Tres cuestiones en las propuestas de modernización del Código civil sobre obligaciones y contratos de 2009 y 2023: Requisitos de existencia del contrato, dolo, ventaja injusta

(comparación con el Código civil, el *soft law,* el CESL, y otros derechos europeos)

Nieves Fenoy Picón

Derecho Privado

BOE

TRES CUESTIONES EN LAS PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE 2009 Y 2023: REQUISITOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO, DOLO, VENTAJA INJUSTA

(comparación con el Código civil, el *soft law,* el CESL, y otros derechos europeos)

COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO

Director

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

Consejo Asesor

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

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

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

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

TRES CUESTIONES EN LAS PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE 2009 Y 2023: REQUISITOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO, DOLO, VENTAJA INJUSTA

(comparación con el Código civil, el *soft law,* el CESL, y otros derechos europeos)

NIEVES FENOY PICÓN

COLECCIÓN DERECHO PRIVADO 32

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2025

Primera edición: noviembre de 2025.

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

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

© De los contenidos, su autora
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

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

https://cpage.mpr.gob.es

NIPO: 144-25-156-9 (edición en papel)
144-25-157-4 (edición en línea, PDF)
144-25-158-X (edición en línea, ePUB)
ISBN: 978-84-340-3102-9
Depósito legal: M-22628-2025

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

A Sofía, Martina, Elena, Victoria, María (tita), María Jesús y Gladis

A Jose, Raúl, Alfonso y Marcial

Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación «La protección del consumidor en la era digital», PID2021-122985NB-I00, financiado por el MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

ÍNDICE

Páginas

PRÓLOGO 13

ABREVIATURAS 15

INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS, ESTRUCTURA Y METODOLOGÍA 19

1. **Introducción y objetivos** 19
2. **Estructura y metodología** 45

CAPÍTULO I. EL CÓDIGO CIVIL Y LA *PROPUESTA DE 2009*

1. **Los requisitos de existencia del contrato y la ubicación sistemática del dolo y de la ventaja injusta (Código civil)/ventaja excesiva *(Propuesta de 2009)*** 47
2. **El dolo y la ventaja injusta (Código civil)/ventaja excesiva *(Propuesta de 2009):* su concepto y requisitos** 73

2.1 Una previa advertencia sobre la estructura expositiva 73
2.2 La presentación del artículo 1300 PMCC 2009: sus tres apartados 73
2.3 El apartado 1 del artículo 1300 PMCC 2009: cuándo existe dolo. El artículo 1302.3 CC (ventaja injusta)/el artículo 1301 PMCC 2009 (ventaja excesiva). El artículo 1302 PMCC 2009: el dolo de tercero 77

A) Se continúa reconociendo la distinción legal dolo causal e incidental 77

Páginas

B) El dolo activo y el complemento expreso y legal del dolo omisivo (elemento objetivo o material del dolo). Sobre el deber de información precontractual (art. 1245 PMCC 2009). El elemento subjetivo del dolo 79

C) La continuidad en el posible acogimiento de la tesis amplia del dolo, si es partidario de ella. La ventaja injusta (art. 1302.3 CC)/la ventaja excesiva (art. 1300.1 PMCC 2009). El derecho comparado 88

D) El mantenimiento de que el dolo provenga del contratante (dolo de parte). El complemento y la novedad legal y expresa de supuestos en que, interviniendo un tercero, su dolo lo asume (imputabilidad) el contratante, que no lo padeció (art. 1302 PMCC 2009). El derecho comparado 238

2.4 El apartado 2 del artículo 1300 PMCC 2009: el dolo causal, sus requisitos y el efecto de la anulación 268

A) El expreso cambio legal consistente en la mención del efecto de la anulación 269

B) El cambio implícito, o no, según cómo se interprete la exigencia del «grave» del dolo. La excusabilidad/inexcusabilidad del error en el dolo 269

C) El mantenimiento en que el dolo que permite la anulación no provenga de los dos contratantes, y el no pronunciamiento legal sobre si, habiendo dolo recíproco, el contrato es válido o nulo de pleno derecho (inexistente). El derecho comparado 279

2.5 El apartado 3 del artículo 1300 PMCC 2009: el dolo incidental y su efecto de la indemnización de daños y perjuicios 283

CAPÍTULO II. LA *PROPUESTA DE 2023:* LAS CONTINUIDADES Y LOS CAMBIOS COMPARANDO CON LA PROPUESTA DE 2009. MÁS CONSIDERACIONES SOBRE EL CÓDIGO CIVIL

