-20 U 234/13, «Tigerkopf», *GRUR-RR* 2016 (pp. 7 y ss.).

Sentencia del OLG de Düsseldorf de 19 de noviembre de 2020, 20 U 152/16, <https://openjur.de/u/2331977.html>.

Sentencia del OLG de Colonia de 29 de abril de 2022, 6 U 178/21, *GRUR-RR* 2022 (pp. 437 y ss.).

Sentencia del OLG Núremberg de 25 de octubre de 2022, 3 U 2576/22, «Torjägerkanone», *GRUR* 2023 (pp. 75 y ss.).

Tribunales británicos

Courts of Appeal

Sentencia de la *Court of Appeal in Northern Ireland* de 2 de febrero de 2001, *BP Amoco PLC v. John Kelly Ltd & Anor* [2001] NICA 3, <https://www.bailii.org/nie/cases/NICA/2001/3.html>.

Sentencia de la *Court of Appeal (Civil Division)* 31 de enero de 2012, *Specsavers International Healthcare Ltd & Ors v Asda Stores Ltd*, [2012] EWCA Civ 24, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/24.html>.

Sentencia de la *Court of Appeal (Civil Division)* de 21 de junio de 2017, *Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft v Technosport London Ltd & Anor*, [2017] EWCA Civ 779, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2017/779.html>.

Sentencia de la *Court of Appeal (Civil Division)* de 5 de agosto de 2021, *Liverpool Gin Distillery Ltd & Ors v Sazerac Brands, LLC & Ors*, [2021] EWCA Civ 1207, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2021/1207.html>.

High Court of Justice, Chancery Division

Sentencia de de la *High Court of Justice, Chancery Division*, de 25 de marzo de 2020, *Planetart LLC v Photobox Ltd & Anor (Rev 2)*, [2020] EWHC 713 (Ch), <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2020/713.html>.

Sentencia de la *High Court of Justice, Chancery Division*, de 17 de marzo de 2006, *Samann Ltd v Tetrosyl*, [2006] EWHC 549, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2006/529.html>

Sentencia de la *High Court of Justice, Chancery Division*, de 31 de julio de 2014, *Thomas Pink Limited v Victoria's Secret UK*, [2014] EWHC 2631 (Ch), <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2014/2631.html>

Sentencia de la *High Court of Justice, Chancery Division*, de 30 de julio de 2010, *Specsavers International Healthcare Limited & others v Asda Stores Ltd.*, [2010] EWHC 2035 (Ch), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2010/2035.html>

Otros tribunales

Sentencia de la *Corte di Cassazione italiana* (Civil) de 30 de diciembre de 2022, núm. 38165.
Sentencia del OGH (Tribunal Supremo austríaco) de 22 de septiembre de 2009, «Viagra/Styriagra», 17 Ob 15/09v.

TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD EN EL CONTRATO DE FIANZA: LA SITUACIÓN DEL FIADOR CONSUMIDOR¹

Transparency and unfairness in the guarantee contract: the situation of the guarantor-consumer

LAURA SANCHO MARTÍNEZ

laura.sancho@ehu.eus

Investigadora contratada de Derecho Civil (acreditada como Profesora Adjunta)
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

Cómo citar / Citation

Sancho Martínez, L. (2023).

Transparencia y abusividad en el contrato de fianza: la situación del fiador consumidor
Cuadernos de Derecho Privado, 7, pp. 114-152

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.52>

(Recepción: 22/06/2023; aceptación tras revisión: 31/07/2023; publicación: 31/12/2023)

Resumen

El presente trabajo pretende examinar críticamente la reciente doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en torno a la aplicabilidad y alcance de los controles de transparencia y abusividad en los contratos de fianza concluidos con garantes consumidores. A tal fin, se partirá del estudio de la propia posibilidad de considerar al fiador como consumidor, para pasar a analizar a continuación la aplicación de los referidos controles en los dos supuestos que mayor litigiosidad están generando en la práctica: la renuncia por parte de los consumidores a los beneficios de excusión y división, junto a la habitual constitución de la fianza como solidaria, así como la excepcional abusividad del contrato de fianza en su conjunto cuando represente una garantía desproporcionada.

Palabras clave

Fianza, transparencia, abusividad, beneficios de excusión y división, sobregarantía

Abstract

This paper aims to critically examine the recent doctrine produced by the Supreme Court on the applicability and scope of the controls of transparency and unfairness in guarantee contracts concluded with consumer guarantors. To this end, the study will start by

¹ Esta publicación es parte del Proyecto de I+D+i 2020-119816GB-I00 «Las garantías personales en el ordenamiento civil español: claroscuros sustantivos y concursales» financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco GIC IT-1445-22 (Gobierno Vasco) sobre «Persona, familia y patrimonio», de los que es IP el Dr. Galicia Aizpurúa.

examining the possibility of considering the guarantor as a consumer, and will then proceed to analyse the application of the aforementioned controls in the two cases that are generating the most litigation in practice: the waiver by consumers of the benefits of excusion and division, together with the usual constitution of the guarantee as joint and several, as well as the exceptional unfairness of the guarantee contract as a whole when it represents a disproportionate guarantee.

Keywords

Guarantee, transparency, unfairness, benefits of excusion and division, over-guarantee

SUMARIO:

I. PLANTEAMIENTO. II. EL FIADOR COMO CONSUMIDOR. II.1. Relevancia de la cuestión: la condición de consumidor como requisito necesario para la aplicación de los controles de transparencia material y de contenido. II.2. El fiador como consumidor en su relación contractual: la irrelevancia de la condición del deudor principal y la aplicación del criterio de la funcionalidad. III. TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD EN EL CONTRATO DE FIANZA. III.1. Consideraciones previas. III.2. La cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división. El carácter solidario de la fianza. III.3. La excepcional abusividad de la «cláusula de afianzamiento»: la nulidad del contrato de fianza por la imposición de garantías desproporcionadas. IV. CONCLUSIONES. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. PLANTEAMIENTO

En la constitución de fianzas como garantía de operaciones de financiación de diversa naturaleza –operaciones que pueden ser o no de consumo, y que con frecuencia se encuentran aseguradas por medio de cauciones adicionales (de ordinario, garantías reales sobre bienes del propio deudor o de un tercero) a las que se suma la fianza–, resulta habitual la imposición por parte del acreedor-empresario de sus propias condiciones contractuales al garante personal, quien se limita a adherirse al contrato de garantía sin oportunidad real de negociar su clausulado. En estas circunstancias, es ciertamente frecuente que el profesional establezca las condiciones que se le representen como más beneficiosas, lo que en el contrato de fianza se traduce de ordinario en la renuncia por parte del fiador a una serie de beneficios –como los de excusión y división–, así como en la aceptación de cierta clase de acuerdos –en particular, la solidaridad de la fianza–, mediante los que el acreedor buscará incrementar al máximo sus posibilidades de obtener

una plena y rápida satisfacción del crédito asegurado². En esta tensión entre una ineludible utilización de modelos prerredactados por parte de los profesionales en el actual tráfico económico y el potencial riesgo de desconocimiento y desequilibrio que atenaza a los adherentes, el fiador no solo debe contar con la posibilidad efectiva –en cuanto contratante que se adhiere a un negocio con condiciones generales de la contratación– de llegar a conocer las cláusulas que el acreedor pretenda integrar en el contrato (*cf.* arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación* [en adelante, LCGC]), sino, principalmente, de ver salvaguardada la íntegra transparencia –no solo formal, sino sobre todo material– de las cláusulas que no hayan sido objeto de negociación individual, así como de tener la garantía de que serán expurgadas las que presenten un contenido abusivo, siempre y cuando aquel merezca la calificación de consumidor (*cf.* arts. 80 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* [TRLGDCU]).

Así pues, cuando el fiador pueda ser calificado –en los términos del artículo 3.1 TRLGDCU y con los límites que al respecto marca la jurisprudencia– como consumidor dentro de su propia relación negocial, el clausulado que le haya sido impuesto por el empresario deberá atravesar con éxito los controles de transparencia (formal y material) y de contenido previstos en el TRLGDCU para ser válido –pues ambos controles, y no solo el de contenido o abusividad, se cifran como controles de validez en el artículo 83 TRLGDCU, tras el nuevo párrafo añadido por la Disposición final octava de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI)–.

A todas estas cuestiones relativas a la protección del fiador consumidor, que durante largo tiempo han sido abordadas de manera discordante por los órganos judiciales y respecto a las que el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse con carácter reciente en diversas resoluciones, nos referiremos y examinaremos en el presente estudio, atendiendo para ello al siguiente orden expositivo: en la primera parte del trabajo, con carácter preliminar, se abordará la posibilidad de considerar al fiador como consumidor, en los términos fijados por el TJUE, a fin de dilucidar la aplicabilidad de la Directiva 93/13/CEE³ y del TRLGDCU a su relación contractual (apartado II). Resuelto

² *Vid.* Carrasco Perera et al. (2022: 799-800); Bastante Granell (2017: 61).

³ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

lo anterior, en la segunda y última parte del trabajo se discernirán los diversos controles a los que deben quedar sometidas las cláusulas no negociadas con el fiador consumidor conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al objeto de examinar su aplicación tanto a las estipulaciones impuestas por excelencia en el negocio de fianza –nos referimos a la renuncia a los beneficios de excusión y división, así como a su carácter solidario–, como del propio afianzamiento como unidad (apartado III). Tras ello, nos hallaremos en condiciones de extractar las correspondientes conclusiones (apartado IV).

II. EL FIADOR COMO CONSUMIDOR

II.1. Relevancia de la cuestión: la condición de consumidor como requisito necesario para la aplicación de los controles de transparencia material y de contenido

Como resulta conocido, el fenómeno de la contratación no negociada ha sido regulado en el ordenamiento español bajo dos prismas diferentes: de un lado, el correspondiente a las condiciones generales de la contratación, cuyo régimen se contiene en la LCGC, y que tiene por objeto proteger al adherente –sea consumidor o empresario– frente a la utilización de modelos contractuales predispuestos e impuestos por un profesional y que presenten vocación de generalidad (cfr. arts. 1 y 2 LCGC); y, de otro lado, desde la perspectiva relativa a la tutela de los consumidores, quienes cuentan con una ordenación especial –la contemplada en el Título II del Libro Segundo del TRLGDCU, y que es resultado de la transposición de la Directiva 93/13/CEE– de las cláusulas que no hayan sido objeto de negociación individual con el empresario.

En el primer caso, la regulación especial se explica tanto por las particularidades de su objeto –las cláusulas contractuales predispuestas e impuestas y que hayan sido redactadas con el propósito de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (cfr. art. 1 LCGC)– como de la propia realidad negocial de la adhesión, lo que conduce a proteger a la parte adherente, con independencia de su condición como consumidor o profesional, por medio del establecimiento de mecanismos relativos a la efectiva incorporación de las condiciones generales al contrato –y que consisten en la superación de ciertos requisitos formales de cognoscibilidad y de transparencia: cfr. arts. 5 y 7 LCGC–, así como de una serie de pautas interpretativas favorables al adherente (art. 6 LCGC). Mientras que, en el segundo caso, el elemento nuclear de la regulación reside en la condición esencial de consumidor, al que se protege frente al empleo de cláusulas contractuales no negociadas

individualmente con el empresario; es decir, cláusulas que, conforme al artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, hayan sido redactadas previamente y sobre cuyo contenido no haya podido influir el consumidor. En consecuencia, el TRLGDCU se aplica con independencia de que la cláusula no negociada individualmente sea, además, una condición predispuesta con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos, esto es, aunque no represente una condición general de la contratación en los términos del artículo 1 LCGC –si bien en la inmensa mayoría de las ocasiones lo será, en cuyo caso resultará de aplicación al adherente consumidor tanto el régimen de la LCGC como del TRLGDCU (*ex art. 59.3 TRLGDCU*)–⁴.

Pues bien, a diferencia de lo que sucede en la LCGC, el consumidor que goce de la aplicación del TRLGDCU en su relación con el empresario no solo se verá beneficiado de un control de transparencia formal, sino, fundamentalmente, de un control de contenido de las cláusulas no negociadas que permite expulsar del contrato las que merezcan la tacha de abusivas, así como de un control de transparencia *material*, que fue construido inicialmente por la jurisprudencia sobre la base del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. En la actualidad, desde la entrada en vigor de la LCCI, el artículo 83 TRLGDCU no solo establece las consecuencias derivadas de la abusividad de una cláusula, sino también de su falta de transparencia (formal o material), siendo en ambos casos idéntica la sanción impuesta por la ley: la nulidad de pleno derecho de la cláusula que no supere cualquiera de los filtros antedichos.

En el siguiente epígrafe se volverá sobre dicha cuestión. Lo que ahora interesa destacar es que, para que el TRLGDCU resulte aplicable y el fiador pueda beneficiarse de los controles en él previstos –ciertamente más extensos que los contemplados por la LCGC para los contratos de adhesión, y que permiten enjuiciar la comprensibilidad real y el potencial desequilibrio de las cláusulas impuestas–, deberá reunir la condición de ser un consumidor⁵, pues aquellos no se encuentran disponibles en nuestro ordenamiento para el caso en que el adherente sea un profesional⁶. Ahora bien, el interrogante que

⁴ González Pacanowska (2015: 1028-1036); Asúa González (2019: 36-37); Pertíñez Vílchez (2020: 1953-1955).

⁵ Asimismo, dado que «[l]a protección del consumidor es una protección frente al empresario» [Bercovitz Rodríguez-Cano (2015, 50)], el acreedor interviniente en el contrato de fianza deberá poder ser calificado de profesional, en los términos previstos en el artículo 4 TRLGDCU, para que dicho texto normativo resulte de aplicación a su relación con el fiador (art. 2 TRLGDCU) [*vid.* Carrasco Perera et al. (2022: 757-759)].

⁶ Asúa González (2019: 43-44); Pertíñez Vílchez (2020: 1955). *Vid.*, no obstante, los avances que se están produciendo en la UE al respecto de la aplicación de instituciones típicamente protectoras de consumidores a las relaciones entre empresarios, de los que da cuenta Cámara Lapuente (2022: 92, 118-119)].

inmediatamente se plantea es, precisamente, si puede ser considerado consumidor, a efectos del artículo 3.1 TRLGDCU, quien asegura con su patrimonio un débito ajeno.

II.2. El fiador como consumidor en su relación contractual: la irrelevancia de la condición del deudor principal y la aplicación del criterio de la funcionalidad

De conformidad con el artículo 3.1 TRLGDCU, son consumidores las personas físicas o jurídicas, así como las entidades sin personalidad, que actúen con un propósito o en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional⁷. En consecuencia, dicho artículo –fruto de la sucesión de diversas reformas legislativas alineadas con la formulación del concepto en las distintas Directivas consumeristas– ha relegado el parámetro del «destinatario final» de bienes y servicios propio de la normativa anterior⁸ por el de «actuar» con una finalidad o en un ámbito ajeno a una actividad profesional o empresarial⁹. Desde esta perspectiva, aunque por medio del contrato de fianza el garante no adquiera bienes o servicios en virtud de los cuales atienda una necesidad personal o familiar, ello no será óbice para poder considerar la fianza como acto de consumo en sentido amplio y al fiador como consumidor, siempre que, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.1 TRLGDCU, aquel preste la fianza al margen de su actividad profesional. En este juicio, cobrará especial relevancia la posible vinculación funcional que pueda existir entre el fiador y la operación asegurada o el deudor principal, pero la condición como consumidor o empresario que corresponda a este último no será en ningún caso el elemento que determine la calificación que deba recibir el fiador en su propia relación contractual¹⁰, al contrario de lo que durante largo tiempo entendieron buena parte de nuestras Audiencias Provinciales con fundamento, ora en el carácter accesorio de la fianza, ora en su solidaridad cuando esta modalidad era la examinada.

En concreto, por dicha jurisprudencia se argumentaba que la calificación como consumidor o empresario que pudiese ser atribuida al fiador dependía irremediabilmente

⁷ Además, en el caso de las personas jurídicas y de las entidades sin personalidad –mas no así en el de las personas físicas–, el precepto exige la concurrencia adicional de la ausencia de ánimo de lucro para extenderles la calificación de consumidores.

⁸ Compárese el texto del artículo 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU), según el cual «[a] los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden».

⁹ Vid. Cámara Lapuente (2022: 107-112, 120).

¹⁰ Carrasco Perera et al. (2022: 760-762).

de la que correspondiese al deudor asegurado en el negocio principal, quedando aquel ligado de forma indisoluble al estatuto jurídico relativo a este último, y ello con fundamento en el principio de accesoriedad de la obligación fideiusoria con respecto a la obligación garantizada. Como botón de muestra de este razonamiento, puede verse, entre muchas otras resoluciones¹¹, el AAP Las Palmas, Secc. 5ª, 344/2016, de 4 de julio¹², donde se afirmaba que es criterio «de la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales (...) que el fiador o hipotecante no deudor, *en función del carácter accesorio de la obligación que dimana de la garantía prestada, ostenta el mismo carácter que el obligado en la obligación principal garantizada*, de manera que es la calificación como de consumo de la relación principal (...) la que determina la aplicación o no de la normativa de consumidores, pues en definitiva *el garante no es consumidor de un bien ni usuario de un servicio, sino que se limita a prestar su garantía*» (FJ 1.º)¹³. En realidad, es en esta última explicación –y no tanto en el carácter accesorio de la fianza– donde parece hallarse la razón de fondo de que los tribunales no entrasen a valorar la condición del fiador de manera independiente. Así, comoquiera que se mantenía una concepción restringida de la noción de consumidor como sujeto adquirente de bienes o servicios¹⁴, el garante no era considerado por sí mismo valedor de dicha calificación ni, por tanto, se entendía protegido por la normativa sobre cláusulas abusivas, salvo que esta resultase aplicable al contrato principal y –entonces sí– también a la garantía en cuanto accesorio de dicho negocio¹⁵.

¹¹ Una amplia referencia de los diversos pronunciamientos que asumen dicha doctrina puede hallarse en Gálvez Criado (2016: 20-22), Bastante Granell (2017: 64-66) y Gómez Valenzuela (2021: 639-642).

¹² ECLI:ES:APGC:2016:75A.

¹³ Cursiva añadida (todas las cursivas empleadas en este trabajo son nuestras, salvo que se indique lo contrario).

¹⁴ Se ha de tener presente que este era, precisamente, el concepto de consumidor sobre el que pivotaba la antigua LCU de 1984 (*vid.* nota 8), que en muchos casos resultaba, además, la legislación aplicable al caso *ratione temporis* –no obstante, aunque el momento de celebración del contrato deba determinar en principio la ley aplicable al mismo, *vid.* Cámara Lapuente (2022: 110-112) y la jurisprudencia que allí se cita en cuanto a la necesidad de observar la doctrina comunitaria anterior a la promulgación del TRLGDCU respecto a la noción de consumidor–. A lo anterior se debe añadir que aquel concepto más restringido pretendió ser, en cierta medida, mantenido por el TRLGDCU aprobado en 2007. Así, aunque el art. 3.1 TRLGDCU define al consumidor como la persona que actúa con un propósito o en un ámbito ajeno a su actividad empresarial, su preámbulo intentó conservar la tradicional definición positiva española junto a la negativa europea al explicar que por tal puede entenderse quien «*interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros*». Sin embargo, dicha acotación, como explica Cámara Lapuente (2022: 106-108 y 120), en ningún caso puede ser empleada para limitar los supuestos (más amplios) cubiertos por la definición del artículo 3.

¹⁵ En este orden de ideas, puede leerse en el AAP Castellón (Sección 3.ª) 4/2015, de 29 de enero (ECLI:ES:APCS:2015:4A), que «*[l]a aplicación de la legislación protectora de consumidores se limita a quienes actúan con el carácter de destinatarios finales tal como, al acotar el ámbito subjetivo de la misma, precisaba el artículo 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio (...) y ahora hace el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre*», de suerte que «*[s]iendo la fianza una obligación*

En definitiva, por parte de las Audiencias se sostenía que «la condición de fiador y garante hipotecarios del crédito confieren una posición especial en orden al examen del carácter de consumidor, pues *dada la naturaleza accesorio de la garantía no es la situación personal del fiador o hipotecante la que atribuye tal condición, sino la que resulta de la obligación garantizada*, de manera que ostentará esta condición si esta obligación dimana de una relación de consumo por intervenir un consumidor y un empresario, pero no si garantiza una relación entre empresarios»¹⁶.

En cualquier caso, aunque muchas resoluciones afirmaban basarse en la accesoriedad de la fianza para extender al garante la condición correspondiente al deudor principal, lo cierto es que en buena parte de las ocasiones dicha decisión parecía adoptarse por haberse pactado la fianza como solidaria, y por entender –erróneamente– que dicha solidaridad tendría el efecto de fungir ambas realidades contractuales y convertir al fiador en deudor de la obligación principal, y no de la suya propia¹⁷. Así se desprende de pronunciamientos como el de la SAP Madrid, Secc. 12ª, 206/2013 de 14 de marzo¹⁸, que, tras señalar que la condición como empresario del deudor principal alcanzaba a los fiadores debido al carácter accesorio del contrato de fianza, subrayaba a continuación que el afianzamiento se había realizado, además, con carácter solidario, por lo que no resultaba «admisible que *en un mismo contrato con deudores solidarios*, se apliquen normativas distintas, según la condición de los obligados (deudor principal o fiador)», y que «al obligarse los fiadores recurrentes de forma solidaria y con renuncia al beneficio de excusión, los mismos han asumido la deuda como propia, quedando así obligados de idéntica manera que la deudora principal» (FJ 4.º).

accesoria, ha de referirse la cuestión planteada a la principal, esto es, a la contraída por la (...) prestataria»; conclusión que resulta «asimismo aplicable a quienes intervinieron como hipotecantes, pues la garantía que ofrecieron no puede ser desvinculada de la operación a la que servía» (FJ 2.º) [vid., igualmente, el AAP Valencia (Sección 6.ª) 535/2015, de 21 de diciembre (ECLI:ES:APV:2015:535A)].

¹⁶ FJ 1.º del ya citado AAP Las Palmas 344/2016, de 4 de julio.

¹⁷ Decimos que dicho razonamiento es erróneo porque el artículo 1822.II CC parte de que «el deudor y el fiador *se obligan por distinto título*, aunque lo hagan de forma solidaria. Este *fiador solidario* (...) sigue siendo un deudor de refuerzo, un garante, que se obliga como fiador. Por eso, el fiador solidario es siempre fiador, aunque solidario» [Carrasco Perera et al. (2022: 92) (la cursiva es del autor)]. En similar orden de ideas, en la asunción cumulativa de deuda –que cumple, las más de las veces, una función de garantía semejante a una fianza, y en la que no hay novación de ningún tipo– tiene lugar la adición de una *nueva obligación* para refuerzo y satisfacción del crédito del acreedor [Castellanos Cámara (2022: 38 ss.)].

¹⁸ ECLI:ES:APM:2013:4248.

Por otro lado, según se observa en diversas resoluciones¹⁹, la doctrina sobre la influencia de la accesoriedad de la garantía en la condición personal del garante parecía asimismo venir motivada, en cierta medida, por la decisión adoptada en la STJUE de 17 de marzo de 1998 [asunto C-45/96 (caso Dietzinger)]²⁰, relativa a la interpretación del ámbito aplicativo de la Directiva 85/577/CEE²¹. Según esta sentencia, de la literalidad del artículo 1 de la Directiva se desprendía que únicamente podía quedar subsumida bajo su paraguas aplicativo «una fianza accesoria a un contrato por el cual, con ocasión de una venta a domicilio, un consumidor se haya comprometido frente a un comerciante para obtener de éste bienes o servicios» (aptdo. 22), lo que llevaba a concluir que «*un contrato de fianza celebrado por una persona física que no actúe en el marco de una actividad profesional está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva cuando garantiza el reembolso de una deuda contraída por otra persona que actúe en el marco de su actividad profesional*» (aptdo. 23). Por tanto, en el contexto de la Directiva 85/577/CEE, el TJUE solo consideraba aplicable dicho régimen al fiador cuando pudiese serlo al deudor asegurado –es decir, en caso de que este último fuese un consumidor–, con independencia de que aquel hubiese actuado movido por fines privados²².

Esbozados los principales argumentos de la doctrina judicial expuesta, no es necesario insistir en la idea de que, como resultado, y durante largo tiempo, los tribunales españoles rechazaron la condición como consumidores de los fiadores que aseguraban obligaciones entre profesionales, al extenderles automáticamente la calificación

¹⁹ Vid., entre otras, los AAP Asturias (Sección 1.ª) 248/2012, de 2 de julio (ES:APO:2010:1676) y (Sección 5.ª) 198/2015, de 6 de julio (ES:APO:2015:2135); Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª) 143/2014, de 14 de julio (ES:APTF:2014:111A); 10/2015, de 14 de enero (ES:APTF:2015:42A) y 177/2015, de 14 de julio (ES:APTF:2015:1715); y Las Palmas (Sección 5.ª) 13/2016, de 22 de enero (ES:APGC:2016:4A) y 344/2016, de 4 de julio (ECLI:ES:APGC:2016:75A).

²⁰ ECLI:EU:C:1998:111.

²¹ Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

²² Nótese, en cualquier caso, que dicha decisión se explica por el tenor del artículo 1.1 de la Directiva en cuestión, que restringía su ámbito aplicativo con base en un criterio objetivo relativo al tipo de contrato, y no –a diferencia de lo que sucede en la Directiva 93/13/CEE– en función de la condición de los contratantes. Así, conforme al mencionado precepto, la Directiva 85/577/CEE resultaba de aplicación a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales entre un consumidor y un comerciante «*que suministre bienes o servicios*». Debido a ello, la noción de consumidor contenida en su artículo 2 se reservaba a toda persona física que, «*para las transacciones amparadas por la presente Directiva*», actúe con una finalidad que pueda considerarse ajena a su actividad profesional. Esto explica que el TJUE tratase, en ese caso particular, de argumentar la posible aplicación de la Directiva 85/577/CEE a un fiador –que, estrictamente, no recibe ningún bien ni servicio de un comerciante– por la vía de su accesoriedad con respecto al contrato de crédito; razonamiento que, en fin, conducía a que la aplicación de la referida Directiva al fiador dependiese de la calificación como consumidor del propio deudor garantizado.

correspondiente al deudor principal, y por mucho que aquellos pudiesen haber prestado la garantía con fines estrictamente privados²³.

Sin embargo, la anterior línea jurisprudencial fue oportunamente desechada a raíz de los Autos del TJUE de 19 de noviembre de 2015 [asunto C-74/15 (caso Tarçãu)]²⁴ y de 14 de septiembre de 2016 [asunto C-534/15 (caso Dumitraș)]²⁵, cuya doctrina fue recepcionada en nuestra jurisprudencia con intermediación de la sonada STC 75/2017, de 19 de junio²⁶ –en la que el Tribunal Constitucional se vio obligado a recordar el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea–²⁷. En esta nueva interpretación del alcance de la noción de consumidor proporcionada por el Auto de 19 de noviembre de 2015, el TJUE daba respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el órgano nacional de instancia respecto al ámbito aplicativo de la Directiva 93/13/CEE, y cuya formulación giraba en torno a dos extremos fundamentales: en primer lugar, se preguntaba al TJUE si, en atención al artículo 1.1 de la referida Directiva, se hallan incluidos en su ámbito aplicativo únicamente los contratos celebrados entre consumidores y comerciantes que tengan por objeto la venta de bienes o la prestación de servicios, o si también quedan comprendidos en el mismo los contratos de garantía; y, en segundo lugar, si, de

²³ Es de destacar, además, que dicha doctrina era la que también se aplicaba al caso de los hipotecantes no deudores que garantizaban con un bien inmueble la deuda de un profesional, en cuyo caso se rechazaba igualmente su condición de consumidores con fundamento en la accesoriedad de la garantía.

²⁴ ECLI:EU:C:2015:772.

²⁵ ECLI:EU:C:2016:700.

²⁶ ECLI:ES:TC:2017:75.

²⁷ Concretamente, el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva interpuesto contra el Auto de 29 de enero y la Providencia de 19 de febrero de 2016 de la Audiencia Provincial de La Rioja, por los que, respectivamente, se desestimaba el recurso de apelación y se inadmitía el incidente de nulidad de actuaciones promovido por los recurrentes en amparo. A pesar de que la Audiencia conocía la interpretación del concepto de consumidor que efectuaba el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 –pues fue aportado al procedimiento por los recurrentes–, así como los criterios que en él se sentaban para poder atribuir dicha calificación a los garantes no deudores, «[f]rente a todo ello, el Auto de la (...) Audiencia Provincial (...) ni cita, ni valora la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto *Dumitru Tarçãu*, sino que se limita a analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de otras Audiencias Provinciales anteriores a esta resolución comunitaria y a concluir que los recurrentes no ostentan la condición de consumidores ya que garantizaron un crédito concertado por una sociedad mercantil y, por consiguiente, no le es de aplicación la Directiva 93/13/CEE (...). El órgano judicial tampoco valora la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en su decisión de inadmitir el incidente de nulidad de actuaciones, a pesar de que la demandante de amparo le había instado a ello invocando expresamente el referido Auto del Tribunal de Justicia» (FJ 3.º-b). Frente a dicha aplicación automática de la doctrina jurisprudencial anterior, el Tribunal Constitucional incide en que el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea «obligaba a aplicar el concepto de consumidor de la Directiva 93/23/CEE [sic] invocada por el recurrente tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia» (FJ 3.º-c); una aplicación directa que, además, no precisaba de cuestión prejudicial, al tratarse de un acto aclarado por el TJUE en un asunto análogo y sobre una cuestión materialmente idéntica [*vid.*, al respecto, Pagador y Serrano (2020: 223); Cámara Lapuente (2022: 119); Martínez Escribano (2023: 71); Álvarez Olalla (2018: 122-131)].

conformidad con el artículo 2.b) de la Directiva, debe considerarse o no consumidor a la persona física que presta una garantía personal o real con la finalidad de asegurar un contrato de crédito celebrado con una sociedad mercantil para el desarrollo de su actividad, teniendo presente que dicho garante carece de relación con la sociedad y que habría actuado con un propósito ajeno a su actividad profesional.

En relación con la primera cuestión, el TJUE contestó que, a diferencia de lo que sucede en otras Directivas consumeristas, del artículo 1.1 en relación con el considerando décimo de la Directiva 93/13/CEE se desprende que, salvo para los negocios indicados en dicho considerando²⁸, esta norma se aplica a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor con independencia de su objeto; es decir, se aplica en función de la condición de los intervinientes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional²⁹. Como explica el Tribunal de Justicia, dicho criterio se justifica porque el sistema de protección que establece la Directiva 93/13/CEE parte de la situación de inferioridad en que se halla el consumidor respecto al profesional en lo relativo tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, y que le lleva a adherirse a las condiciones prerredactadas por el profesional sin poder influir en su contenido. La necesidad de protección que se aprecia en dicho escenario resulta, por tanto, común a toda clase de contrato no negociado concluido entre un consumidor y un profesional, independientemente de su objeto; y, de hecho, es «especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor», pues dicho contrato se basa «en un compromiso personal del garante o del fiador de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero» que «comporta para quien lo asume obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar» (aptdo. 25).

Una vez aclarado que es la condición de los contratantes, y no el objeto del contrato, lo que determina la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, el TJUE señala que, a efectos de valorar si puede considerarse como consumidor a un determinado garante, la calidad en que aquel actuó «debe apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza», pues si bien el contrato de garantía «puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato principal del que emana la deuda que

²⁸ Se trata, en concreto, de los «*contratos de trabajo, los contratos relativos a los derechos de sucesión, los contratos relativos al estatuto familiar, los contratos relativos a la constitución y estatutos de sociedades*».

²⁹ El Tribunal de Justicia viene así a reiterar la doctrina sentada en las SSTJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto C-488/11) (ECLI:EU:C:2013:341) y 15 de enero de 2015 (asunto C-537/13) (ECLI:EU:C:2015:14).

garantiza», se trata de un contrato distinto, que se celebra entre partes diferentes (aptdo. 26). En consecuencia, la condición en que estas actúan debe evaluarse en la relación que deriva del propio negocio de garantía, resultando una cuestión por completo ajena a dicha calificación la condición que merezcan en su propia relación contractual los sujetos intervinientes en el negocio principal asegurado³⁰.

En definitiva, de conformidad con la noción de consumidor contenida en el artículo 2.b) de la Directiva 93/13/CEE, la condición del garante deberá apreciarse conforme a un criterio funcional, consistente en «evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión» (aptdo. 27); es decir, si la garantía ha sido prestada en un ámbito ajeno a una actividad profesional. Por consiguiente, en dicha valoración –que corresponde efectuar al juez nacional teniendo presentes todas las circunstancias del caso–, se deberá verificar si el garante actuó con fines de carácter privado (en cuyo caso deberá ser considerado un consumidor), o si lo hizo, bien en el marco de su propia actividad empresarial (v.gr. porque se trata de una persona que se dedica profesionalmente a ofrecer garantías para la concesión de créditos³¹), bien con una finalidad que deba tildarse de profesional debido a los vínculos funcionales que le coligan al deudor principal empresario (v.gr. cuando el deudor es una sociedad mercantil de la que el garante es gerente o tiene una participación significativa [cfr. aptdo. 29]). Todo lo anterior conduce al TJUE a resolver, finalmente, que los artículos 1.1 y 2.b) de la Directiva 93/13/CEE «deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado

³⁰ La interpretación efectuada por el TJUE resulta a nuestro juicio afortunada, pues, en buena técnica, del principio de accesoriedad de la garantía en ningún caso cabe deducir consecuencia alguna respecto al estatuto jurídico como consumidor o empresario que deba corresponder al fiador en su relación contractual con el acreedor garantizado. La accesoriedad de la fianza implica que la deuda asegurada es presupuesto de la existencia y subsistencia de la obligación fideiusoria (art. 1824 CC) –y, por tanto, límite también de su extensión (art. 1826 CC)–, a la que sigue en su vida jurídica y por cuyas vicisitudes se verá afectada, de suerte que la obligación del fiador se extingue, además de por sus propias causas, cuando lo haga aquella principal (arts. 1847 y 1190 CC), y el garante puede valerse de todas las excepciones inherentes a la deuda afianzada, mas no las que sean puramente personales del deudor (art. 1853 CC) [vid. Carrasco Perera et al. (2022: 91); Colás Escandón (2020: 5051-5052); Castilla Barea (2013: 12466-12467)]. Pero el estatuto jurídico –como consumidor o empresario– que haya de corresponder al fiador es una cuestión que se resuelve dentro del contrato de fianza, pues aunque la obligación que de él surge guarda en su vida jurídica (en su nacimiento, desarrollo y extinción) una relación de accesoriedad con respecto a la obligación asegurada, no por ello deja de ser un contrato distinto: un contrato del que nace su propia relación obligacional y que únicamente vincula a los sujetos intervinientes en su perfección, sin que quepa derivar del carácter accesorio de la garantía una suerte de propagación, ora de la calificación negocial (como acto de consumo o no), ora del estatuto jurídico de las partes, de un contrato a otro.

³¹ Carrasco Perera et al. (2022: 762-763)

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 (...), cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad» (apdo. 30)³².

La anterior interpretación fue acogida con carácter temprano en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que desde la STS 314/2018, de 28 de mayo³³, ha venido aplicando de manera reiterada dicha doctrina a los fiadores al objeto de dirimir la aplicabilidad del TRLGDCU a su relación contractual. Ya en esa sentencia, el Tribunal Supremo tuvo oportunidad de incidir en la idea de que en un préstamo garantizado con fianza «no puede hacerse una afirmación unívoca sobre si el contrato se celebró o no con consumidores, porque hay dos relaciones jurídicas diferentes (préstamo y fianza) y porque hay una pluralidad de contratantes, lo que impone un análisis diferenciado» (FJ 5.º). Este razonamiento será objeto de posterior desarrollo en la STS 56/2020, de 27 de enero³⁴, donde subrayó que la relación de accesoriedad que media entre la obligación fideiusoria y la garantizada en ningún caso provoca que lleguen a confundirse o reducirse en un único vínculo, de suerte que «el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia (...) lo que excluye la posibilidad de entender que exista una única relación obligatoria con dos deudores (el obligado principal y el fiador)» (FJ 5.º- 4.2). En consecuencia, el Alto Tribunal concluye que, dado que ambos contratos son distintos, lo son también las partes contratantes –pues «el acreditado es tercero en la fianza y el fiador en el préstamo, sin perjuicio de que éste delimite el riesgo que asume el fiador como garante»–, e igualmente la regulación de ambos vínculos es diferente, ambas relaciones deben ser examinadas de manera autónoma al objeto de valorar la condición como consumidores de los contratantes, sin que la calificación del deudor principal determine la correspondiente al garante³⁵. Además, aclara –frente a la opinión que venía siendo mantenida por algunas Audiencias– que idéntica solución corresponde aplicar a la fianza solidaria, pues en ella, tal y como acaece en la simple, existen dos contratos que deben ser deslinados y contemplados de forma autónoma; es decir, en la fianza solidaria no hay «una obligación única con pluralidad de deudores (en que se puedan entender refundidas la principal y la accesoría), sino que subsiste la concurrencia de dos vínculos obligatorios

³² Conclusión que será reiterada en el ATJUE de 14 de septiembre de 2016 (caso Dumitras).

³³ ECLI:ES:TS:2018:1901.

³⁴ ECLI:ES:TS:2020:164.

³⁵ *Vid.* FJ 5.º- 4.4 de la STS 56/2020, de 27 de enero.

de naturaleza distinta» (FJ 5.º- 4.2), pues, «sin perjuicio de sus efectos, la solidaridad no funge ambos vínculos (el de la obligación principal y el de la fianza)» (FJ 5.º- 4.4.).

En conclusión, con base en la doctrina expuesta –que ha sido reiterada por el Tribunal Supremo en diversas ocasiones³⁶–, el fiador (sea simple o solidario) puede gozar de la protección de la Directiva 93/13/CEE y del TRLGDCU con independencia de que la obligación asegurada derive de una operación entre empresarios, siempre y cuando actúe al margen de su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con el deudor principal empresario –pues la concurrencia de los mismos vendría a significar que el fiador no es «del todo ajeno al aspecto profesional o empresarial de la operación» (STS 314/2018, de 28 de mayo, FJ 5.º- 3)–³⁷. Cumpliendo dicho criterio funcional, el fiador deberá ser considerado un consumidor en su relación contractual con el empresario, en cuyo caso gozará de la protección que, frente a la falta transparencia y la abusividad, establecen los artículos 80 a 91 del TRLGDCU.

III. TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD EN EL CONTRATO DE FIANZA

III.1. Consideraciones previas

Como se colige de todo lo explicado hasta el momento, aunque la fianza se presente a menudo en el tráfico como una estipulación integrante del contrato del que deriva la obligación asegurada, aquella representa un contrato autónomo y diferenciado, y no una mera cláusula de aquel principal, con independencia de que ambos suelen formalizarse

³⁶ *Vid.*, entre las más recientes, las SSTS 101/2020, de 12 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:336); 820/2021, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4376); 684/2022, de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3751); 685/2022, de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3946); 638/2023, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1831).