1. **Una previa advertencia sobre de la estructura expositiva** 285
2. **Los requisitos de existencia del contrato y la ubicación sistemática del dolo y de la ventaja injusta** 286
3. **El dolo** 323

3.1 La presentación de los artículos 1296, 1298, 1305, 1306, 1307, 1308 y 1309 PMCC 2023 323

Páginas

3.2 El artículo 1296 PMCC 2023: cuándo existe dolo; el dolo causal (sus requisitos y el efecto de la anulación). El artículo 1243 PMCC 2023: el incumplimiento del deber precontractual de informar. El artículo 1298 PMCC 2023: el dolo de tercero 325
3.3 Los artículos 1305, 1306 y 1308 PMCC 2023: la anulación del contrato y la indemnización de daños. El artículo 1307 PMCC 2023: la exclusión o limitación de los remedios por vicios del consentimiento 331
3.4 El artículo 1309 PMCC 2023: la concurrencia entre los remedios de la anulación y la indemnización de daños, y los remedios fundados en el incumplimiento contractual 369

4. **La ventaja injusta** 373

4.1 La presentación de los artículos 1292 y 1297 PMCC 2023 373
4.2 El artículo 1292.2 PMCC 2023: el contrato celebrado por persona con discapacidad provista de medidas de apoyo para contratar, que prescindió de ellas cuando eran precisas. El artículo 1297 PMCC 2023: la ventaja injusta 375

CONCLUSIONES (SÍNTESIS COMPARATIVA) 391

BIBLIOGRAFÍA 409

LISTADO DE SENTENCIAS 419

A) **Sentencias del Tribunal Supremo** 419
B) **Sentencias de Audiencias Provinciales** 422

PRÓLOGO

La autora de este libro, Nieves Fenoy Picón, catedrática de derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid, cuenta desde hace tiempo con una consolidada trayectoria investigadora, acreditada por la solidez de sus trabajos. Estos se caracterizan por el interés y actualidad de los temas de que tratan, por la paciencia empleada en su elaboración, sin escatimar tiempo, por su minuciosidad y rigor, y por la cuidadosa selección de los materiales que ofrece. En esa línea, ahora publica este nuevo libro que voy a presentar en este prólogo.

El título del libro, «Tres cuestiones en las propuestas de modernización del Código civil sobre obligaciones y contratos de 2009 y 2023: requisitos de existencia del contrato, dolo, ventaja injusta», indica que el propósito de la autora es comparar una y otra propuesta, entre las que hay algunas diferencias, teniendo a la vista la situación previa del actual Código civil. Para acotar esa comparación propone el estudio de tres cuestiones: por un lado, los requisitos del contrato, por otro, dos de los vicios del consentimiento, el dolo y la ventaja injusta.

El interés e importancia de las cuestiones elegidas es manifiesto. En cuanto a los requisitos del contrato, por el cambio de orientación que se ha producido en el moderno derecho en el modo de describirlos. Un cambio consistente en pasar de la su enumeración escolástica del Código civil, a la mención del núcleo esencial del contrato: la voluntad de vincularse y el acuerdo suficiente, susceptible de ser puesto en ejecución (así la PM-2023). En cuanto al dolo y la ventaja injusta, porque pertenecen a la categoría jurídica tradicional de los vicios del consentimiento, que hoy se tiende a revisar, y porque tanto la Propuesta de modernización del 2009 como la de 2023 los regulan separadamente, descomponiendo la figura unitaria del dolo (causal o incidental) del Código civil. Además, porque la ventaja injusta está hoy conectada estrechamente a la protección de las personas con discapacidad, protección necesaria una vez reconocida su capacidad de contratar, en los casos en que no actúen con las medidas de apoyo previstas para el acto celebrado. Las tres

cuestiones elegidas ofrecen la posibilidad de estudiar numerosos problemas diferentes en las propuestas de modernización, conectados a las tres cuestiones que indica su título.