³⁷ La valoración de qué se considera o no como «vínculo funcional» a tal efecto es una cuestión que queda sometida a la apreciación del órgano judicial en atención a las concretas circunstancias del caso, y que deberá ser examinada de manera individual con respecto a cada uno de los garantes intervinientes. La STS 599/2020, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3631), haciendo recopilación de los pronunciamientos precedentes en los que se examina dicha problemática [en concreto, de las SSTS 594/2017, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:3956); 314/2018, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2018:1901); 414/2018, de 3 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2566); 203/2020, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1441); y 204/2020, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1438)], ha considerado que esa conexión está presente en los siguientes casos: primero, cuando el fiador es administrador –en cualquier modalidad de sistema de administración– de la sociedad garantizada. Segundo, cuando el fiador es socio y tiene una participación significativa en la sociedad garantizada –valoración que no se realiza en función de un porcentaje de participación concreto en el capital social, sino que va dirigida a comprobar si dicha persona tiene «una preeminencia tal en la sociedad que influya decisivamente en su toma de decisiones y suponga que, de facto, su voluntad y la del ente social coincidan» o «un interés profesional o empresarial en la operación que garantiza» (STS 314/2018, de 28 de mayo, FJ 5.º-5). Y, por último, cuando el fiador es cónyuge del deudor principal empresario en régimen de gananciales, porque responde de las deudas comunes y participa de los posibles beneficios (*vid.*, en detalle sobre cada uno de los supuestos, Carrasco Perera et al. [2022: 764-768]).

en el mismo documento y de que aquella aparezca a menudo recogida bajo la expresión «cláusula de afianzamiento» u otras fórmulas similares. Esta premisa fundamental que, como veíamos en el anterior epígrafe, permite considerar como consumidor al garante con independencia de la calificación que corresponda al deudor principal, representa al mismo tiempo, sin embargo, un límite crucial a la aplicación de los controles previstos en el TRLGDCU. Y es que, si la denominada «cláusula de afianzamiento» es, como no cabe duda, un contrato en sí mismo, entonces la intransparencia o la abusividad no puede ser valorada ni predicada de la fianza en su conjunto, pues nunca puede ser declarado nulo por no transparente o por abusivo un contrato en su integridad³⁸.

A esa misma conclusión llega el Tribunal Supremo en la STS 56/2020, de 27 de enero, donde señala que, en principio –y salvo una importante excepción, en la que posteriormente nos detendremos (*vid. infra* III.3)– no cabe declarar la nulidad total de la fianza con fundamento en la normativa sobre abusividad, habida cuenta que dicho control está previsto legalmente «no para obtener la nulidad íntegra de los contratos, sino para restablecer el equilibrio real de las prestaciones de las partes mediante la supresión de las cláusulas abusivas» (FJ 5.º- 4.5). No obstante, sí cabrá la posibilidad, tal y como reconoce la misma sentencia, de extender los controles previstos en el TRLGDCU a las cláusulas que integren el contrato de fianza, habiéndose concentrado la litigiosidad en este ámbito en torno a las dos principales condiciones que suelen imponer los profesionales: la renuncia a los beneficios de excusión y división, así como la solidaridad de la fianza.

III.2. La cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división. El carácter solidario de la fianza

Desde la STS 56/2020, de 27 de enero, nuestro Alto Tribunal viene considerando que las cláusulas no negociadas en el contrato de fianza se encuentran sometidas, en caso de que el fiador tenga la condición de consumidor, a los controles de incorporación, de transparencia material y de contenido o abusividad (*cf.* FJ 6.º- 4).

En realidad, el primer control hace referencia, como señalábamos al comienzo de este trabajo, al contemplado en los artículos 5 y 7 LCGC, aplicable en caso de que la cláusula en cuestión sea una condición general de la contratación, en tanto que los dos

³⁸ *Vid.* Marín López (2022: 3).

últimos son específicos de la contratación con consumidores³⁹. En cualquier caso, presupuesta –como de ordinario será– la aplicación de dicho texto normativo a las condiciones impuestas al fiador consumidor, para poder superar los requisitos de cognoscibilidad y de transparencia formal previstos en los artículos 5 y 7 LCGC y 80.1.a) y b) TRLGDCU, será preciso que las mismas hayan podido ser conocidas y comprendidas gramaticalmente por el fiador. La primera exigencia se traduce en que este haya tenido oportunidad real de conocer tanto la existencia como el contenido de las cláusulas impuestas antes de la celebración del contrato [arts. 80.1.b) TRLGDCU y 7.a) LCGC], lo que se entiende superado, en caso de que la fianza se haya documentado por escrito, cuando se cumplan los siguientes dos requisitos: en primer lugar, el acreedor ha tenido que facilitar al fiador un ejemplar de las condiciones con carácter previo o simultáneo a la conclusión del contrato de garantía, al cual este debe efectuar referencia expresa [arts. 80.1.a) TRLGDCU y 5.1.II, *in fine*, LCGC]; y, en segundo lugar, el documento en que se contienen dichas condiciones ha tenido que ser firmado por el garante [arts. 5.1 y 7.a) LCGC y 63.1 TRLGDCU]⁴⁰. Lo habitual en la práctica será que todas las condiciones impuestas al fiador se recojan dentro de la misma «cláusula de afianzamiento», por lo que su puesta a disposición y firma tendrá lugar, en dicho caso, por medio de la entrega y rúbrica del propio documento contractual en que aquella se contenga⁴¹.

Admitida la observancia del requisito de cognoscibilidad, las cláusulas impuestas deberán resultar, asimismo, transparentes desde la perspectiva de su adecuada legibilidad,

³⁹ No obstante, debe tenerse presente que los requisitos de cognoscibilidad y de transparencia formal exigidos por la LCGC a fin de entender incorporada una condición general al contrato, se encuentran también presentes en el artículo 80.1.a) y b) TRLGDCU; y que tales criterios, junto a la exigencia de transparencia material propia de este último ámbito, conforman un único control de transparencia que, en la actualidad, queda configurado como un control de validez por el artículo 83.II TRLGDCU. Por tanto, para todos los contratos suscritos con posterioridad a la entrada en vigor de este último precepto (es decir, a partir del 16 de junio de 2019, conforme a la Disp. Final 16.^a de la LCCI), ha dejado de ser necesaria la remisión al control de incorporación previsto en la LCGC a fin de enjuiciar la transparencia formal de las cláusulas impuestas a consumidores, puesto que ahora cualquier control de transparencia (sea formal o material) se resuelve en el TRLGDCU como un control de validez.

⁴⁰ Pertíñez Vílchez (2020: 1972-1974). No obstante, dado el tenor literal del artículo 5.1 LCGC, existen discrepancias al respecto de si el ejemplar que contiene las condiciones generales debe ir también firmado, o si es suficiente la remisión expresa al texto facilitado en la antefirma del documento contractual [a favor de esta última interpretación, *vid.* González Pacanowska (2015: 1054-1055)].

⁴¹ Como explica al respecto la doctrina, «cuando la fianza se incluye en el propio contrato de préstamo como una cláusula de afianzamiento, esa cláusula debe ser “accesible”, lo que significa que si la cláusula figura en el anverso del contrato de préstamo, debe aparecer sobre la firma del fiador. Lo habitual en estos casos es que el fiador firme el contrato de préstamo en los mismos lugares que el propio prestatario, en la medida en que todo el contenido del contrato crediticio “conforma” el régimen de la fianza y, en consecuencia, le afecta» [Carrasco Perera et al. (2022: 800)].

lo que remite al cumplimiento de ciertos requisitos formales tanto de perceptibilidad material⁴² como de redacción. En particular, aquellas deben ser claras, concretas, sencillas y con posibilidad de comprensión directa –sin reenvíos a textos que no se hayan facilitado antes de la conclusión del contrato– [cfr: art. 80.1.a) TRLGDCU], de suerte que no quedarán incorporadas –serán nulas, conforme al actual artículo 83.II TRLGDCU– las que resulten ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles [art. 7.b) LCGC].

En definitiva, para superar el control de transparencia documental y gramatical bastará con que la cláusula impuesta al fiador presente 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»⁴³, con independencia de que aquel haya comprendido su real significado y alcance⁴⁴.

Ahora bien, en materia de transparencia es preciso diferenciar, cuando nos encontramos en el ámbito del consumo, entre la que acabamos de referir como transparencia formal y la denominada transparencia *material*, que junto aquella forma parte de la exigencia general de transparencia –de claridad y comprensibilidad– del artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE. Así, conforme a jurisprudencia reiterada del TJUE, la transparencia exigida por este artículo de la Directiva no puede reducirse al mero carácter comprensible de la cláusula desde una perspectiva formal y gramatical, sino que debe interpretarse de una manera extensiva, en el sentido de que «el consumidor esté en condiciones de evaluar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él», lo que deberá ser examinado por el órgano jurisdiccional nacional a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, incluyendo la información ofrecida por el empresario en cuanto al contenido y funcionamiento de la cláusula⁴⁵. No obstante, debe tenerse presente que la falta de transparencia no tiene asociada ninguna consecuencia específica en la Directiva 93/13/CEE, ni la tuvo tampoco durante mucho tiempo en el TRLGDCU, que, con carácter previo al nuevo párrafo

⁴² En concreto, el artículo 80.1.b) TRLGDCU dispone, en su texto vigente desde el 1 de junio de 2022, que «[e]n ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior a los 2.5 milímetros, el espacio entre líneas fuese inferior a los 1.15 milímetros o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura».

⁴³ STS 23/2020, de 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:98) (FJ 3.º- 3).

⁴⁴ Carrasco Perera et al. (2022: 781); Miranda Serrano (2022.a: 118); Pagador y Serrano (2020: 228).

⁴⁵ Vid. aptdos. 30, 31 y 35 de la STJUE de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21) (ECLI:EU:C:2023:212).

segundo adicionado a su artículo 83 por la Disposición final 8.^a de la LCCI, tampoco disciplinaba los efectos ligados a la falta de transparencia⁴⁶.

A pesar de ello, con carácter previo a la existencia del artículo 83.II TRLGDCU, y con apoyo en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, el Tribunal Supremo vino a elaborar una doctrina sobre la falta de transparencia material circunscrita a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato. Así, partiendo de que dicho precepto dispone que la apreciación del carácter abusivo no se referirá a ese tipo de cláusulas «*siempre que (...) se redacten de manera clara y comprensible*» –es decir, de manera transparente⁴⁷–, el Alto Tribunal ha venido considerando desde la STS 241/2013, de 9 de mayo⁴⁸, que tales cláusulas se someten a un control de transparencia superior, que tiene por finalidad que el consumidor pueda conocer con sencillez la carga económica y jurídica que asumirá con la celebración del contrato⁴⁹. E, interpretando desde esa perspectiva el artículo 80.1 TRLGDCU, ha concluido que ese tipo de cláusulas se someten a un doble control de transparencia: el formal –que encontraba cobertura en el control de incorporación de la LCGC– y el reforzado, ubicado en el control de contenido⁵⁰.

En cuanto a la relación entre esa mayor exigencia de transparencia y la abusividad, si bien ciertas resoluciones han considerado aquella como una causa determinante por sí misma de abusividad⁵¹, la doctrina actual del Tribunal Supremo⁵² considera que el hecho de que «la cláusula no sea transparente no implica necesariamente que sea abusiva.

⁴⁶ *Vid.* Asúa González (2019: 51).

⁴⁷ A este respecto, debe tenerse presente que la transparencia formal, gramatical y material exigida por el artículo 5 de la Directiva es la misma a que se refiere su artículo 4.2. Así lo ha afirmado el TJUE en numerosas sentencias: «la exigencia de transparencia que se incluye en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 figura también en su artículo 5, que preceptúa que las cláusulas contractuales escritas deberán estar redactadas “siempre” de forma clara y comprensible. Como ha declarado ya el Tribunal de Justicia, *la exigencia de transparencia prevista en la primera de estas disposiciones tiene el mismo alcance que la formulada en la segunda de ellas* (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 36 y jurisprudencia citada)» (aptdo. 28 de la STJUE de 16 de marzo de 2023).

⁴⁸ ECLI:ES:TS:2013:1916.

⁴⁹ «Conforme a la jurisprudencia de esta sala y del TJUE (...) 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 del mismo» [STS 744/2021, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:3969), FJ 2.º].

⁵⁰ *Vid.* González Pacanowska (2015: 1065); Asúa González (2019: 57); Marín López (2019: 262).

⁵¹ Una exposición sobre la evolución experimentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto de la relación entre transparencia material y abusividad puede hallarse en Asúa González (2019: 54-62).

⁵² Orientada por el criterio del TJUE sobre dicho extremo, que ha declarado que la transparencia material es un filtro que, en caso de no ser superado, permite someter las cláusulas relativas al objeto principal del contrato al control de abusividad [*vid.*, entre otras, la STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14) (ECLI:EU:C:2017:60)].

Respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) se desprende del art. 4.2 de la Directiva 93/13 (...) que los controles de transparencia y abusividad son diferentes y el primero es presupuesto o antecedente del segundo (...). Es decir (...) la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad» [STS 595/2020, de 12 de noviembre⁵³, FJ 5.º- 1].

En definitiva, en la jurisprudencia recaída al respecto de cláusulas no negociadas en las que aún no estaba vigente el actual artículo 83.II TRLGDCU, el Tribunal Supremo ha considerado que el control de transparencia material 1.º se circunscribe a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y 2.º actúa como un filtro para poder someter a control de abusividad a dicho tipo de cláusulas.

Sin embargo, la situación parece haber cambiado para todas las cláusulas no negociadas con consumidores en contratos concluidos con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo párrafo segundo del artículo 83 TRLGDCU, en el que se dispone que «[l]as condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». La noción de transparencia manejada por el precepto debe entenderse como omnicomprensiva de la exigencia de transparencia en todas sus vertientes (formal y material); no obstante, si a alguna transparencia en especial se está refiriendo el precepto, esa es, sin lugar a duda, la material, pues si se interpretase que solo alude a la formal, la norma no añadiría ninguna nueva regla relevante a nuestro ordenamiento⁵⁴. Ahora bien, asumido que el artículo 83.II TRLGDCU encuentra su especial sentido en el ámbito de la transparencia material, aquel ha generado discrepancias en cuanto a su genuino alcance, pues su tenor literal supone dejar de lado la doctrina elaborada durante años por el Tribunal Supremo respecto a dicho control: así, de su letra se desprende, en primer lugar, que la exigencia de transparencia (formal y material) se erige como un control de validez, de suerte que la constatación de intransparencia de una cláusula conlleva inexorablemente su nulidad; y, en segundo lugar, que dicho control alcanza a cualquier cláusula no negociada en un contrato con consumidores, y no solo a las cláusulas que versen sobre el objeto principal del contrato⁵⁵.

⁵³ ECLI:ES:TS:2020:3613.

⁵⁴ Miranda Serrano (2022.b: 6).

⁵⁵ Conclusión esta última que, por otro lado, es la que ya se desprendía de la jurisprudencia del TJUE, que de forma reiterada ha venido manteniendo que la exigencia de transparencia a la que alude el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE coincide con la general de su artículo 5 (*vid.*, *v.gr.*, el aptdo. 28 de la STJUE de 16 de marzo de 2023); y que, de hecho, conducía a parte de nuestra doctrina a denunciar la ausencia de plausibilidad normativa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la «circunscripción del

No obstante, parte de nuestra doctrina señala que el inciso «*en perjuicio de los consumidores*» que contiene el precepto a la hora de establecer la sanción de nulidad lleva a preguntarse a qué supuestos se refiere⁵⁶; es decir, si la norma solo exige que la cláusula en cuestión sea efectivamente perjudicial para el consumidor para poder ser anulada por intransparencia, o si de aquel requisito cabe deducir que es preciso que la cláusula intransparente cause, además, «*en contra de las exigencias de la buena fe (...), en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*» (art. 82.1 TRLGDCU). A favor de esta última interpretación se han pronunciado diversos autores, que entienden que el artículo 83.II TRLGDCU ha venido a recoger la regla jurisprudencial según la cual la falta de transparencia material no es motivo determinante de nulidad, sino que abre la puerta al control de abusividad, conforme al cual deberá evaluarse la validez o no de la cláusula⁵⁷. Otros autores, en cambio, se muestran cautelosos sobre el alcance que debe otorgarse al referido inciso⁵⁸, a la vista, en especial, de ciertos *obiter dictum* contradictorios del Tribunal Supremo sobre el precepto⁵⁹.

Sin embargo, para otro sector doctrinal, con cuya opinión coincidimos, «tras la entrada en vigor de la LCCI, la verificación de la falta de transparencia de una cláusula o condición contractual predispuesta debe llevar aparejada de forma inexorable su abusividad y subsiguiente nulidad, sin entrar a valorar si contraviene la buena fe por generar un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes»⁶⁰. Así

enjuiciamiento de la falta de transparencia material a propósito de abusividad a las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato» [vid. Asúa González (2019: 64-65)].

⁵⁶ Martín Fuster (2020: 6).

⁵⁷ Vid. Marín López (2019: 271-272); Martínez Espín (2021: 5-6); Cadenas Osuna (2021: 1990).

⁵⁸ Vid. Martín Faba (2023: 9-10); Crespo Mora (2023: 11); Martín Fuster (2020: 5).

⁵⁹ Así, la STS 121/2020, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:504), parece apuntar a una interpretación literal de la nueva norma cuando señala que «teniendo en cuenta que cuando se celebró el contrato no estaba en vigor la actual redacción del párrafo segundo del art. 83 TRLCU, que parece equiparar la falta de transparencia a la abusividad, resulta aplicable la jurisprudencia del TJUE que establece que, respecto de los elementos esenciales del contrato (...) una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad» (FJ 4.º- 3). Sin embargo, con pocos meses de separación, la STS 597/2020, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3756), ha manifestado críticamente, tras aplicar al caso la doctrina de que la intransparencia no implica necesariamente abusividad, que «[l]a redacción actual del art. 83 TRLCU no es óbice para ello, pues no estaba en vigor cuando se concertó el contrato de préstamo hipotecario (...) 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*» (FJ 5.º- 1) [vid. Tomillo Urbina (2021: 16-17)].

⁶⁰ Miranda Serrano (2022.b: 6), quien subraya que aquella es, además, una solución de política legislativa admitida en las «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores» [DOUE de 27 de septiembre

pues, el inciso «*en perjuicio de los consumidores*» debe ser interpretado conforme a su tenor literal; es decir, que la sanción de nulidad por intransparencia no alcanzará a aquellas cláusulas impuestas que, aunque oscuras o incomprendidas, resulten inocuas o incluso beneficiosas para el consumidor⁶¹. Por otro lado, debe hacerse notar que, como bien ha apuntado parte de nuestra doctrina, la dicción del artículo 83.II TRLGDCU, en realidad, «huye del debate acerca de si la cláusula no transparente es “directamente” abusiva o merece una abusividad “ponderada” (es decir, si tras comprobar su falta de transparencia es preciso verificar los parámetros propios de las cláusulas abusivas del art. 82.1 y 82.3, como ir contra la buena fe, causar desequilibrio importante de derechos y obligaciones y perjuicio al consumidor; sólo este último se acoge ahora); la nueva regla *no califica la cláusula transparente* [sic] *como abusiva*, directamente dice que es nula si es perjudicial (acogiendo así en alguna medida el postulado del §.307.1.2 BGB alemán)»⁶².

En fin, en lo que hace, por último, al control de contenido, debe tenerse presente que, junto a la regla general de abusividad prevista en el artículo 82.1 TRLGDCU⁶³, el artículo 86 dispone que «*[e]n cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas*», lo que incluye «*[l]a imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario*» (art. 86.7). Es en este precepto en el que, en buena medida, se vienen sustentando las impugnaciones de las cláusulas de renuncia a los beneficios de excusión y división en los contratos de fianza, a partir del razonamiento de

de 2019 (2019/C 323/04)], donde se señala que «[e]l Derecho nacional puede (...) establecer (...) que la falta de transparencia puede llevar directamente a la invalidez de las cláusulas del contrato sin tener que evaluar el carácter abusivo en virtud del artículo 3, apartado 1» (aptdo. 2.1).

⁶¹ Cámara Lapuente (2019: 15).

⁶² Cámara Lapuente (2019: 15-16) (la cursiva es del autor).

⁶³ Según dicho precepto, una cláusula no negociada deberá ser considerada abusiva cuando, en contra de las exigencias de la buena fe, cause en perjuicio del consumidor «*un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*». El desequilibrio determinante de abusividad es, por tanto, jurídico y no económico, y su estándar de ponderación viene conferido por el derecho dispositivo –que representa el modelo de equilibrio concebido por el legislador en abstracto–, lo que significa que una cláusula presentará un «*desequilibrio importante*» cuando se separe considerablemente de él. Dicha desviación debe resultar, por supuesto, perjudicial para el consumidor para poder ser reputada abusiva; pero, además, es preciso que lo sea «*en contra de las exigencias de la buena fe*», es decir, que carezca de justificación y obedezca al exclusivo interés del empresario, lo que deberá ser valorado por el juez «*teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa*» (art. 82.3 TRLGDCU) [Marín López (2022: 782-785); Pertíñez Vilchez (2020: 2001-2004); Cañizares Laso (2022: 1182-1186)].

que, comoquiera que los artículos 1830 y 1837 CC conceden al fiador consumidor tales facultades⁶⁴, la renuncia impuesta por el acreedor sería –presuntamente⁶⁵– abusiva.

La cuestión es que, alegada la abusividad de las cláusulas de renuncia a los beneficios de orden y excusión, el desarrollo argumental del Tribunal Supremo al respecto ha transitado en todos los casos, de manera preliminar, por el examen de transparencia material de tales condiciones. Así, nos encontramos con que, cuando la STS 56/2020, de 27 de enero, se pronuncia por primera vez al respecto de la aplicación de la legislación sobre protección de consumidores y usuarios al contrato de fianza –en el caso, una fianza solidaria en garantía de un crédito hipotecario en la que los cofiadores renunciaban expresamente a los beneficios de excusión y división–, nuestro Alto Tribunal declara que, cuando el fiador actúa como consumidor, «cabe la posibilidad de extender los controles de incorporación y *transparencia material*» a las cláusulas de dicho contrato, «y, *entre ellas, a la cláusula de renuncia de los beneficios de excusión, orden y división (arts. 1831 y 1837), en cuanto afectantes a las obligaciones de pago del fiador*» (FJ 6.º- 4). Por tanto, el Tribunal Supremo parte de la suposición, en congruencia con su doctrina sobre la transparencia material elaborada en torno al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, que la cláusula de renuncia examinada, al definir el riesgo asegurado por el fiador, versa sobre el objeto principal del contrato de fianza; y explica que la aplicación de dicho control no

⁶⁴ Es preciso tener en cuenta que existen discrepancias doctrinales al respecto de si las renunciaciones y limitaciones a derechos reconocidos en las normas dispositivas a que se refiere el artículo 86.7 TRLGDCU incluyen solo los derechos contenidos en la legislación de consumo [Zumaquero Gil (2022: 1292); González Pacanowska (2015: 1259); Pertíñez Vélchez (2020: 2039)], o si, por el contrario, el precepto alude a todo el Derecho privado dispositivo. Esta última tesis resulta coherente con el enunciado del precepto (que se refiere en general a cualquier norma dispositiva), así como con el principio *pro consumatore*, lo que llevaría a interpretar que cualquier separación del régimen dispositivo de la fianza es presuntamente abusiva [vid. Carrasco Perera et al. (2022: 802); Gómez Valenzuela (2021: 663-664); Redondo Trigo (2019: 3156); Pagador y Serrano (2020: 246)].

⁶⁵ A pesar del tenor literal del artículo 86 TRLGDCU, debe entenderse que el precepto no puede conducir por sí solo, y de manera automática, a la declaración de abusividad de la cláusula limitativa o privativa de derechos dispositivos, pues tal intelección del precepto contravendría la regla general de abusividad contenida en el artículo 82.1 TRLGDCU, que requiere un desequilibrio importante contrario a la buena fe [vid., a este respecto, Pertíñez Vélchez (2020: 2005), quien recuerda que, aunque el derecho dispositivo represente el modelo de equilibrio abstracto de referencia, no se puede considerar que su mera contravención «sea motivo suficiente para calificar una cláusula relativa al contenido jurídico del contrato directamente como abusiva», pues «[e]l propio Derecho dispositivo prevé que las partes escojan una regulación distinta, dentro de los límites marcados por la ley imperativa, que se adecue mejor a sus necesidades y preferencias». De ahí que parte de la doctrina haya señalado que el artículo 86.7 TRLGDCU contiene una presunción *iuris tantum*, conforme a la cual la cláusula que, separándose del Derecho privado, imponga al consumidor una renuncia o limitación de sus derechos, resulta abusiva a menos que el empresario predisponente acredite que no causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe [vid. Carrasco Perera et al. (2022: 802)].

tiene por finalidad, en tal caso, permitir al consumidor comparar ofertas en el mercado, sino comprender el alcance del riesgo asumido (FJ 5.º- 4).

Dado que, según hemos visto, el control de transparencia material se traduce en que el consumidor pueda conocer, de manera clara y precisa, el «funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate»⁶⁶ a fin de que pueda calibrar las consecuencias económicas y jurídicas que derivarán de la conclusión del contrato⁶⁷, será preciso verificar que el fiador ha podido comprender el significado de su renuncia para poder considerar que la cláusula es, para dicho consumidor, materialmente transparente⁶⁸. En conformidad con lo anterior, en el caso resuelto por la STS 56/2020, de 27 de enero, el Tribunal Supremo somete la cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división a un verdadero control de transparencia material, pues, una vez cotejado que la misma resulta gramaticalmente transparente, subraya que su contenido no se limita a referirse a dicha renuncia, sino que incorpora una explicación breve y clara que permite al fiador hacerse una idea cabal de la carga jurídica y económica asumida, al expresarse en ella que «(...) afianzan, con carácter solidario, *de suerte que la Caja pueda dirigirse indistintamente contra el acreditado, contra todos los fiadores o contra uno solo de ellos* (...)» (FJ 5.º- 4).

Sin embargo, en muchas de las sentencias dictadas posteriormente sobre la cuestión, se observa que el Alto Tribunal no ha aplicado el control de transparencia material en toda su intensidad, pues, a pesar de afirmar que lo determinante para la transparencia de la cláusula de renuncia es que el fiador comprenda su carga jurídica y económica, se limita a razonar en términos de transparencia formal. Así sucede en la STS 820/2021, de 29 de noviembre, en la que confirma el criterio seguido en instancia, y concluye que la cláusula examinada –que no incluía ninguna explicación concreta sobre su funcionamiento⁶⁹– aparece destacada en el texto y que «el alcance del compromiso obligatorio del fiador,

⁶⁶ Apto. 31 de la STJUE de 16 de marzo de 2023.

⁶⁷ Bastante Granell (2017: 80); Gómez Valenzuela (2021: 652-653).

⁶⁸ En dicha valoración tendrá relevancia la información que haya podido suministrar el acreedor sobre el concreto funcionamiento de la cláusula –incluyendo la explicación que pueda contenerse en el propio contrato de fianza–, pero también adquirirán un cariz relevante todas las circunstancias que puedan haber contribuido a una correcta comprensión de la renuncia por parte de ese concreto consumidor, como su formación o conocimiento profesional [Asúa González (2019: 65)]. Sin embargo, según la STJUE de 16 de marzo de 2023, el «conocimiento generalizado» o la notoriedad de la cláusula no será un elemento que pueda tomarse en consideración para valorar su carácter claro y comprensible (apto. 41).

⁶⁹ La cláusula controvertida rezaba como sigue: «El/los fiadores afianzan solidariamente entre sí, y con igual carácter respecto al deudor/es principal/es, el cumplimiento de todas las obligaciones asumidas por el mismo en este contrato con renuncia expresa a los beneficios de orden, división y excusión».

en cuanto a su contenido esencial de garantía (...) *está delimitado de forma concreta, sin que su conocimiento y posibilidad de comprensión quede dificultada por la extensión, oscuridad o lo farragoso de su contenido*, como puede suceder en el caso de otros contratos más complejos» (FJ 3.º- 3.3). Es decir, se valora que la redacción de la cláusula resultaba gramaticalmente transparente, de forma que habría quedado garantizada la posibilidad de conocimiento de su contenido por el consumidor al tiempo de la celebración del contrato, pero no la comprensión real de su carga jurídica y económica.

En idénticos términos de que la cláusula es formal y gramaticalmente transparente, pero sin llegar a evaluar si la misma⁷⁰ resultaba materialmente inteligible para los consumidores recurrentes, se pronuncia la STS 684/2022, de 19 de octubre (*vid.* FJ 2.º-4). Y lo mismo sucede en la STS 685/2022, de 21 de octubre, en la que se señala, además, como parte del razonamiento sobre la transparencia de la cláusula⁷¹, que «para su comprensión no son necesarios conocimientos financieros o económicos especiales» (FJ 3.º- 3.3); y ello a pesar de que conceptos como «solidaridad», «beneficio de excusión» o «beneficio de división» son claramente técnicos –y repercuten directamente en el riesgo asumido por el fiador–, y a pesar también de que en la STS 56/2020, de 27 de enero, se valoró como elemento concluyente el hecho de que la cláusula no se limitase a mencionar la renuncia a tales beneficios, sino que incorporase una explicación breve y clara sobre sus consecuencias jurídicas y económicas.

Hasta ahí el criterio del Alto Tribunal en cuanto a la transparencia material de la cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división, y, en algunos casos, también en cuanto al carácter solidario del afianzamiento. No obstante, es preciso añadir que, aunque el pronunciamiento favorable sobre la transparencia material de las cláusulas examinadas resultaba suficiente para estimarlas válidas, en varias de las sentencias expuestas el Tribunal Supremo ha emitido una valoración respecto a su posible abusividad; en particular, a la vista de la disposición que establece que será considerada abusiva la imposición de renunciaciones o la limitación de derechos del consumidor.

⁷⁰ El tenor de la cláusula era el siguiente: «Don (...) y doña (...) se constituyen en fiadores solidarios con la parte deudora de todas las obligaciones que esta contrae por la presente escritura, renunciando a los beneficios de excusión, división y cualesquiera otros que pudieran favorecerles, queriendo que su fianza tenga plena eficacia, aunque la Caja de Ahorros (...) no exija a su vencimiento la cantidad debida».

⁷¹ «[L]os fiadores garantiza[n] las obligaciones contraídas por la parte prestataria en esta escritura, en los mismos términos y condiciones en ella expresados, constituyéndose en fiador obligado al pago solidariamente entre sí y con el deudor principal, con renuncia expresa a los beneficios de orden o excusión y división».

Concretamente, lo que el Alto Tribunal ha venido a señalar es que, aunque no cabe excluir *a radice* el control de contenido o abusividad de las cláusulas del contrato de fianza, «no puede obviarse que *tanto la renuncia a la excusión como el pacto de solidaridad están expresamente previstas y autorizadas por el Código civil y que (...) tan Derecho dispositivo es la regulación del Código civil sobre la fianza simple como respecto de la fianza solidaria* (prevista expresamente en el art. 1822.2), y que *el pacto de solidaridad excluye por sí mismo, sin necesidad de renuncia, tanto el beneficio de excusión (art. 1831.2º CC), como el de división (art. 1837.1 CC)*. Por lo que la nulidad de dichas renunciaciones a los beneficios de división, orden y excusión, por su eventual abusividad, en caso de que pudiera estimarse posible a pesar de estar expresamente prevista en el Código, *carecería de todo efecto útil, al coincidir sus efectos con los propios de la fianza solidaria con arreglo a la regulación dispositiva prevista en el propio Código* (art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE)» (FJ 3.º- 5, de la STS 685/2022, de 21 de octubre)⁷².

Para arrojar luz sobre el anterior razonamiento, conviene traer a colación algunos Autos del Tribunal Supremo recaídos sobre esta materia, en los que se inadmitían los recursos de casación interpuestos, fundamentalmente, por solicitarse en ellos la nulidad por intransparente y abusiva de la «cláusula de afianzamiento solidario» en su totalidad (es decir, del contrato de fianza, y no de alguna de sus cláusulas). Tras exponer este motivo de inadmisión, en algunos Autos se explica, a renglón seguido, que «*[t]ampoco procedería la declaración de abusividad del mero “carácter solidario” del negocio en la medida en que la fianza solidaria está prevista en nuestro Código Civil como un negocio jurídico diferenciado y autónomo*» [FJ 3.º del ATS de 2 de noviembre de 2022⁷³]⁷⁴.

Creo que esta es una aclaración esencial que, sin embargo, no se deduce fácilmente de las sentencias previamente referenciadas; y que, puesta en relación con el razonamiento sobre el control de abusividad previamente expuesto, permite derivar dos conclusiones. La primera es que, bajo mi punto de vista, cuando el Tribunal Supremo señala que «*tan Derecho dispositivo es la regulación del Código civil sobre la fianza simple como respecto de la fianza solidaria (prevista expresamente en el art. 1822.2)*», viene a querer decir que tanto la fianza simple como la solidaria presentan una tipicidad

⁷² En idéntico sentido, *vid.* las SSTS 56/2020, de 27 de enero y 820/2021, de 29 de noviembre.

⁷³ Rec. 4403/2020 (ECLI: ES:TS:2022:15167A). En el mismo sentido, *vid.* los AATS de 14 de septiembre de 2022, rec. 1934/2020 (ECLI: ES:TS:2022:12639A) y de 10 de noviembre de 2021, rec. 5740/2018 (ECLI:ES:TS:2021:14971A).

⁷⁴ Carrasco Perera también entiende que «la “solidaridad en la fianza” no es una “cláusula” contractual sujeta a control de contenido ni puede aplicarse el art. 86.7 LGDCU» [Carrasco Perera et al. (2022: 87)].

legal autónoma, y que, en la medida en que «*la fianza solidaria está prevista en nuestro Código Civil como un negocio jurídico diferenciado*», cada una goza de su propio régimen normativo en contraste del cual se deberá valorar si la renuncia a los beneficios de excusión y división resulta o no abusiva⁷⁵. Si, como es lo habitual en el tráfico negocial, el contrato en que dicha cláusula se incluye es una fianza solidaria, la renuncia efectuada carecerá de todo efecto útil, pues la inexistencia de tales beneficios va implícita en el propio régimen de dicha clase de garantía (cfr. arts. 1831.2.º y 1837.II CC), de suerte que no existirán derechos a los que el consumidor haya renunciado cuya abusividad quepa controlar. Por el contrario, en caso de hallarnos en el paradigma de la fianza simple, el modelo dispositivo de contraste sería otro radicalmente distinto, pues aquel sí incluiría, por defecto, los referidos beneficios (cfr. arts. 1831.1.º y 1837.I CC), de forma que la imposición de su renuncia sí caerá en la presunción *iuris tantum* de abusividad contenida en el párrafo primero e inciso séptimo del artículo 86 TRLGDCU. El hecho de que la renuncia a dichos beneficios esté expresamente prevista y autorizada por el Código Civil no desdice en nada lo anterior, pues solo implica que son derechos de los que las partes pueden, en efecto, disponer, con la consiguiente presunción de abusividad en caso de ser impuesta su renuncia a un consumidor.

En cuanto a la segunda conclusión, es la que adelanta el propio ATS de 2 de noviembre de 2022: desde el instante en que se sostenga que la fianza solidaria está «prevista en nuestro Código Civil como un negocio jurídico diferenciado y autónomo», no cabrá declarar la abusividad del “carácter solidario” del contrato de fianza, pues aquel implica la elección por las partes de un tipo contractual específico –con la consiguiente designación del régimen a queda sometido–, y no una mera «cláusula» del contrato cuyo contenido quepa enjuiciar vía abusividad. Además, si la fianza solidaria constituye un régimen autónomo alternativo o *genus* propio, parece que la derivada que de ahí sigue es que, entonces, tampoco cabrá someter la solidaridad de la fianza al control de transparencia previsto en el TRLGDCU; cuestión esta no carente de relevancia, pues, tal

⁷⁵ Por el contrario, Marín López opina que lo que se quiere argumentar con la afirmación de que «*tan Derecho dispositivo es la regulación del Código civil sobre la fianza simple como respecto de la fianza solidaria*», es que la cláusula de renuncia a los beneficios de excusión o división «no se separa del derecho dispositivo, lo que dificulta su consideración como abusiva. Y es que *en el Código Civil no hay un modelo típico de fianza con beneficio de excusión, porque la fianza solidaria, que no goza de ese beneficio, se encuentra en el mismo orden de tipicidad ordinaria normativa que la fianza subsidiaria*» [Carrasco Perera et al. (2022: 807-808)].

y como explicábamos *ut supra*, en los contratos a los que el actual artículo 83.II TRLGDCU resulte aplicable, «[l]as condiciones incorporadas de modo no transparente (...) en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho».

Estas son las principales conclusiones que, a mi parecer, pueden extraerse de la fundamentación seguida por el Tribunal Supremo en las anteriores resoluciones. Ahora bien, si lo anterior es así, es preciso advertir que la argumentación empleada resulta francamente discutible, pues se construye a partir de un razonamiento puramente *formal*, como lo es pretender establecer una escisión entre el régimen correspondiente a la fianza simple y el atinente a la fianza solidaria. Dicha pretendida separación es, en realidad, meramente formal, aparente o lingüística; pero no parece que pueda serlo en términos materiales o jurídicos, pues, de conformidad con el marco provisto por el Código Civil, el régimen general es el correspondiente a la fianza simple. Esta última constituye el modelo que se hallaba presente en la *mens legislatoris* cuando acometió su ordenación en el Código –tal y como se desprende de la propia sistemática y contenido del Título XIV de su Libro Cuarto–, y todas las alternativas que de ahí surgen –como el pacto de solidaridad de la fianza o la renuncia a los beneficios de excusión y división– son meras variantes dentro de ese régimen general. Así pues, la fianza solidaria no configura un tipo contractual autónomo o régimen alternativo, sino que representa una variante de la fianza tipo –la simple– que se alcanza por medio de la inserción del correspondiente pacto contractual. Por consiguiente, igual de intransparente y abusiva puede ser tanto la cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división como el pacto de solidaridad que se incluya en el contrato de fianza; tanto o más, incluso, en este último caso, en que el fiador queda posicionado en una situación mucho más gravosa que la que correspondería a quien solo ha renunciado a los referidos beneficios; y que, por lo demás, no se corresponde con el ideal de fianza que se representa el consumidor medio, coincidente con el modelo tipo previsto en el Código Civil, a saber: que quien es fiador solo responde de manera subsidiaria al deudor principal y cuando el acreedor haya hecho previa excusión de sus bienes.

III.3. La excepcional abusividad de la «cláusula de afianzamiento»: la nulidad del contrato de fianza por la imposición de garantías desproporcionadas

Como explicábamos al comienzo de este epígrafe, conforme a la STS 56/2020, de 27 de enero, no cabe pretender que el contrato de fianza en su totalidad sea declarado nulo

por abusivo. Ahora bien, a pesar de que esta es la conclusión a la que inevitablemente conduce el artículo 82 TRLGDCU y el propio sentido dogmático de la institución de la abusividad, nuestro Alto Tribunal ha manifestado que dicha regla general puede ser objeto de una excepción particular que vendría suministrada, precisamente, por el propio TRLGDCU, al menos cuando se realiza una interpretación flexible de su normativa. En concreto, según la STS 56/2020, de 27 de enero, y todas las que sobre esta materia que le siguen⁷⁶, cuando el contrato de garantía haya sido «incorporado, como si de una cláusula más se tratase, en el contrato del que surge la obligación principal garantizada», aquel quedará sometido al cedazo de la abusividad en caso de que pueda «apreciarse la desproporción de dicha imposición respecto al riesgo asumido por el acreedor, en contra de las exigencias de la buena fe contractual» (FJ 5.º- 4.6).

Esta vía excepcional de control del contrato de garantía por abusividad se fundamenta en una intelección amplia y *pro consumatore* del artículo 88.1 TRLGDCU⁷⁷, a cuyo tenor «[e]n todo caso se consideraran [sic] abusivas las cláusulas que supongan (...) [l]a imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido». Así, aunque conforme al tenor literal de este precepto –y en coherencia con el sentido general del artículo 82 TRLGDCU– solo pueden quedar incursas en dicha presunción de abusividad⁷⁸ las «cláusulas» por las que el empresario imponga garantías desproporcionadas al consumidor, el Tribunal Supremo ha efectuado una interpretación extensiva de la norma a fin de abarcar los contratos de garantía en su plenitud, con base en dos argumentos principales: de un lado, la especial protección que los consumidores requieren en este sector negocial –pues, como reconoce el propio TJUE en el asunto Tarçãu, por medio de los contratos de garantía los consumidores asumen obligaciones que gravan su patrimonio con un riesgo financiero difícil de calibrar–; y, de otro lado, la estrecha dependencia del contrato de garantía con respecto al principal asegurado, que «se traduce en el hecho de

⁷⁶ Vid. las SSTS 820/2021, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4376); 684/2022, de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3751); 685/2022, de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3946); y 638/2023, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1831).