El propósito principal de este libro es tratar de los problemas que estudia sobre nuestras propuestas de modernización del Código civil en un marco que podemos denominar comparatista. Pues los problemas con los que se han enfrentado los redactores de estas y que surgen a partir de ellas no son exclusivos del derecho español, sino que los encontramos tanto en los textos de *soft law* (PECL, Principios UNIDROIT, DCFR, e incluso en el CESL) como en otros códigos civiles europeos reformados más recientemente (Países Bajos, Alemania, Francia, Bélgica) o con anterioridad (Italia, Portugal). Por poner un ejemplo, el mantenimiento o la supresión de la causa como requisito del contrato es un tema ampliamente discutido en los ordenamientos europeos y seguramente no totalmente cerrado por la supresión de la exigencia de causa; así por ejemplo, en Francia. El libro analiza todos esos textos normativos (y además, el derecho suizo) y ofrece materiales extraídos de los comentarios y opiniones que los mismos han suscitada en la doctrina. De este modo contamos con una buena base de contraste para estudiar las propuestas españolas y especialmente de la del año 2023.

Para concluir, conviene señalar también que la autora de este libro, Vocal de la Comisión General de Codificación, participó en la elaboración de la Propuesta de Modernización de 2023. Por eso la conoce bien. Pero esto no le lleva a una encendida defensa de todas las soluciones adoptadas. Muestra una gran objetividad en la exposición y no tiene inconveniente en admitir la posibilidad de mejorarla en algunos puntos concretos.

Antonio Manuel Morales Moreno

ABREVIATURAS

aCCB	*Antiguo Código civil belga*
aCCF	*Código civil francés (antes de su reforma de 2016-2018)*
ADC	*Anuario de Derecho Civil*
AH	*Antecedente de hecho*
APCC 1882-1888	*Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*
APPDC	*Asociación de (profesoras) y profesores de derecho civil*
Art./Arts.	*Artículo/Artículos*
BGB	*Bürgerliches Gesetzbuch*
BOA	*Boletín Ofical de Aragón*
BOCG	*Boletín Oficial de las Cortes Generales*
BOE	*Boletín Oficial del Estado*
BOPC	*Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña*
BW	*Bugerlijk Wetboek*
CC	*Código civil de 1889*
CCA 1869	*Código civil argentino de 1869*
CCB	*Código civil belga (el Libro 5 de 2022)*
CCCA 2015	*Código civil y comercial argentino de 2015*
CCCat	*Código civil de Cataluña*
CCh	*Código civil de Chile de 1855*
CCF	*Código civil francés (con la reforma de 2016-2018)*
CCH	*Código civil holandés de 1838*
CCI 1942	*Código civil italiano de 1942*
CCJC	*Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*
CCO	*Código de comercio de 1885*
CCP 1867	*Código civil portugués de 1867*
CCP 1966	*Código civil portugués de 1966*
CDFA	*Código de derecho foral de Aragón*

CESL	*Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea de 2011)*
Cfr.	*Confróntese*
CO 1911	*Code des obligations (Loi fédérale complétant le Code civil suisse. Livre cinquième: Droit des obligations), 1911*
D	*Digesto*
DCFR	*Draft Common Frame of Reference*
DOC 55 1806/001	*DOC 55 1806/001 de la Chambre des représentats de Belgique, 24 février 2021, Proposition de Loi portant le Livre 5 «Les obligations» du Code civil (déposée par MM. Koen Geens et Khalil Aouasti, Mmes Nathalie Gilson, Claire Hugon et Katja Gabriëls et MM. Ben Segers et Stefaan Van Hecke)*
EE.UU	*Estados Unidos de América*
EM	*Exposición de motivos*
FD	*Fundamento de derecho o Fundamentos de derecho*
FN	*Fuero Nuevo (Compilación del Derecho civil Foral de Navarra)*
JORF	*Journal Officiel de la République française*
Ilma/Ilmo	*Ilustrísima/Ilustrísimo*
LCS	*Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro*
Ley 8/2021	*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*
Ley 3/2024	*Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas*
Núm.	*Número*
P	*Partida (Ley de partida, Las siete Partidas del Rey Alfonso X El sabio)*
p./pp.	*Página/Páginas*
P Bosch/Del Pozo/Vaquer	*Propuesta de regulación de Teoría general del contrato de Bosch Capdvila, Del Pozo Carrascosa y Vaquer Aloy*
PCC 1851	*Proyecto de Código civil de 1851*
PCCAPPDC	*Propuesta de Código civil de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil*
PECL	*Principles of European Contract Law*
PMCC 2009, o Propuesta de 2009	*Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009*
PMCC 2023, o Propuesta de 2023	*Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2023*

Principios UNIDROIT 2016	*Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 2016*
RDC	*Revista de Derecho Civil*
RDP	*Revista de Derecho Privado*
SAP	*Sentencia Audiencia Provincial*
Sec.	*Sección*
Sra/Sr	*Señora/Señor*
Ss	*Siguientes*
STS/SSTS	*Sentencia de Tribunal Supremo/Sentencias de Tribunal Supremo*
TRLGDCU	*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*
UCC	*Uniform Commercial Code*
Vid.	*Véase*

INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS, ESTRUCTURA Y METODOLOGÍA

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

[1] En este trabajo me ocupo de tres cuestiones o materias. La primera es sobre cuáles son los requisitos de existencia del contrato. La segunda y la tercera son, respectivamente, el dolo y la ventaja injusta, vicios del consentimiento (o de la voluntad) empleando una terminología tradicional. Sobre estos dos vicios del consentimiento analizo sus respectivas nociones y requisitos y, en cuanto a sus posibles efectos de la anulación contractual o/y de la indemnización de daños, explico esta última, refiriéndome, cuando lo preciso e incidentalmente, a la anulación contractual (dicho de otro modo, el específico régimen jurídico de la anulación contractual no lo analizo en este trabajo).

Lo anterior lo hago en los textos prelegislativos de la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de 2009 [1] y de la *Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos* de 2023 [2], en cuyas Exposiciones de motivos se exponen las razones

---

[1] Comisión General de Codificación (Sección Civil) (2009).

La *Propuesta de 2009* se encuentra además publicada en la página *web* del Ministerio de la Presidencia, Justicia y relaciones con las Cortes.

[2] a) Comisión General de Codificación (Sección Civil; Grupo de Trabajo) (2023).

La *Propuesta de 2023* se encuentra además publicada «en la página web del Ministerio de Justicia el día 31 de julio de 2023» [García Rubio, *RDC* (2024) nota 2 de p. 2].

b) Sobre el origen de la *Propuesta de 2023*, informa Pau Pedrón, Presidente de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación:

«El Libro IV del Código Civil apenas ha sido objeto de modificaciones desde su redacción originaria en 1889. La Sección Primera de la Comisión General de Codificación hizo una valiosa propuesta de modernización de los títulos I y II de ese Libro IV que se terminó en 2009, teniendo en cuenta algunos textos

para reformar las obligaciones y la denominada teoría general del contrato (siguiente [A]), reforma, en mi opinión, necesaria. Advierto además que a la *Propuesta de 2023* le acompaña una *Propuesta de Ley de Bases* [3], hecha, entre otras razones, con el objetivo de facilitar y agilizar la posible reforma de esta parte del derecho civil (siguiente [B]). Esta *Propuesta de Ley de bases* también la utilizo en este trabajo.

> [A] *Las razones para reformar la teoría general (los preceptos) del contrato y de las obligaciones del Código civil y la influencia de ciertos textos jurídicos, según las Exposiciones de motivos de la Propuesta de 2009 y de la Propuesta de 2023*
>
> [A.1] *Según la Exposición de motivos de la Propuesta de 2009*
>
> «Muy pocas personas habrán que discutan hoy la conveniencia de reformar los preceptos del Derecho general de obligaciones y contratos, que, en la actualidad, se encuentran comprendidos en los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil (arts. 1088-1314), donde perviven, sin ninguna modificación significativa, los textos iniciales, que fueron promulgados y puestos en vigor en 1889. Sería, sin duda, exagerado hablar de necesidad de la reforma y, menos todavía motejar a ésta como perentoria, pues, de la misma manera que este importantísimo sector del ordenamiento jurídico-privado ha permitido a lo largo de más de cien años la solución, por vía jurisprudencial y doctrinal, de los conflictos que en estas mate-

---

internacionales que se habían incorporado al Derecho interno, como la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, y otros elaborados por diversas instancias supranacionales, como los principios europeos de Derecho de contratos o los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Pero, con posterioridad, se habían aprobado nuevos textos, como el llamado *Marco Común de Referencia,* la *Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea* y algunas directivas europeas que incidían también en aspectos generales de obligaciones y contratos.

Recientemente, el Ministerio de Justicia encomendó a la Sección Primera de la Comisión General de Codificación la revisión de la propuesta de 2009, teniendo en cuenta los nuevos textos citados y la evolución de la materia en los ordenamientos europeos y en otros de tradición codificadora, y, muy especialmente, las reformas llevadas a cabo en Alemania en el año 2000, en Francia, en 2016, y en Bélgica, en 2022. Respetando nuestra tradición jurídica y atendiendo a los nuevos documentos, un grupo de trabajo integrado por vocales de la Sección Primera ha elaborado una revisión de la anterior propuesta, actualizándola y en parte introduciendo modificaciones sustanciales. Es de justicia consignar, en estas líneas preliminares, que el grupo de trabajo ha estado presidido por el profesor D. Antonio Manuel Morales, e integrado por los profesores D.ª María Paz García Rubio, D.ª Teodora Torres, D.ª Nieves Fenoy y D. Francisco Oliva.