⁷⁷ Interpretación con la que, en lo esencial, ha venido a coincidir la doctrina científica [vid., entre otros, Marín López (2022: 7); Cepero y Estrada (2020: 4-6); Pertíñez Vilchez (2020: 2042); Pagador y Serrano (2020: 245-246); Belhadj-Ben Gómez (2020: 6); Sánchez Hernández (2022: 9)].

⁷⁸ A pesar de la rotundidad de la expresión «en todo caso» que abre el precepto, de su propio contenido se deduce que siempre será precisa una valoración de las circunstancias del caso para poder apreciar la desproporción determinante de nulidad, lo que pone en evidencia el carácter relativo de la abusividad en este supuesto, y, por tanto, su pertenencia al denominado listado de «cláusulas grises» [vid. González Pacanowska (2015: 1307-1309); Pertíñez Vilchez (2020: 2031-2032 y 2040); Pazos Castro (2022: 1312)].

que el riesgo asumido por el fiador queda definido comúnmente por la prestación que integra la obligación del deudor principal, en el hecho de la contextualidad o coetaneidad de ambos contratos (préstamo y fianza), en su formalización conjunta en un mismo documento, y en el hecho de que el común acreedor del deudor principal y del fiador es el que como oferente profesional impone y predispone la redacción de los términos del afianzamiento, según resulta notoriamente de la observación del tráfico jurídico y de las máximas de experiencia» (FJ 5.º- 4.6, de la STS 56/2020, de 27 de enero).

En consecuencia, partiendo del presupuesto de que una interpretación extensiva del artículo 88.1 TRLGDCU resulta posible con base en el principio *pro consumatore* y en la especial protección que requieren los consumidores en este ámbito, la valoración de la desproporción a que se refiere dicho precepto –y que toma como punto de referencia el riesgo crediticio del acreedor predisponente como medida para poder apreciar la existencia de una sobregarantía– se extiende a todas las cauciones que aseguren la obligación principal, incluidas las que puedan derivar de un contrato de garantía perfeccionado con un tercero distinto del deudor asegurado, y aunque la apreciación de desproporción pueda conducir a la nulidad de dicho contrato en su integridad. Por consiguiente, dado que *a)* el riesgo garantizado (y, por tanto, el acreedor predisponente) es el mismo; *b)* existe una sincronía en la celebración del contrato principal y el de garantía que afecta al concreto contenido de las estipulaciones de ambos negocios, y que aconseja que ambos deban ser valorados de manera conjunta⁷⁹; y *c)* el riesgo asumido por el fiador –que es, en definitiva, lo que conduce al Tribunal Supremo a justificar una mayor tuición en su caso– queda definido habitualmente por la extensión de la deuda principal, se concluye que el posible estado de sobregarantía que haya podido procurarse el empresario para asegurar su riesgo debe evaluarse en atención a todas las garantías que aquel haya podido imponer con ocasión de la celebración del contrato principal, aunque no representen una mera cláusula integrante del mismo, sino un contrato diferenciado. No obstante, dadas las excepcionales consecuencias que conlleva la interpretación extensiva

⁷⁹ A estos efectos, el hecho de que la fianza haya podido o no formalizarse en el mismo documento que el contrato principal resulta, en nuestra opinión, irrelevante, por mucho que la STS 56/2020 comentada parezca reservar la aplicación extensiva del artículo 88.1 TRLGDCU a ese supuesto: «A juicio de esta Sala esta previsión es aplicable no sólo a las cláusulas que tengan el carácter de condición general de la contratación, por no haber sido negociadas, en contratos entre profesionales o empresarios y consumidores, sino también, por vía de excepción, al propio contrato de garantía (generalmente fianza o prenda) *que haya sido incorporado, como si de una cláusula más se tratase, en el contrato del que surge la obligación principal garantizada*, cuando pueda apreciarse la desproporción de dicha imposición respecto al riesgo asumido por el acreedor, en contra de las exigencias de la buena fe contractual» (FJ 5.º- 4.6).

propuesta, el Tribunal Supremo advierte que resulta preciso que «pueda apreciarse con claridad la desproporción entre la garantía impuesta y el riesgo asumido por el acreedor» (STS 56/2020, de 27 de enero, FJ 5.º- 4.6).

El supuesto de hecho principal que el Alto Tribunal se está representando a efectos de la interpretación expuesta –y que es el examinado en la STS 56/2020, de 27 de enero, que da inicio a esta doctrina, así como en las posteriores SSTS 685/2022, de 21 de octubre y 638/2023, de 27 de abril– consiste, como hipótesis principal o cuantitativamente más relevante en la práctica⁸⁰, en la imposición cumulativa de una fianza junto a una hipoteca inmobiliaria en garantía del mismo crédito⁸¹. Desde esta perspectiva, tomando como modelo de partida un crédito hipotecario acompañado de una fianza, el Tribunal Supremo ha elaborado un listado abierto de factores que deben tenerse presentes a fin de evaluar la proporcionalidad de la garantía personal impuesta, y que son: 1.º) el importe total de las cantidades garantizadas mediante hipoteca por todos los conceptos (capital, intereses y costas); 2.º) la tasación del inmueble hipotecado; 3.º) las cantidades no cubiertas por la cifra de responsabilidad hipotecaria; 4.º) las limitaciones que impone la legislación del mercado hipotecario en cuanto a la proporción máxima entre la tasación de los inmuebles hipotecados y el capital prestado; 5.º) la solvencia personal de los deudores; 6.º) la correlación entre las mayores garantías y el menor tipo de interés remuneratorio pactado en el crédito como compensación a la disminución del riesgo para el acreedor –dado que el artículo 4.1 de la Directiva 93/13/CEE permite tener en cuenta, a la hora de valorar el carácter abusivo de una cláusula, no solo todas las demás estipulaciones del contrato en cuestión, sino también las que integren «*otro contrato del que dependa*», incluyendo las

⁸⁰ Mas no única, desde luego, pues la valoración de la desproporción de la fianza impuesta exigirá tener presente, además de la posible concurrencia de una garantía real, cualquier otro mecanismo de seguridad que, en sentido amplio, asegure idéntico riesgo crediticio del acreedor empresario –v.gr. que el deudor principal tenga suscrito un seguro de amortización del préstamo– [*vid.*, en este sentido, la SAP Santa Cruz de Tenerife (sección 4.ª) 633/2022, de 24 de junio (ECLI:ES:APTF:2022:597); y al respecto de la noción amplia de «garantía» en el artículo 88.1 TRLGDCU y sus supuestos, González Pacanowska (2015: 1308-1313); Pertíñez Vílchez (2020: 2040-2042); Pazos Castro [2022: 1313-1320)].

⁸¹ Práctica ciertamente frecuente en el ordenamiento español –al que algún autor ha llegado a calificar, con razón, de «multigarantista» de los derechos del acreedor hipotecario [Gálvez Criado (2016: 17)]–, en el que ha existido una clara tendencia por parte de las entidades financieras a robustecer su posición en los préstamos hipotecarios mediante la exigencia de garantías adicionales –usualmente personales, aunque también por medio de hipotecas constituidas por terceros distintos al deudor–, con las que, las más de las veces, se pretendía suplir la reducida o nula solvencia de los solicitantes de crédito a fin de conceder préstamos a quienes difícilmente se hallaban en posición de devolverlos [Gálvez Criado (2016: 17-18 y 28-29); Bastante Granell (2017: 56); Serrano Fernández (2019: 85); Gómez Valenzuela (2021: 632-633)].

relativas al precio (cfr. considerando 19.º de la Directiva)⁸²; 7.º) que el contrato de financiación o de garantía pactado a favor de la entidad financiera se ajuste a su normativa específica –pues, en caso de hacerlo, el artículo 88.1.II TRLGDCU presume que no habrá desproporción–; y 8.º) el riesgo de depreciación del inmueble hipotecado.

En aplicación de los criterios expuestos, la STS 56/2020, de 27 de enero, concluyó que, dado que la hipoteca constituida en el supuesto analizado no cubría la totalidad de las responsabilidades derivadas del crédito por todos los conceptos, la exigencia adicional de una fianza solidaria no podía considerarse desproporcionada, teniendo presente que en el caso no había otros datos que permitiesen apreciar lo contrario –datos tales como, según destaca el propio Tribunal, la solvencia personal de los deudores principales, la alta improbabilidad de insuficiencia del valor de la finca hipotecada para cubrir la deuda o la ausencia de ventajas correlativas a la mayor garantía que representa la fianza (v.gr. una disminución del tipo de interés del crédito o un mayor plazo de amortización)⁸³.

A la vista de los factores valorados, parte de nuestra doctrina ha manifestado la dificultad de que una fianza anexa a una hipoteca pueda calificarse de sobregarantía, teniendo en cuenta que, en una hipoteca a largo plazo, ni puede desdeñarse la posibilidad de que el valor del activo caiga por debajo del montante de deuda subsistente, ni puede excluirse *a priori* la insolvencia sobrevenida de ninguna persona⁸⁴.

No obstante, dado que el juicio de abusividad debe realizarse en consideración de las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato (cfr. art. 82.3

⁸² Al respecto de este criterio, parte de la doctrina ha apuntado que su razón de fondo podría hallarse en evitar caer en una suerte de «control de precios» indirecta o impropia, dada la estrecha conexión que suele existir entre la exigencia de mayores garantías y el precio del préstamo [Cepero y Estrada (2020: 5-9)].

⁸³ La conclusión ha sido idéntica en los otros dos supuestos en los que el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de volver a considerar esta cuestión, y que han sido resueltos en las SSTs 685/2022, de 21 de octubre y 638/2023, de 27 de abril. En el primer caso, se trataba de un préstamo hipotecario destinado a financiar la adquisición de una vivienda cuyo capital principal (299.000 euros) superaba el valor de tasación de la finca (250.000 euros). En estas circunstancias, la entidad financiera requirió la constitución de garantías adicionales; en concreto, la constitución de una segunda hipoteca sobre un inmueble de los padres del deudor principal, así como la prestación de una fianza solidaria por aquellos. El Tribunal Supremo se pronunció acerca de la proporcionalidad de la segunda hipoteca, y suscribió la opinión de la Audiencia de que la misma resultaba proporcionada al riesgo asumido por el acreedor, habida cuenta que el valor de tasación de la finca ni siquiera cubría el capital del préstamo.

En el segundo supuesto –el resuelto por la STS 638/2023, de 27 de abril–, el acreedor requirió la constitución de una fianza solidaria en un préstamo hipotecario en el que el total de responsabilidad hipotecaria ascendía a 315.250 euros y la finca había sido tasada en 281.514,04 euros. En tales circunstancias, dada la insuficiencia del valor de la finca hipotecada para cubrir la deuda, y, nuevamente, sin datos adicionales acerca de la solvencia personal de los deudores principales, el Tribunal Supremo vuelve a concluir que no existe «una desproporción entre las garantías pactadas y el riesgo asumido por el acreedor contraria a las exigencias de la buena fe» (FJ 3.º- 4).

⁸⁴ Marín López (2022: 9).

TRLGDCU)⁸⁵, parece que la proporcionalidad de la fianza deberá valorarse en atención a las condiciones existentes en el momento de su constitución, evitando caer en sesgos retrospectivos motivados por la evolución que hayan podido experimentar posteriormente las garantías prestadas o porque los riesgos finalmente se hayan materializado⁸⁶. En este sentido, en caso de que el valor de tasación de la finca ofrecida como garantía hubiese resultado insuficiente para cubrir las responsabilidades derivadas del préstamo⁸⁷, parece que el elemento esencial que deberá evaluarse para concluir si la fianza adicional exigida por el acreedor resultaba o no proporcionada es la concreta solvencia que presentaba el deudor principal en el momento de serle concedido el crédito⁸⁸, sin que en la valoración de dicho parámetro pueda tener repercusión el hecho de que el deudor haya podido devenir finalmente insolvente⁸⁹.

⁸⁵ Cepero y Estrada (2020: 6)

⁸⁶ Juan Gómez (2022: 5).

⁸⁷ Por el contrario, si el valor de la finca hipotecada se estima suficiente para garantizar lo adeudado, la fianza tendrá todos los visos de conformar una sobregarantía. Así, por ejemplo, en el caso resuelto por la SAP Barcelona (Sección 1.ª) 679/2021, de 29 de noviembre (ECLI:ES:APB:2021:15041), la Audiencia Provincial entendió que, en un préstamo garantizado con dos hipotecas y una fianza solidaria, la garantía personal impuesta resultaba desproporcionada por cuanto el valor conjunto de las dos fincas hipotecadas resultaba suficiente para cubrir el capital prestado, los intereses y las costas del procedimiento.

⁸⁸ A tal efecto, la evaluación positiva de solvencia que obtengan los deudores en el momento de acceder al préstamo se tornará, de hecho, en un elemento fundamental en todos los contratos posteriores a la entrada en vigor de la LCCI que recaigan bajo su ámbito aplicativo, pues, dadas las estrictas exigencias que impone el artículo 11 a dicho respecto –y, en especial, teniendo presente que su apartado cinco dispone que el prestamista «solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato»–, la exigencia de una fianza personal por parte de los acreedores hipotecarios a los consumidores dejará de resultar *a priori* razonable, a efectos del artículo 88.1 TRLGDCU, salvo que se demuestre el alto riesgo de depreciación del inmueble gravado en consideración de sus específicas circunstancias, o que el deudor ha obtenido por esa mayor garantía ventajas correlativas en las condiciones esenciales del crédito –que, al parecer de la STS 56/2020, de 27 de enero, es uno de los parámetros que permite valorar la posible proporcionalidad de la garantía exigida–.

⁸⁹ En este sentido, atendiendo a la importancia del criterio de la solvencia personal del deudor como factor de valoración de la proporcionalidad de las garantías impuestas, la SAP Guadalajara 357/2022, de 13 de septiembre (ECLI:ES:APGU:2022:580), consideró que, en un préstamo garantizado con tres hipotecas, a pesar de que el valor conjunto de tasación de los inmuebles era ligeramente inferior al valor de las responsabilidades hipotecarias, la fianza solidaria impuesta resultaba desproporcionada habida cuenta de la solvencia que presentaba el deudor principal en el momento de constituir el préstamo. Así, según su FJ 3.º, «representando la cuota del préstamo el 35 % de su nómina, el establecimiento de un *afianzamiento personal, solidario e ilimitado de los hipotecantes no deudores en el momento de constituirse sí debe considerarse desproporcionado en relación con el riesgo asumido por el acreedor; contrario a las exigencias de la buena fe*. No debe olvidarse que la fianza personal de los fiadores además de ser solidaria era también sin limitación de tiempo, es decir, que la misma se mantiene hasta que el préstamo se encontrase cancelado por todos los conceptos, durante 40 años. Por ello (...) sí se considera sobregarantía el *afianzamiento personal, solidario e ilimitado asumido por los apelados-fiadores (...), en el sentido de una desproporción entre la garantía y el riesgo asumido por el acreedor*».

En cambio, en la SAP Toledo 144/2021, de 4 de febrero (ECLI:ES:APTO:2021:70), las apreciaciones respecto a la insuficiente solvencia de los deudores hipotecarios condujeron a estimar proporcionada la fianza solidaria impuesta: «para la apreciación de la existencia de desproporción entre la fianza y la garantía

IV. CONCLUSIONES

1. De conformidad con la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo, el fiador –sea simple o solidario– puede ser considerado consumidor, a efectos de los artículos 2.b) de la Directiva 93/13/CEE y 3.1 TRLGDCU, siempre que preste la garantía en un ámbito ajeno a su actividad profesional, con independencia de que la obligación asegurada derive de una operación entre empresarios –salvo que concurran vínculos funcionales que le unan a un deudor principal de tal condición–.

2. Aunque la fianza se presente a menudo en el tráfico como una estipulación integrante del contrato del que deriva la obligación asegurada, aquella representa un contrato diferenciado, y no una mera cláusula o condición de aquel principal, lo que significa que no puede pretenderse su nulidad total por intransparencia o abusividad, salvo que constituya una garantía desproporcionada. No obstante, las cláusulas impuestas al fiador consumidor en el contrato de fianza sí se encuentran sometidas a los controles de transparencia y contenido regulados en los artículos 80 y siguientes del TRLGDCU.

3. El Tribunal Supremo ha venido considerando desde la STS 56/2020, de 27 de enero, que la cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división debe ser objeto de un control de transparencia material, y no solo formal y gramatical, que permita al consumidor comprender el alcance del riesgo asumido. No obstante, aunque en esa primera sentencia se aprecia una verdadera vocación por evaluar si el fiador ha podido hacerse una idea cabal de la carga jurídica y económica asumida, en posteriores pronunciamientos nuestro Alto Tribunal se ha limitado a razonar en términos de transparencia formal y gramatical.

4. Según diversas resoluciones del Tribunal Supremo, el «carácter solidario» de la fianza no puede ser declarado abusivo, en la medida en que la fianza solidaria está prevista en nuestro Código Civil como un negocio jurídico diferenciado y autónomo. Por el mismo motivo, dado que se argumenta que la solidaridad en la fianza no es una cláusula, sino la designación por las partes de un tipo contractual propio, parece que dicho aspecto tampoco podrá ser susceptible de control de transparencia. Por otro lado, si tanto la fianza

(...) no es suficiente solo con una relación meramente aritmética entre la cantidad prestada y el importe de la tasación (...) porque es preciso tener el [sic] cuenta la cantidad total garantizada, la posibilidad de que exista una depreciación del bien (...) y también debe contarse con solvencia personal de los contratantes y sobre esta cuestión es significativo lo que expone el Banco (...): la cuota era de 1.385 euros y la suma de los ingresos de los prestatarios era de 1.440 euros al mes, es decir dejaba poco margen a cualquier eventualidad lo que hace que no se ha demostrado la existencia de desproporción» (FJ 2.º).

simple como la fianza solidaria presentan una tipicidad legal autónoma, de dicha fundamentación se sigue que cada una de dichas figuras dispone de su propio régimen normativo en contraste del cual se deberá valorar si la renuncia a los beneficios de excusión y división resulta o no abusiva. Esto significa que, si el contrato en que dicha cláusula se incluye es una fianza solidaria, conforme a dicho modelo no existirán derechos a los que el consumidor haya renunciado cuya abusividad quepa controlar, pues la inexistencia de tales beneficios va implícita en el propio régimen de dicha clase de garantía (cfr. arts. 1831.2.º y 1837.II CC). Por el contrario, en caso de hallarnos en el paradigma de la fianza simple, el modelo dispositivo de contraste sí incluirá, por defecto, los referidos beneficios (cfr. arts. 1831.1.º y 1837.I CC), de manera que la imposición de su renuncia por parte del acreedor-empresario caerá en la presunción *iuris tantum* de abusividad contenida en el párrafo primero e inciso séptimo del artículo 86 TRLGDCU.

5. La anterior argumentación resulta altamente discutible, pues se construye a partir de un razonamiento puramente formal, como lo es pretender establecer una escisión entre el régimen relativo a la fianza simple y el atinente a la fianza solidaria, cuando, de conformidad con el marco provisto por el Código Civil, el régimen general es el correspondiente a la fianza simple. Esta última constituye el modelo de fianza presente en la *mens legislatoris* cuando acometió su ordenación en el Código – tal y como se desprende de la sistemática y contenido del Título XIV de su Libro Cuarto–, y todas las alternativas que de ahí surgen –como el pacto de solidaridad de la fianza o la renuncia a los beneficios de excusión y división– son meras variantes dentro de ese régimen general. Así pues, la fianza solidaria no configura un tipo contractual autónomo o régimen alternativo, sino que representa una variante de la fianza tipo –la simple– que se alcanza mediante la inserción del correspondiente acuerdo contractual; pacto este último –el de solidaridad– que, de la misma forma que la cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división, resulta susceptible de ser sometido a los controles de transparencia y abusividad.

6. Con carácter excepcional, el Tribunal Supremo ha establecido, a partir de una interpretación amplia y *pro consumatore* del artículo 88.1 TRLGDCU, que el contrato de fianza puede ser declarado nulo por abusivo cuando constituya una garantía desproporcionada. No obstante, dadas las excepcionales consecuencias que conlleva dicha interpretación extensiva, deberá poder apreciarse con claridad la desproporción

entre la garantía impuesta y el riesgo asumido por el acreedor, en consideración de las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato.

Bibliografía

- ÁLVAREZ OLALLA, P. (2018). «Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por resolución judicial contraria a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto de consumidor». *Derecho Privado y Constitución*, 32 (95-132) (<https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.32.03>) (05.06.2023).
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2019). «La falta de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en la contratación con consumidores en el Derecho español». *Anuario de derecho privado* (pp. 33-72).
- BASTANTE GRANELL, V. (2017). «La cláusula de afianzamiento en préstamos hipotecarios: su abusividad a debate». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 3 (pp. 55-94).
- BELHADJ-BEN GÓMEZ, C. (2020). «Pacto de afianzamiento y abusividad. Doctrina del Tribunal Supremo». *Revista Aranzadi Doctrinal*, 5 (pp. 1-15).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2015). «Comentario a los artículos 1 a 7 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias* (Coord.: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO). Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (2.ª edic.) (pp. 47-81).
- CADENAS OSUNA, D. (2021). «La cláusula suelo a debate: análisis crítico del control de consentimiento y contenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 785 (1978-2022).
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario: Primeros apuntes». *Especial Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*. Ed. Wolters Kluwer (pp. 1-21)
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2022). «Comentario a los artículos 1 a 7 TRLGDCU», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, T. I. (Dir.: A. CAÑIZARES LASO y Coord.: L. ZUMAQUERO GIL). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 61-223).
- CAÑIZARES LASO, A. (2022). «Comentario al artículo 82 TRLGDCU», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, T. I. (Dir.: A. CAÑIZARES LASO y Coord.: L. ZUMAQUERO GIL). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 1179-1194).
- CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J. (2022). *Tratado de los derechos de garantía*, T. I y II. Ed. Aranzadi, Cizur Menor (4.ª edic.).
- CASTELLANOS CÁMARA, S. (2022). «La asunción cumulativa de deuda: naturaleza y régimen». *Cuadernos de Derecho Privado*, 4 (pp. 7-52).

- CASTILLA BAREA, M. (2013). «Comentario al artículo 1822 CC», en *Comentarios al Código Civil*, T. IX (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, DIR.). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 12461-12474).
- CEPERO ARÁNGUEZ, M. Á. y ESTRADA NOVO, M. (2020). «El juicio de abusividad de las cláusulas de fianza incorporadas en un contrato de préstamo hipotecario a la luz de la Sentencia núm. 56/2020, de 27 de enero, de la Sala Primera del Tribunal Supremo». *Diario La Ley*, 9637 (pp. 1-17).
- COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a (2020). «Fianza civil y mercantil», en *Tratado de contratos*, T. IV (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, DIR. y N. MORALEJO IMBERNÓN y S. QUICIOS MOLINA, COORDS.). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (3.^a edic.) (pp. 5049-5159).
- CRESPO MORA M.^a C. (2023). «Falta de transparencia de la cláusula contractual de honorarios que tarifica los servicios de abogado por hora: Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de enero de 2023 as. C-395/21: Caso DV contra MA». *La Ley Unión Europea*, 113 (1-22).
- GÁLVEZ CRIADO, A. (2016). «Los terceros garantes en los préstamos hipotecarios con consumidores: deberes de información y de evaluación de la solvencia». *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 144 (pp. 15-52).
- GÓMEZ VALENZUELA, M. Á. (2021). «Examen de las cláusulas abusivas en el contrato de fianza: a propósito de la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 14 (pp. 630-691).
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015). «Comentario a los artículos 80 a 88 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias* (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, COORD.). Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (2.^a edic.) (pp. 1027-1320).
- JUAN GÓMEZ, M. C. (2022). «La frustración de las acciones de nulidad total o parcial de las fianzas solidarias incorporadas en las escrituras de préstamo hipotecario». *Actualidad Civil*, 10 (pp. 1-9).
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2019). «El control de transparencia material», en *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario* (A. CARRASCO PERERA, DIR.). Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (pp. 257-313).
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2022). «Cláusulas abusivas en el contrato de fianza: Las SSTS 684, de 19 de octubre y 685/2022, de 21 de octubre». *Publicaciones Jurídicas CESCO* (1-12) ([https://centrodeestudiosdeconsumo.com/...](https://centrodeestudiosdeconsumo.com/)) (05.06.2023).
- MARTÍN FABÁ, J. M.^a (2023). «Falta de transparencia de una cláusula que fija el precio de los servicios del abogado mediante un sistema de tarifa por hora: Comentario a la STJUE (Sala Cuarta), 12 enero 2023, asunto C-395/21, D.V contra M.A». *Publicaciones Jurídicas CESCO* (1-12) ([https://centrodeestudiosdeconsumo.com/...](https://centrodeestudiosdeconsumo.com/)) (05.06.2023).

- MARTÍN FUSTER, J. (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*, 9748 (1-11).
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2023). «El control judicial de cláusulas abusivas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la luz de la jurisprudencia del TJUE». *Cuadernos de Derecho Privado*, 5 (pp. 68-99).
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2021). «Control de abusividad sobre cualquier elemento del contrato: el fin de las conjeturas». *Publicaciones Jurídicas CESCO* (1-7) (<https://centrodeestudiosdeconsumo.com/...>). (05.06.2023).
- MIRANDA SERRANO, L. M.^a (2022.a). «Consecuencias de la falta de transparencia material de las cláusulas no negociadas individualmente: a propósito de algunas experiencias en el sector financiero». *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, 4 (111-156).
- MIRANDA SERRANO, L. M.^a (2022.b). «¿Hacia un [errático] control de abusividad de las cláusulas predispuestas relativas a los elementos esenciales de los contratos de consumo?». *La Ley Mercantil*, 87 (1-31).
- PAGADOR LÓPEZ, J. y SERRANO CAÑAS, J. M. (2020). «Sobre el carácter abusivo del pacto de solidaridad en la fianza (o la renuncia mediante cláusulas predispuestas a los beneficios de excusión u orden y división). A propósito de las sentencias del TS 56/2020 (RJ 2020/145) y 101/2020 (RJ 2020/39)», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, 0 (pp. 209-254).
- PAZOS CASTRO, R. (2022). «Comentario al artículo 88 TRLGDCU», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, T. I. (Dir.: A. CAÑIZARES LASO y Coord.: L. ZUMAQUERO GIL). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 1309-1326).
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2020). «Los contratos de adhesión», en *Tratado de contratos*, T. II (Dir.: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y Coord.: N. MORALEJO IMBERNÓN y S. QUICIOS MOLINA). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (3.^a edic.) (pp. 1951-2077).
- REDONDO TRIGO, F. (2019). «De nuevo sobre la fianza y consumidores». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 776 (pp. 3155-3170).
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (2022). «El garante vulnerable: ¿Nulidad por error o nulidad parcial por abusividad de la llamada “Cláusula de Afianzamiento”? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a), núm. 745/2021, de 2 de noviembre. *Revista de Estudios Jurídicos*, 22 (pp. 1-14) (<https://doi.org/10.17561/rej.n22.7515>) (05.06.2023).
- SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2019). «El prestatario, el fiador o el garante en la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario». *Revista de Derecho Civil*, 2 (pp. 51-97).
- TOMILLO URBINA, J. (2021). «Algunas cuestiones de abusividad en préstamos hipotecarios». *Revista de Derecho Patrimonial*, 55 (pp. 1-39).
- ZUMAQUERO GIL, L. (2022). «Comentario al artículo 86 TRLGDCU», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, T. I. (Dir.:

A. CAÑIZARES LASO y Coord.: L. ZUMAQUERO GIL). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 1279-1293).

Relación jurisprudencial

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE (Sala 4.^a) de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21) (ECLI:EU:C:2023:212)

STJUE de 26 de enero de 2017 [asunto C-421/14 (caso Banco Primus)] (ECLI:EU:C:2017:60)

ATJUE (Sala 10.^a) de 14 de septiembre de 2016 [asunto C-534/15 (caso Dumitras)] (ECLI:EU:C:2016:700)

STJUE (Sala 9.^a) de 15 de enero de 2015 (asunto C-537/13) (ECLI:EU:C:2015:14)

STJUE (Sala 1.^a) de 30 de mayo de 2013 (asunto C-488/11) (ECLI:EU:C:2013:341)

STJUE (Sala 5.^a) de 17 de marzo de 1998 (asunto C-45/96) (ECLI:EU:C:1998:111)

ATJUE (Sala 6.^a) de 19 de noviembre de 2015 [asunto C-74/15 (caso Tarçãu)] (ECLI:EU:C:2015:772)

Tribunales españoles

Tribunal Constitucional

STC (Sala 1.^a) 75/2017, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:2017:75)

Tribunal Supremo

STS (Sala 1.^a) 744/2021, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:3969)

STS (Sala 1.^a) 599/2020, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3631)

STS (Sala 1.^a), Pleno, 597/2020, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3756)

STS (Sala 1.^a) 595/2020, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3613)

STS (Sala 1.^a) 204/2020, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1438)

STS (Sala 1.^a) 203/2020, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1441)

STS (Sala 1.^a) 121/2020, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:504)

STS (Sala 1.^a) 23/2020, de 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:98)

STS (Sala 1.^a) 56/2020, de 27 de enero (ECLI:ES:TS:2020:164)

STS (Sala 1.^a) 414/2018, de 3 de julio (ECLI: ECLI:ES:TS:2018:2566)

STS (Sala 1.^a) 314/2018, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2018:1901)

STS (Sala 1.^a) 594/2017, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:3956)

STS (Sala 1.^a) 241/2013, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:1916)

ATS (Sala 1.^a) de 2 de noviembre de 2022 (rec. 4403/2020) (ECLI: ES:TS:2022:15167A)

ATS (Sala 1.^a) de 14 de septiembre de 2022 (rec. 1934/2020) (ECLI: ES:TS:2022:12639A)

ATS (Sala 1.^a) de 10 de noviembre de 2021 (rec. 5740/2018) (ECLI:ES:TS:2021:14971A).

Audiencias Provinciales

SAP Barcelona (Sección 1.^a) 679/2021, de 29 de noviembre (ECLI:ES:APB:2021:15041)

SAP Guadalajara 357/2022, de 13 de septiembre (ECLI:ES:APGU:2022:580)

SAP Madrid 206/2013 (Sección 12.^a) de 14 de marzo (ECLI:ES:APM:2013:4248)

- SAP Santa Cruz de Tenerife (sección 4.^a) 633/2022, de 24 de junio (ECLI:ES:APTF:2022:597)
- SAP Toledo 144/2021, de 4 de febrero (ECLI:ES:APTO:2021:70)
- AAP Asturias (Sección 5.^a) 198/2015, de 6 de julio (ES:APO:2015:2135)
- AAP Asturias (Sección 1.^a) 248/2012, de 2 de julio (ES:APO:2010:1676)
- AAP Castellón (Sección 3.^a) 4/2015, de 29 de enero (ECLI:ES:APCS:2015:4A)
- AAP Las Palmas (sección 5.^a) 344/2016, de 4 de julio (ECLI:ES:APGC:2016:75A)
- AAP Las Palmas (Sección 5.^a) 13/2016, de 22 de enero (ES:APGC:2016:4A)
- AAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a) 177/2015, de 14 de julio (ES:APTF:2015:1715)
- AAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a) 143/2014, de 14 de julio (ES:APTF:2014:111A)
- AAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a) 10/2015, de 14 de enero (ES:APTF:2015:42A)
- AAP Valencia (Sección 6.^a) 535/2015, de 21 de diciembre (ECLI:ES:APV:2015:535A)

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL (VII): SEPTIEMBRE-DICIEMBRE 2023

JOSÉ-RAMÓN GARCÍA VICENTE

Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, *Civil*
Catedrático de Derecho Civil (en excedencia)

Cómo citar / Citation

García Vicente, J. R. (2023).

Cuadernos de Derecho Privado, 7, pp. 153-172

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.53>

(Recepción: 18/12/2023; aceptación: 28/12/2023; publicación: 31/12/2023)

Resumen

En esta Crónica se da cuenta especialmente de las dos últimas sentencias del Pleno del Tribunal Supremo, 1443/2023, de 20 de octubre y 1444/2023, de 20 de octubre, sobre la curatela con facultades representativas de las personas con discapacidad. Así como de la sentencia 1512/2023, de 31 de octubre, relativa a la responsabilidad por deudas sociales de los administradores de sociedad de capital, sentencia que elige el régimen jurídico de la prescripción de la acción a partir de su naturaleza jurídica de responsabilidad adicional o de verdadera fianza legal. En fin, se refieren, en apretada síntesis, las sentencias más sobresalientes del periodo considerado.

Palabras clave

Beneficio de justicia gratuita; cláusulas abusivas; concepto de consumidor; crédito revolving; curatela representativa; discapacidad; interpretación del contrato; liquidación sociedad de gananciales; prescripción acción responsabilidad por deudas; responsabilidad administradores por deudas sociales.

Abstract

In this Chronicle of the latest Supreme Court case-law, we especially discuss the two last judgements of the Full Court (STS 1443/2023, October 20, and STS 1444/2023, October 20) on the new representative curatorship of people with disabilities. Additionally, we include a short report about judgment 1512/2023, October 31, on the liability of company administrators for debts of the corporation. This decision chooses the statute of limitations to be applied to the case on the basis of the legal nature of the administrators' liability, which is considered to be a legal guarantee. Other interesting judgments of the period are also included in a brief overview.

Keywords

Legal aid, unfair contract terms, definition of consumer, revolving credit, representative curatorship, disability, interpretation of contracts, community of property liquidation, statute of limitations applicable to liability for company debts, liability of administrator for company debts.

1.- La marea de litigios -existentes o probables- en que estamos sumergidos tienta, a veces, a querer regresar al primario estado de naturaleza, en el que venzan los más fuertes -o los que tengan más excitada su pulsión por la supervivencia-; o tal vez a dejarse deslumbrar por mitos o ritos, como formas de alcanzar una solución, sin que importe gran cosa cuál sea su catadura moral o si se concilia con, al menos, las reglas de la buena educación. Les invito a leer la obra de W. G. GOLDING, *El señor de las moscas*, y la entretenida y sustanciosa reflexión de [J.A. GARCÍA AMADO: “Las reglas, la razón y la fuerza: a propósito de “El señor de las moscas” de William Golding”](#), *Revista Jurídica de la Universidad de León, Anales de la Facultad de Derecho* 1 (1997), pp. 115 ss.

En tiempos sombríos -como los que vivimos- es momento de perseverar en la razón y que confiemos, que sigamos haciéndolo, en la prudencia de las reglas legítimas que nos hemos dado.

2.- Las sentencias de pleno en este periodo -que concluye con las sentencias con fecha de noviembre- han sido las que menciono enseguida. Damos cuenta de todas, aunque solo examinaremos dos de ellas con algún detalle en el apartado 3 de esta *Crónica*.

La [sentencia 1215/2023, de 4 de septiembre](#) (R. Sarazá Jimena) examina la concurrencia de un proceso ordinario que sucede a uno de ejecución. En el ordinario se impugna la validez de una cláusula abusiva que no se consideró en la ejecución -aunque puede examinarse siempre tanto de oficio como a instancia de parte- y afirma en su fundamento de derecho 3.º:

“[5] Por tanto, no existiendo una resolución firme, dictada en el proceso de ejecución, que contenga un pronunciamiento expreso y motivado, al menos sucintamente, que enjuicie, de oficio o a instancia de parte, el carácter abusivo de la cláusula de interés de demora, ya sea para declarar su carácter abusivo, ya sea para rechazarlo, no existe litispendencia ni cosa juzgada, ni se ha producido la preclusión respecto de la posibilidad de solicitar la nulidad de tal cláusula, por abusiva, en un proceso ordinario.

[6] No obstante, esta posibilidad de promover un proceso declarativo sobre el carácter abusivo de la cláusula de un contrato que esté siendo o haya sido objeto de un proceso de ejecución no debe suponer ningún perjuicio para los derechos que en el proceso de ejecución se reconocen a los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado o embargado respecto del remanente que pueda existir una vez entregado el precio del remate al ejecutante (arts. 672 y 692 de la LECiv).

Debe existir una coordinación entre ambos procesos para evitar que, en caso de que en el proceso declarativo se dicte una sentencia que declare el carácter abusivo de la cláusula

de interés de demora (o de otra cláusula que dé derecho a la restitución, como puede ser la cláusula suelo o la de gastos) y la restitución por el predisponente (ejecutante en el proceso de ejecución y demandado en el proceso declarativo sobre la nulidad de la cláusula abusiva) de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula abusiva (que en realidad deberían haber minorado en el proceso de ejecución la cantidad que debe entregarse al ejecutante), resulte perjudicado el derecho de esos terceros con derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado o embargado respecto del remanente que habría existido en el proceso de ejecución de haberse apreciado en el mismo el carácter abusivo de la cláusula.

Por tanto, para que en ese proceso declarativo pueda hacerse entrega al consumidor de las cantidades cuya restitución tiene su causa en la declaración de nulidad de la cláusula abusiva realizada en la sentencia, habrá de acreditarse que en el proceso de ejecución no existen terceros con derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado o embargado, que tengan derecho a la entrega del remanente en el proceso de ejecución y cuyo derecho no haya sido satisfecho”.

Por su parte, en la [sentencia 1216/2023, de 7 de septiembre](#) (J. M^a Díaz Fraile) se debate, con carácter principal, si debe abonarse por el ejecutante adjudicatario en subasta desierta la diferencia entre el valor de tasación y el importe por el que se adjudicó el bien, al entender que se trata de un enriquecimiento injustificado. La doctrina de la sala sobre la proscripción de enriquecimiento sin causa se compendia, según dice la sentencia en el fundamento de derecho 5.º, apartado 5, en la [sentencia 352/2020, de 24 de junio](#), sentencia del mismo ponente.

La sentencia recuerda la doctrina de que solo podría advertirse y restituirse un enriquecimiento injustificado en el siguiente supuesto:

“cuando, tras la adjudicación, y en un lapso de tiempo relativamente próximo, el acreedor hubiera obtenido una plusvalía muy relevante, pues este hecho mostraría que el crédito debía haberse tenido por satisfecho en una proporción mayor, y al no serlo, el acreedor obtiene un enriquecimiento injusto con la plusvalía, o por lo menos con una parte de la misma” (fundamento de derecho 6.º, apartado 2).

En fin, la [sentencia 1217/2023, de 7 de septiembre](#) (con ponencia, también, de J. M^a Díaz Fraile) afirma que el juicio de desahucio no es idóneo para obtener el lanzamiento del deudor ejecutado ocupante del inmueble por quien no puede ser considerado un tercero ajeno al ejecutante -y se remite a las sentencias [999/2023, de 20 de junio](#) y [1128/2023, de 10 de julio](#), ambas con ponencia de J. L. Seoane Spielberg-.

La clave radica en una conducta reiterada de la sociedad actora, perteneciente al mismo grupo societario que la ejecutante hipotecaria (cedente del remate), que recurre al juicio de desahucio para no sujetarse a las normas singulares de tutela del deudor hipotecario -en particular a las previsiones de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*-.

Como he dicho más arriba en especial daremos cuenta en esta *Crónica* de las siguientes dos sentencias de pleno: [1443/2023, de 20 de octubre](#) (I. Sancho Gargallo) y [1444/2023, de 20 de octubre](#) (M.^a Á. Parra Lucán) -*sub* 3-, referidas ambas a casos de curatela con facultades representativas.

Como en otras ocasiones también referiré alguna de las sentencias más notables del periodo. Y en esta oportunidad, con algún detalle, la interesante [sentencia 1512/2023, de 31 de octubre](#) (Pedro Vela Torres) sobre la prescripción de la responsabilidad por deudas sociales del administrador social contemplada en el (hoy) artículo 367 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 10 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital* (LSC, en adelante) -*sub* 4-. La pregunta sobre la naturaleza jurídica de esta responsabilidad decide y delimita su régimen jurídico hasta el punto de ser el elemento principal al tiempo de elegir las reglas de prescripción a que se somete. Por último, y en apretada síntesis, daré noticia de algunas otras sentencias que revisten interés, que reiteran doctrina ya conocida o que invitan a reflexionar y que divido en sucesivos epígrafes con el propósito -que tal vez no consiga- de facilitar su lectura -*sub* 5 a 8-.

3.- Las sentencias de pleno relativas a ciertos aspectos de la curatela en aquellos casos en que la guarda de hecho no satisface -o no es la medida más conveniente para prestar- el apoyo que necesita la persona discapacitada son las dos siguientes:

(i) La primera, la [sentencia 1443/2023, de 20 de octubre](#) (I. Sancho Gargallo). El Ministerio fiscal -único recurrente-, alegó como motivo de casación, la infracción de los artículos 255, 263 y 269 del CC, conforme a la redacción dada a estos preceptos por la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*.

En el caso el hijo del discapacitado -un viudo de 92 años con un grave deterioro cognitivo que no disfruta de la mínima autonomía personal, léanse los antecedentes, fundamento de derecho 1.º, apartado 2- con el que convive pide que disponga de una curatela

representativa amplia en el ámbito personal y patrimonial. Así lo acordó la sentencia de instancia. Se opuso el Ministerio fiscal -y apeló- al considerar que la guarda de hecho que ejerce el propio hijo ya es bastante, sin que se precise como medida de apoyo actual la curatela representativa que se impone sin justificación adicional y en previsión de actos futuros para los que, afirma el fiscal, basta el artículo 287 CC, en relación con los artículos 61 y siguientes de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de Jurisdicción Voluntaria* -esto es, si necesita más facultades respecto a actos concretos, basta, según el fiscal, con que pida autorización judicial-. La Audiencia desestimó el recurso del fiscal y confirmó la sentencia de instancia.

Recordemos el tenor literal del artículo 255, párrafo cuarto CC: *“Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”*.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. Las razones se exponen en el fundamento de derecho 2.º de la sentencia:

“[2] El actual art. 250 CC prevé que las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen puedan ser no sólo las de naturaleza voluntaria y las de provisión judicial (curatela y defensor judicial), sino también la guarda de hecho. Este mismo precepto concibe la guarda de hecho como «una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente». Desde esta perspectiva, la guarda de hecho se configura con una vocación subsidiaria o complementaria a cualquier otra forma de apoyo, voluntaria o judicial, en defecto de estas o cuando no cubran todas las necesidades de la persona.

Al mismo tiempo, el art. 255 CC, al regular las medidas voluntarias de apoyo, concluye con un último párrafo, el quinto, que restringe las medidas judiciales:

«Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias».

Bajo la lógica de este precepto, siempre y cuando las medidas voluntarias sean suficientes, no cabrá adoptar medidas judiciales porque no son necesarias. Podrían serlo, si las medidas voluntarias fueran insuficientes, respecto de las necesidades de apoyo no cubiertas, y en ese caso cabría su adopción. Pero también forma parte de la ratio de la norma que la provisión judicial no deviene precisa si las necesidades, de carácter asistencial y de representación, generadas por la discapacidad están satisfechas por una guarda de

hecho. Esto es lo que sucedía en el supuesto resuelto por la sentencia [66/2023, de 23 de enero](#) [M.^a Á. Parra Lucán], en que la guarda de hecho prestada por el hijo era suficiente y no se precisaba la constitución del apoyo judicial en el proceso promovido por el Ministerio Fiscal.

[3] Conforme al sistema de provisión de apoyos instaurado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, si existe una guarda de hecho que cubre de manera adecuada todas las necesidades de apoyo de la persona, en principio, deja de ser necesario constituir un apoyo judicial, porque la guarda de hecho es un medio legal de provisión de apoyos, aunque no requiera de una constitución formal.

Pero esta previsión no puede interpretarse de forma rígida, desatendiendo a las concretas circunstancias que rodean a la persona necesitada de apoyos y la persona que los presta de hecho. Si bien es claro que existiendo una guarda de hecho que cubre suficientemente todas las necesidades de la persona con discapacidad, no es necesario la constitución judicial de apoyos, no lo es tanto que queden excluidas en todo caso.

[4] El caso objeto de enjuiciamiento es paradigmático: la persona necesitada de apoyos tiene más de 95 años y sufre un deterioro cognitivo con ..., que ha provocado que necesite apoyos asistenciales y de representación; esta persona convive desde hace muchos años con su hijo único, soltero, que *de facto* desarrolla hasta ahora esas funciones de apoyo; es quien hasta ahora hacía de guardador de hecho el que pone de manifiesto ante el juzgado que para seguir desarrollando su función precisaría pasar a ser curador con representación, en la medida en que le facilitaría su labor, sobre todo en el ámbito patrimonial. La sentencia que ahora se recurre resalta, entre las circunstancias relevantes del caso que justifican la adopción formal de la medida de apoyo, que, como consecuencia de su demencia senil, Norberto «se escapa de la casa sin avisar», aprovechando que su hijo está trabajando, y que «se va al banco a sacar dinero o abrir nuevas cuentas -sin saber qué, para qué y por qué- y adoptar distintos sistemas de gestión, lo que supone un riesgo por (su) vulnerabilidad».

Si interpretáramos de forma rígida la norma (último párrafo del art. 255 CC), descontextualizada, negaríamos siempre la constitución de una curatela si en la práctica existe una guarda de hecho; lo que se traduciría en que al revisar las tutelas anteriores, se transformarían de forma automática todas ellas en guardas de hecho. Esta aplicación rígida y automática de la norma es tan perniciosa como lo fue en el pasado la aplicación de la incapacidad a toda persona que padeciera una enfermedad o deficiencia, de carácter físico o psíquico, que le impidiera gobernarse por sí mismo, al margen de si, de acuerdo con su concreta situación, era preciso hacerlo.

En situaciones como la que es objeto de enjuiciamiento y en algunas otras de revisión de tutelas, hay que evitar esta aplicación automática de la ley. Es necesario atender a las

circunstancias concretas, para advertir si está justificado la constitución de la curatela (y en otro contexto de revisión de tutelas anteriores, la sustitución por una curatela) en vez de la guarda de hecho.

Al respecto, es muy significativo que quien ejerce la guarda de hecho ponga de manifiesto su insuficiencia y la conveniencia de la curatela, no en vano es quien de hecho presta los apoyos. Máxime cuando esta persona forma parte del núcleo familiar más íntimo, en nuestro caso es el hijo único.

La interpretación de la norma no debe dar lugar a situaciones contraproducentes para la persona (que precisa de unos apoyos como consecuencia de una discapacidad) cuyos intereses pretende tutelar la norma. A la postre, deben adoptarse las medidas más idóneas para esa persona. Se da la circunstancia de que esta persona, por su situación, no manifiesta voluntad, deseo o preferencia que no sea seguir conviviendo con su hijo. Lo esencial es la prestación del apoyo que precisa y a cargo de quien prefiere que le asista y represente, sin que su provisión judicial tenga una connotación negativa, como tampoco la tiene la provisión voluntaria de apoyos o la propia guarda de hecho.

De tal forma que, del mismo modo que no es necesario constituir una curatela cuando los apoyos que precisa esa persona están cubiertos satisfactoriamente por una guarda de hecho, nada impide que, aun existiendo hasta ahora una guarda de hecho, pueda constituirse una curatela, si las circunstancias del caso lo muestran más conveniente para prestar mejor ese apoyo.

[5] Lo argumentado hasta ahora, que corrobora la procedencia de lo resuelto en la sentencia recurrida, no entra en contradicción con las otras dos normas que se denuncian infringidas, los arts. 263 y 269 del CC.

El art. 263 CC, al regular la guarda de hecho, prevé la compatibilidad de la guarda de hecho con las medidas de apoyo voluntarias o judiciales, respecto de aquellas necesidades no cubiertas por estas últimas. Esta norma no impide que el guardador de hecho solicite formalizar judicialmente la prestación del apoyo, mediante su nombramiento como curador, con las mismas funciones asistenciales y de representación que hasta ahora prestaba como guardador. Son reglas complementarias.

El art. 269 CC, dentro de la regulación de la curatela, prescribe en el párrafo primero que la curatela se constituirá “mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”. Como ya hemos hecho al interpretar el último párrafo del art. 255 CC, la norma se entiende bajo la lógica de que la insuficiencia de un apoyo informal, como es la guarda de hecho, aflora también cuando quien lo presta lo pone de manifiesto y advierte la conveniencia de una constitución formal del

apoyo, que facilite en sus específicas circunstancias prestar su función de asistencia y representación del mejor modo”.

Nos permitimos subrayar las siguientes afirmaciones de la sentencia -que reitera, con buen sentido, la siguiente sentencia de pleno, *ad pedem litterae*- que posiblemente deban ilustrar el entendimiento de la realidad que subyace a la discapacidad y, por ende, de su régimen jurídico. Así, por un lado, la interpretación de la norma no debe dar lugar a situaciones contraproducentes para la persona (que precisa de unos apoyos como consecuencia de una discapacidad) cuyos intereses pretende tutelar la norma. Por otro lado, la provisión judicial de apoyos no tiene una connotación negativa, como tampoco la tiene la provisión voluntaria de apoyos o la propia guarda de hecho.

Las restricciones justificadas (y proporcionadas) en una necesidad -que también procuran de modo realista delimitar la carga del guardador y facilitar el ejercicio del apoyo- son también garantía eficaz de la libertad del discapaz.

(ii) La segunda, la [sentencia 1444/2023, de 20 de octubre](#) (M.^a Á. Parra Lucán) abunda en las mismas consideraciones que la sentencia anterior.

También en este caso el Ministerio Fiscal interpone el recurso de casación frente a una sentencia que aceptó la curatela representativa pedida por la esposa del discapaz -este había sufrido un accidente cerebro vascular con empeoramiento conductual notable, hasta el punto de que era “una persona completamente dependiente, que precisa ayuda y supervisión de su esposa para las actividades esenciales de la vida diaria”, fundamento de derecho 1.º, apartado 1-.

Los preceptos invocados por el Ministerio Fiscal son los mismos “al constituir [la sentencia recurrida] una medida judicial representativa que alcanza a aspectos de la vida cotidiana eludiendo el presupuesto de excepcionalidad de la curatela representativa frente a la asistencia que se configura como medida de apoyo judicial preferente”. La sentencia de instancia había considerado bastante la guarda de hecho desempeñada por la esposa y, por ende, había denegado la curatela representativa pedida. La sentencia de apelación revierte este pronunciamiento y acepta la curatela representativa pedida por la esposa.

La sentencia del Tribunal Supremo se pronuncia en primer lugar sobre la interpretación que merece el último párrafo del artículo 255 CC, en el fundamento de derecho (y reitera con los mismos términos las reglas que se expusieron por la sentencia anterior en su fundamento de derecho 2.º, apartados 4 y 5):

“[2] Bajo la lógica de este precepto, siempre y cuando las medidas voluntarias sean suficientes, no cabrá adoptar medidas judiciales porque no son necesarias. Podrían serlo, si

las medidas voluntarias fueran insuficientes, respecto de las necesidades de apoyo no cubiertas, y en ese caso cabría su adopción. Pero también forma parte de la ratio de la norma que la provisión judicial no deviene precisa si las necesidades de carácter asistencial y de representación, generadas por la discapacidad, están satisfechas por una guarda de hecho. Esto es lo que sucedía en el caso de que se ocupó la sentencia [66/2023, de 23 de enero](#) [M.^a Á. Parra Lucán], en el que la guarda de hecho prestada por el hijo era suficiente y no se precisaba la constitución del apoyo judicial en un proceso promovido por el Ministerio fiscal.

[3] Conforme al sistema de provisión de apoyos instaurado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, si existe una guarda de hecho que cubre de manera adecuada todas las necesidades de apoyo de la persona, deja de ser necesario constituir un apoyo judicial, porque la guarda de hecho es un medio legal de provisión de apoyos, aunque no requiera de una constitución formal.

Pero esta previsión no puede interpretarse de forma rígida, desatendiendo a las concretas circunstancias que rodean a la persona necesitada de apoyos y la persona que los presta de hecho. Si bien es claro que existiendo una guarda de hecho que cubre suficientemente todas las necesidades de la persona con discapacidad no es necesaria la constitución judicial de apoyos, la existencia de una guarda de hecho no excluye en todo caso la constitución de un apoyo judicial.

[4] Esto es lo que sucede en el caso objeto de enjuiciamiento. La persona necesitada de apoyos presenta limitaciones para expresar su voluntad, deseos, preferencias; presenta limitaciones a la hora de tomar decisiones de manera autónoma, es una persona vulnerable y sus capacidades cognitivas-volitivas están condicionadas por la patología que presenta; en relación con la intensidad del apoyo, requiere el apoyo más intenso (representación) en las áreas económico-jurídico- administrativo y salud. Es la persona que convive con él y que ha venido haciendo de guardadora de hecho la que pone de manifiesto ante el juzgado que para seguir desarrollando su función precisaría pasar a ser curadora con representación, en la medida en que le facilitaría su labor, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial. En su escrito de oposición al recurso de casación del Ministerio Fiscal, la esposa explica los problemas diarios que afronta para realizar gestiones en nombre de su esposo, en las que debería firmar él, pero que no comprende ni tiene el menor interés, porque no comprende el valor del dinero, y que la esposa soluciona firmando "con autorización tácita" del esposo. Es cierto que la regulación de la guarda de hecho permite al guardador de hecho solicitar y obtener una autorización judicial para actuar en representación de la persona con discapacidad, y que la autorización puede comprender uno o

varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo (art. 264 CC), pero cuando por la discapacidad que afecta a la persona no puede prestar consentimiento y es precisa de manera diaria la actuación representativa de quien presta el apoyo, es obvio que la necesidad de acudir al expediente de previa autorización judicial de manera reiterada y continua revela la insuficiencia de la guarda de hecho, la falta de agilidad en su actuación y en el desempeño de la prestación de apoyos, su falta de adecuación a la necesidad del apoyo requerido y, en consecuencia, la conveniencia de una medida judicial. Por lo que se refiere al ámbito sanitario y de la salud, el art. 9.3.a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, permite el consentimiento por representación “cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”. Ese consentimiento por representación, que según los hechos acreditados en la instancia debe ser prestado en atención a la discapacidad que afecta a Ruperto, está en función de que en cada caso el médico valore que el paciente no puede tomar decisiones. Además, no es de extrañar lo que la esposa refiere sobre las ocasiones en las que se le ha limitado información médica. Legalmente, el titular del derecho a la información es el paciente, por mucho que la ley permita que cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se ponga en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, así como que sean informadas las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita (art. 5 de la Ley 41/2002). De ahí que, partiendo de los hechos acreditados en la instancia acerca de la falta de habilidades en el ámbito sanitario y de la salud de Ruperto, su incapacidad para interpretar la información y para tomar decisiones, resulta conveniente que la esposa, para tomar las decisiones precisas en cada caso pueda contar con la representación que le ha conferido la sentencia recurrida, tanto para recibir información como para tomar decisiones”.

Se pronuncia en el apartado 6 del fundamento de derecho 2.º por la invocación en el recurso de casación del carácter excepcional de la medida y su vinculación exclusiva al ámbito patrimonial:

“[6] El recurso de casación contiene un motivo segundo planteado de manera subsidiaria para el caso de que se mantenga la curatela. Se argumenta que la medida judicial representativa debe ser excepcional frente al modelo asistencial y que resulta

desproporcionado constituir una curatela en el ámbito de las actividades cotidianas y en el ámbito sanitario, por lo que en el caso de que se constituya la curatela se solicita se restrinjan las funciones representativas al seguimiento y control de las cuentas corrientes y productos financieros, control de ingresos y gastos y los actos previstos en el art. 287 CC, por ser los únicos en los que Ruperto precisaría de un apoyo sustitutivo de la voluntad al afectar su enfermedad al proceso cognitivo de formación y manifestación de la misma. El motivo no es respetuoso con los hechos acreditados en la instancia, pues la patología que padece Ruperto no solo afecta a su esfera patrimonial, sino también a la toma de decisiones en su esfera personal, cotidiana (qué comer, qué ropa ponerse, a lo que se refiere el fiscal en su oposición al recurso, así como con quién quiere hablar por teléfono, lo que según los informes aportados no puede realizar) y sanitaria. Ello con independencia de que, por lo que se refiere al modo de actuar, el art. 249.II CC sienta como criterio general que “las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera» y que, cuando no sea posible determinar esa voluntad, «en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración”.

4.- Una de las sentencias más importantes de este periodo es la referida al plazo de prescripción al que se sujeta la responsabilidad (“solidaria”) por las deudas sociales contemplada en el (hoy) artículo 367 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 10 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital*. Se trata de la [sentencia 1512/2023, de 31 de octubre](#) (P. J. Vela Torres) que cuenta ya con varios comentarios. Entre ellos baste mencionar ahora los dos siguientes: por un lado, el de [M. GARCÍA-VILLARRUBIA](#) y, por otro, el de [F. PANTALEÓN](#), ambos en *almacénedederecho.org*.

La sentencia establece el plazo al que se sujeta esta responsabilidad, de ejercicio muy frecuente entre nosotros en razón, entre otras cosas, de la notable infracapitalización que sufren las sociedades y de su subsistencia muchas veces al filo de su insolvencia; o, tal vez, porque abunda entre una cultura societaria de abandono de los deberes que pesan sobre cualquier administrador social; o, en fin, porque la acción de responsabilidad individual tiene notables limitaciones en caso de créditos impagados.

Las opciones respecto al plazo de prescripción de esta acción de responsabilidad, después de promulgada la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, *por la que se modifica la Ley*

de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo, que introdujo el artículo 241 *bis* LSC -recuerdo su tenor literal: “La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse”-, eran dos.

O bien se consideraba -y aplicaba, por ende, analógicamente- que se sujetaba “también” al plazo previsto en el artículo 241 *bis* LCS -que concernía expresamente a la acción social y la individual-; o bien debía aplicarse, en defecto de norma singular, la general que contempla el Código de comercio, esto es, el plazo previsto en el artículo 949 CCom (“La acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración”). Por lo demás estos plazos cuentan con un diferente -y definitivo a efectos prácticos- *dies a quo* de cómputo (desde que pudieron ejercitarse, el art. 241 *bis* LSC y “desde que [los administradores] cesaren en el ejercicio de la administración”, el art. 949 CCom).

Los pasos que sigue la sentencia para “descartar ambas” opciones y establecer un plazo distinto -el propio del crédito del que responde solidariamente el administrador- son estos:

(i) La naturaleza de la responsabilidad contemplada en el artículo 367 LSC es la propia de una garante, análoga a la de un fiador. Dice el fundamento de derecho 3.º, apartados 1 y 2, de la sentencia:

“[1] La decisión sobre el plazo de prescripción aplicable a la acción de responsabilidad por deudas prevista en el art. 367 LSC está ligada necesariamente a la naturaleza de dicha acción, tal y como ha sido configurada por la jurisprudencia de esta sala.

Como declaran las sentencias [601/2019, de 8 de noviembre](#) (Ignacio Sancho Gargallo), y [586/2023, de 21 de abril](#) (Juan María Díaz Fraile), cuando una sociedad de capital está incurso en causa legal de disolución y su órgano de administración no adopta las medidas previstas en los arts. 363 y ss. LSC para la disolución o la presentación de la solicitud de concurso (en caso de pérdidas cualificadas), la Ley constituye a los administradores en garantes solidarios de las deudas surgidas a partir de entonces. La justificación de esta responsabilidad radica en el riesgo que se ha generado para los acreedores posteriores que han contratado sin gozar de la garantía patrimonial suficiente por parte de la sociedad del cumplimiento de su obligación de pago. A su vez, las sentencias [367/2014, de 10 de julio](#) [S. Sastre Papiol], [650/2017, de 29 de noviembre](#) [R. Sarazá Jimena], [316/2020, de 17 de junio](#) [P. J. Vela Torres], y [669/2021, de 5 de octubre](#) [J. Mª Díaz Fraile], han configurado este género de responsabilidad como una responsabilidad por deuda ajena, *ex lege*, en

cuanto que su fuente -hecho determinante- es el mero reconocimiento legal, que se concreta en el incumplimiento de un deber legal por parte del administrador social, al que se anuda, como consecuencia, la responsabilidad solidaria de este administrador por las deudas sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución. Y sin perjuicio de que resulte necesaria su declaración judicial”.

[2] En este mismo orden de ideas, la sentencia [532/2021, de 14 de julio](#) ([J. M^a Díaz Fraile] con cita de otras muchas) recalca que la atribución de la responsabilidad solidaria al administrador por el incumplimiento de su deber legal “pretende garantizar los derechos de los acreedores y de los socios”. Y en la antes citada sentencia [586/2023, de 21 de abril](#) [J. M^a Díaz Fraile], establecimos la semejanza entre la función de los administradores sociales en estos casos y los fiadores, al declarar:

“La condición de los administradores de “garantes solidarios” de las deudas sociales, conforme al art. 105.5 LSRL (al igual que en el actual art. 367 LSC) guarda concomitancias con la posición jurídica del fiador solidario, al asumir una función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena, si bien en el caso de los administradores esa situación no surge de un nuevo vínculo obligatorio de origen contractual sino legal, distinto aunque subordinado al que originó la deuda que sea causa de esa garantía, sometiendo al patrimonio del administrador (como el del fiador en la fianza) a la eventual reclamación del acreedor en caso de que el deudor principal no haya cumplido antes, sin perjuicio de que, al tratarse de una responsabilidad solidaria, el acreedor pueda dirigirse contra cualquiera de los responsables solidarios (arts. 1822 y 1144 CC)”.

En suma, la medida legal convierte a los administradores en garantes personales y solidarios de las obligaciones de la sociedad posteriores a la fecha de concurrencia de la causa de disolución”.

(ii) En segundo lugar, la sentencia excluye que pueda aplicarse el artículo 241 *bis* LSC: en rigor, bastaría con señalar que el ámbito de aplicación de este precepto concierne, justamente, a las acciones social y la individual de los administradores. La sentencia también excluye que sea aplicable el artículo 949 CCom. En ambos casos su ámbito de aplicación es claro: bien en razón de las acciones a que se refiere, o bien por las sociedades concernidas. Así los apartados 3 y 4 del fundamento de derecho 3.º:

“[3] En consecuencia, el plazo de prescripción no puede ser el del art. 241 *bis* LSC, previsto para las acciones individual y social, que se refieren a supuestos distintos.

La exclusión del art. 241 *bis* LSC queda abonada tanto por una interpretación literal de la norma como por una interpretación sistemática (art. 3.1 CC). En primer lugar, el precepto

se refiere exclusivamente a la acción social y a la acción individual de responsabilidad, no a la acción de responsabilidad por deudas sociales del art. 367 LSC. Y en segundo término, está incluido en el Capítulo V (La responsabilidad de los administradores), del Título VI (La administración de la sociedad) de la LSC; mientras que el art. 367 LSC se inserta en el Capítulo I (La disolución), Sección 2ª (Disolución por constatación de causal legal o estatutaria), del Título X (Disolución y liquidación).

A lo que debe añadirse, como dato más relevante, la diferente naturaleza de las acciones social e individual, que son típicas acciones de daños, y la acción de responsabilidad por deudas sociales, que es una acción de responsabilidad legal por deuda ajena con presupuestos propios (sentencia [532/2021, de 14 de julio](#) ([Juan María Díaz Fraile], y las que en ella se citan).

[4] En sintonía con lo expuesto, tampoco consideramos aplicable a la responsabilidad por deudas lo previsto en el art. 949 CCom, puesto que tras la introducción del art. 241 *bis* en la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, el ámbito de dicho precepto ha quedado circunscrito a las sociedades personalistas, reguladas en el Código de Comercio, sin que resulte de aplicación a las sociedades de capital.

La Ley 31/2014 introdujo el art. 241 *bis* LSC como norma especial para las sociedades de capital y estableció una conexión cronológica entre la producción del daño como consecuencia de una conducta del administrador social y el inicio del cómputo de las acciones para exigirle responsabilidad por ello, con independencia de si seguía o no en el desempeño cargo o del tiempo transcurrido desde que se desvinculó de él. Puesto que el art. 949 CCom, si bien ofrece la ventaja de la objetivación cronológica del plazo, presenta el inconveniente de que desconecta el momento de la producción de ese daño o de su manifestación externa del inicio del plazo de prescripción, hasta el punto de que puede darse la paradoja de que empiece a correr el plazo antes de que esto último ocurra”.

(iii) Se opta, en fin, por una solución coherente con su naturaleza de responsabilidad adicional o de garantía legal que pesa sobre el administrador social: el plazo es el mismo que el del crédito que se garantiza, tanto en su duración como en su *dies a quo* de cómputo. Dice el apartado 5 del fundamento de derecho 3.º:

“[5] Sobre esta base, el plazo de prescripción de la acción del art. 367 LSC es el de los garantes solidarios, es decir, el mismo plazo de prescripción que tiene la obligación garantizada (la deuda social), según su naturaleza (obligaciones contractuales, dimanantes de responsabilidad civil extracontractual, etc.). En el entendimiento de que la relación entre la sociedad y su administrador responsable es de solidaridad propia, porque nace de la aceptación del cargo de administrador y de la propia previsión del precepto -art. 367 LSC-, que le confiere carácter legal, aunque sea necesaria su declaración judicial. Y

derivadamente, le son aplicables al administrador los mismos efectos interruptivos de la prescripción que le serían aplicables a la sociedad, conforme a los arts. 1973 y 1974 CC. Asimismo, el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción contra el administrador será el mismo que el de la acción contra la sociedad deudora”.

5.- Damos noticia ahora, en un trimestre plagado de sentencias de interés, de las siguientes.

Alguna sentencia advierte sobre lo escuálido de los recursos públicos a disposición de la justicia (o, si se prefiere, al “servicio público” de la justicia) y lo improcedente -deberíamos decir, lo socialmente reprochable- de litigar con razones manifiestamente carentes de consistencia, en detrimento de la posición (e intereses) de los ciudadanos respetuosos con la legalidad. La [sentencia 1436/2023, de 18 de octubre](#) (J. L. Seoane Spielgeberg) que, por lo demás, hace un excepcional recorrido por la revocación del beneficio de justicia gratuita en su fundamento de derecho 5.º, afirma en su fundamento de derecho 4.º:

“Las dificultades económicas no legitiman a las recurrentes a vulnerar la normativa de adjudicación de viviendas en detrimento de quienes son respetuosos con la legalidad, al tiempo que titulares de los mismos derechos, que incluso pueden encontrarse en situaciones económicas más precarias de vulnerabilidad o con necesidades más apremiantes de satisfacción que las recurrentes. En definitiva, el Estado de Derecho no puede amparar comportamientos como los alegados como motivos de oposición, que no guardan identidad alguna con los supuestos legalmente previstos para oponerse con éxito a la acción defensiva de la titularidad registral ejercitada por la entidad demandante”.

En otra ocasión, el Tribunal pone coto a una legitimación extensa en las acciones de impugnación de la filiación, sea materna o paterna: así en un caso de intercambio de bebés al nacer, la [sentencia 1285/2023, de 25 de septiembre](#) (M.ª Á. Parra Lucán). En el caso una de las intercambiadas impugna la filiación materna de la otra -tú no eres hija de mi madre, tú no eres mi hermana- además de su exitosa acción mixta de reclamación e impugnación de su propia filiación. El Tribunal Supremo le niega tal posibilidad. La pregunta es, entonces, esta: ¿quién puede impugnar la filiación materna? (y recordemos que la materna contamina la paterna, porque el vínculo paterno descansa en aquella).

Al margen de los varios defectos procesales que se aprecian, la sentencia señala cuáles son los preceptos que cabe invocar con ese propósito -los arts. 136 a 139 CC- que

no se han hecho valer y se pronuncia, en fin, sobre la posibilidad de que la heredera de la madre -una vez fallecida esta sin ejercerla- pueda ejercer la acción de impugnación de la maternidad que corresponde a esta. Así dice en el fundamento de derecho 5.º, apartado 4:

“A diferencia de lo que de manera excepcional hacen los arts. 136.2 y 3 y 137.3 CC al reconocer a los herederos del marido o del hijo legitimación para la impugnación de la paternidad matrimonial, el art. 139 CC no menciona a los herederos de la madre, lo que se ha interpretado en el sentido de que atribuye a la mujer una acción personalísima y, si bien es razonable la opinión doctrinal mayoritaria de que el principio de reciprocidad exigiría que el padre y el propio hijo puedan impugnar la maternidad matrimonial (arts. 136 y 137 CC), no se ha llegado unánimemente al extremo de aceptar la legitimación de los herederos de la madre, y dado el tenor del art. 139 CC es algo que vamos a rechazar. Los modelos de derecho civil autonómico establecen reglas diferentes a la del Código civil y a su vez, distintas entre sí. Así, sin distinguir si la filiación es matrimonial o no, se reconoce en ciertas condiciones la legitimación de los herederos de la madre en el derecho catalán (art. 235-29 de su Código civil). Por su parte, la ley 56 del Fuero nuevo navarro, para los casos de suposición de parto o no identidad del supuesto hijo con el nacido, sin distinguir tampoco la clase de maternidad, excluye en cambio que si la maternidad inscrita coincide con la posesión de estado pueda impugnarse directamente por otra persona que no sea el propio hijo o la mujer que no hubiera participado consciente y voluntariamente en los hechos de que deriva la falsa inscripción de su maternidad o de la filiación determinada por ella; pero si falta la posesión de estado coincidente, el derecho navarro permite impugnarla a quienes tengan interés lícito y directo. En la [propuesta académica elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil](#) (art. 222-8), además de a la mujer, solo se reconoce la legitimación del hijo y de quienes aparecen como progenitores que no hayan participado conscientemente en los hechos en que se ha de basar la demanda; únicamente si falta la posesión de estado se reconoce la legitimación de cualquier persona con interés legítimo.

En definitiva, se trata de una cuestión sometida a la valoración que lleve a cabo el legislador, dentro de cada sistema de determinación de la filiación y acciones de filiación, ponderando los intereses en juego, atendiendo entre otras circunstancias, a la relevancia que se atribuya a la posesión de estado, al conocimiento o desconocimiento del hecho, o a la intimidad de la madre y el hijo. En el sistema del Código civil no se puede prescindir del art. 139 CC y, ante la falta de reconocimiento expreso por el legislador, dado el carácter de las acciones de filiación, no resulta posible establecer la legitimación de los herederos de la madre que fallece sin haber ejercido la acción de impugnación de la maternidad a que se refiere el art. 139 CC”.

En el Derecho de familia se resuelven a menudo conflictos trágicos. Uno de ellos es el que decide la [sentencia 1275/2023, de 20 de septiembre](#) (M.^a Á. Parra Lucán) que revoca la decisión de que el menor volviera con su madre porque el deseo de tener el hijo en su compañía no es bastante por los riesgos que conlleva y la simple conjetura de que las cosas puedan salir bien no es suficiente para que salgan así -el eventual sacrificio del interés del menor, parece juzgarse implícitamente, no es un riesgo que pueda correrse-.

6.- En este periodo también hay algunas sentencias que recuerdan conclusiones ya sabidas pero que no es impertinente repetir. Entre ellas las siguientes.

(i) La interpretación del contrato, cuando es clara, no puede perseguir reconstruir la voluntad de las partes. La claridad es punto de partida y de llegada de la interpretación: así la [sentencia 1327/2023, de 28 de septiembre](#) (J. M^a Díaz Fraile).

(ii) O cual sea el régimen de la acción de regreso en la solidaridad pasiva contemplada en el artículo 1145 CC: [sentencia 1424/2023, de 17 de octubre](#) (J. M^a Díaz Fraile).

(iii) O que delimita la noción de secreto empresarial: la [sentencia 1442/2023, de 20 de octubre](#) (I. Sancho Gargallo).

(iv) O el alcance y modalidades de la infracción por equivalencia sobre la patente -refiere el artículo 68.3 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, *de patentes*-, la [sentencia 1445/2023, de 20 de octubre](#) (I. Sancho Gargallo), referida a un triciclo.

(v) O, para un caso de simulación de la aportación patrimonial en la suscripción de acciones de sociedad anónima deportiva, se declara la nulidad de la suscripción y no de la sociedad por la [sentencia 1487/2023, de 24 de octubre](#) (P. J. Vela Torres). Es el caso del Real Betis Balompié, expuesto con pulcritud por [L. CAZORLA en almacén de derecho](#) y que ha merecido alguna observación crítica interesante sobre los efectos del incumplimiento de la obligación de desembolso de las acciones suscritas -aunque se reconozca simultáneamente que la respuesta del Tribunal se sujeta a la exigencia de congruencia con lo pedido y la razón de pedir-, por F. MARÍN DE LA BÁRCENA en [publicaciones de Gómez-Acebo & Pombo, 2023](#).

(vi) O la sentencia que declara que no es consumidor el colegio profesional (en el caso, de abogados) que contrata un préstamo para financiar las obras de reforma de su sede: así la [sentencia 1592/2023, de 17 de noviembre](#) (M.^a Á. Parra Lucán).

(vii) O, en fin, conforme a la [sentencia 1328/2023, de 28 de septiembre](#) (J. M^a Díaz Fraile) que la transparencia material en el contrato de fianza consiste en que el fiador sepa que lo es, esto es, que responderá en caso de no hacerlo el deudor y que si se pacta una fianza solidaria no es precisa la renuncia a los beneficios de excusión y división - porque la ausencia de estos beneficios es, sin más, un rasgo de la fianza solidaria-.

7.- En otras ocasiones, se dan algunos pasos o, tal vez, se desandan otros. Así:

(i) Se establece, razonablemente, la preferencia de la conformación de lotes y compensación por el exceso de adjudicación -que era el contenido del cuaderno particional confeccionado por el contador partidador, que aprobó el juez de instancia- antes que la subasta -mecanismo subsidiario- de todos los bienes en la liquidación y división del consorcio conyugal (aragonés) en la [sentencia 1490/2023, de 24 de octubre](#) (M.^a Á. Parra Lucán).

En el caso la esposa pretendía que se dividieran las participaciones sociales con el esposo cuando era una sociedad familiar que aquella conformaba con su padre y hermano, a lo que el esposo se opone, con más que fundadas razones. Dice el fundamento de derecho 2.º:

“La posibilidad de realizar adjudicaciones de bienes, con compensación en metálico del exceso, es algo que la sala ha admitido en otras sentencias (en casos de extinción de copropiedad, sentencias [399/2012, de 15 de enero](#) [es de junio, Francisco J. Orduña], y [583/2014, de 21 de octubre](#) [X. O’Callaghan], entre otras; y también en casos de liquidación de régimen de gananciales, sentencia [77/2013, de 14 de febrero](#) [José Antonio Seijas Quintana], o de separación de bienes, sentencia [69/2000, de 29 de enero](#) [J. de A. Garrrote]).

Incluso, en el ámbito de la liquidación de gananciales, donde se adopta una posición crítica frente a la adjudicación de la vivienda familiar en propiedad a uno de los esposos, con abono en metálico al otro, cuando lo ha sido contra su voluntad, por ser factible su venta y el reparto del dinero entre los dos (sentencia [591/2021, de 9 de septiembre](#) [Antonio García Martínez]), excepcionalmente, con apoyo en el primer párrafo del art. 1062 CC, esta sala ha confirmado la sentencia que, en atención a las circunstancias del caso, adjudicó a uno la vivienda familiar con compensación en dinero u otros bienes al otro (sentencias [630/1993, de 14 de junio](#) [es 635/1993, J. M. Martínez-Pardo], y [104/1998, de 16 de febrero](#) [F. Morales]). Por su parte, la sentencia [458/2020, de 28 de julio](#) [M.^a Á. Parra Lucán], confirma la sentencia que, en una liquidación de gananciales, adjudicó las participaciones gananciales de la sociedad que explotaba el negocio familiar al esposo

que lo gestionaba junto con su hermano, titular del resto de las participaciones, con obligación de abonar a la esposa la mitad de su valor.

En definitiva, en este caso, la decisión de la Audiencia de ordenar la subasta pública de todos los bienes consorciales en lugar de atender a la formación de lotes con todos los bienes del inventario y su adjudicación con compensación por el exceso tal y como hizo el juzgado no encuentra apoyo en el marco legal vigente de la liquidación del régimen económico matrimonial.

Por lo demás, tal decisión se aparta de la actual tendencia legislativa a huir de la subasta en la medida en que sea posible: así, a falta de acuerdo, confiriendo al juez la facultad de decidir, sin subasta, el destino de animales de compañía (art. 404 CC, modificado por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, teniendo en cuenta no solo el bienestar del animal, sino también el interés de los condueños); o dando preferencia a la venta directa de los bienes de la persona con discapacidad por parte del curador (art. 287 CC, después de la reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que deroga el art. 65.2 de la Ley de jurisdicción voluntaria, que partía de que la regla general, que podía excepcionarse, era la subasta pública)".

(ii) En sede de préstamo usurario, la inclusión de matices y circunstancias en la regla establecida para fijar un interés que se reputa de modo objetivo “notablemente superior” al interés medio de mercado -véase la [Crónica 5 \(V\), 4 sub \(iii\)](#)-, termina por alimentar lo que se trata de conjurar.

Esto es, aparece el riesgo de que el examen de las circunstancias singulares -su acreditación, por un lado y la apreciación de su relevancia, por otro- conduzca a un efecto distinto al que se perseguía: evitar una discusión inacabable sobre el carácter usurario o no de ciertos intereses pactados a través del establecimiento de un porcentaje determinado.

En el caso (aunque no se trataba en sentido estricto de un préstamo *revolving*) las circunstancias –“ligadas al riesgo de impago que suponía el precedente refinanciado”- permiten que un importe superior ligeramente al 6 % se considere “no usurario”. Véase, en este sentido, la [sentencia 1378/2023, de 6 de octubre](#) (I. Sancho Gargallo). De la que también cabe deducir que el 6 % se vincula al tipo medio de partida, puesto que un tipo medio inferior requeriría una respuesta diferenciada.

(iii) La [sentencia 1423/2023, de 17 de octubre](#) (J. L. Seoane Spiegelberg) -que reproduce largos pasajes de la [sentencia 658/2019, de 11 de diciembre](#), del mismo ponente- alimenta la crítica sobre el sentido de la compensación por el trabajo doméstico en

caso de separación de bienes -art. 1438 CC-, cuando parece que se proyecta por comparación con el resultado que se obtendría con el régimen que se descarta -el de gananciales- y los incentivos que provoca y las premisas en que se asienta, así como su relación con la pensión compensatoria.

Sobre este asunto, véanse, entre otros, los valiosos trabajos de M^a J. VAQUERO PINTO: “La compensación por trabajo doméstico del artículo 1438 del Código civil: ¿ha llegado el momento de modificar la norma?”, *La Ley* 37 [2023] y, antes, P. GUTIÉRREZ SANTIAGO: “Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1438 del Código civil”, [Actualidad jurídica iberoamericana 3 \[2015\]](#).

8.- Por último, algunas sentencias de este periodo consolidan o confirman doctrinas ya conocidas.

(i) Así una síntesis -con cita de la [sentencia 112/2022, de 15 de febrero](#) (J. L. Seoane Spiegelberg)- sobre la doctrina de la interrupción de la prescripción de la acción civil por prejudicialidad penal, en la [sentencia 1599/2023, de 20 de noviembre](#) (P. J. Vela Torres).

(ii) O sobre el repertorio de acciones de protección de la legítima, la [sentencia 1548/2023, de 8 de noviembre](#) (M.^a Á. Parra Lucán). Véase nuestra [Crónica 3 \(2022\)](#), sub 6.

(iii) O respecto al ejercicio de acción directa frente a aseguradora de responsabilidad de una administración pública: por un lado, respecto a la prejudicialidad no penal -art. 42 LEC-, para estimar la acción directa es preciso constatar la responsabilidad de la Administración pública conforme a su régimen jurídico -en particular, artículos 32 a 34 Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de régimen jurídico del sector público*-: [sentencia 1322/2023, de 27 de septiembre](#) (J. L. Seoane Spiegelberg); sin que la vía administrativa vincule al tribunal civil sobre la responsabilidad: [sentencia 1519/2023, de 6 de noviembre](#) (J. L. Seoane Spiegelberg).

(iv) O, en fin, que la interrupción de la prescripción frente a la aseguradora no interrumpe la acción frente al asegurado causante del daño porque los títulos de los que nacen los respectivos derechos -y acciones- son distintos: así, la [sentencia 1219/2023, de 11 de septiembre](#) (J. L. Seoane Spiegelberg).