Los redactores de la propuesta han procurado actualizar el lenguaje utilizado por el Código civil, y a la vez han procurado que la nueva redacción conserve las virtudes de claridad y fácil comprensión que tenía el texto originario» [cursiva del original; (2023) pp. 15-16; además, p. 19].

Por otro lado y además, García Rubio informa que «el texto presentado por el grupo [de trabajo] fue sometido a observaciones por los demás miembros de la sección [de Derecho civil de la Comisión General de Codificación]» [*RDC* (2024) nota 2 de p. 2].

[3] Comisión General de Codificación (Sección Civil; Grupo de Trabajo) (2023) pp. 145-148. Con dicha *Propuesta de Ley de bases* «[s]e autoriza al Gobierno, en los términos del artículo 82.1 y 2 de la Constitución Española, para que realice una nueva regulación de los Títulos I y II del Libro IV del Código civil, con sujeción a las bases que se establecen en los artículos siguientes» (p. 145).

rias se hayan podido plantear, podría permitirla en el futuro, pero la conveniencia es indiscutible» (I de la EM) [4].

«No es aventurado decir que los codificadores españoles de 1889 no pusieron en la materia que nos ocupa sus máximos empeños. Estuvieron preocupados (y ocupados incesantemente, por lo que tras los años hay que dirigirles merecidas palabras de agradecimiento) por otras cuestiones que entonces eran más agudas y nunca han dejado de serlo, de manera que la mayor dedicación a ellas resulta explicable porque en la actividad política cada hora tiene su afán. […] El legislador de 1889 debió pensar que el Derecho de contratos no era, en rigor, una materia conflictiva, y que el principio de autonomía de la voluntad podría contribuir a solucionar la mayor parte de las cuestiones. En la Ley de Bases de 1888, la Base 19 dedicó a las obligaciones unos párrafos que no significaban otra cosa que un recordatorio de las materias que había que regular […] Poco más dice la Base 20 en relación con los contratos, respecto de los que el legislador señaló que eran fuentes de obligaciones y que debían ser considerados como meros títulos de adquirir el dominio o cualquier otro derecho real y que debían continuar sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, pero no opera la transmisión. Por lo demás, ordenaba la referida base fijar las condiciones del consentimiento, capacidad, libertad, objeto y causa de los contratos, forma e interpretación de los mismos y motivos que anulan y rescinden las convenciones, temas en los que los autores de las bases consideraron que se debían seguir los «principios consagrados por las legislaciones modernas» [5].

A la misma conclusión se llegó en la discusión parlamentaria sobre la forma en que el Gobierno había cumplido el encargo de la Ley de Bases. Toda la reflexión sobre el Derecho de contratos fue más bien superficial. Se hacía continuamente hincapié en el principio de autonomía de la voluntad. Es verdad que la base primera había ordenado que se tomara como punto de partida el anterior proyecto de 1851 [6]. Y eso hizo el codificador ante los preceptos de que tratamos.

---

[4] Comisión General de Codificación (Sección Civil) (2009) p. 15.

[5] Reproduzco la redacción de la, citada en el cuerpo del texto y por la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2009,* base 20 de la Ley de Bases de 1888:

«Los contratos, como fuentes de las obligaciones, serán considerados como mero títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio ó de cualquier otro derecho á él semejante, y continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establecerá el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas, ó el otorgamiento de escritura á los efectos expresados en la base precedente. Igualmente se cuidará de fijar bien las condiciones del consentimiento, así en cuanto á la capacidad, como en cuanto á la libertad, de los que le presten, estableciendo los principios consagrados por las legislaciones modernas sobre la naturaleza y el objeto de las convenciones, su causa, forma é interpretación, y sobre los motivos que las anulan y rescinden».

[6] Reproduzco la redacción de la, citada en el cuerpo del texto y por la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2009,* base 1 de la Ley de Bases de 1888:

«El Código civil tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, debiéndose formular por tanto este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solu-

Recibió por esta vía sobre todo la regulación del Código Civil francés, aunque es cierto que con las importantes y sabias acotaciones y puntualizaciones de don Florencio García Goyena y de los demás miembros de la Comisión redactora. El fondo doctrinal continuó siendo el Código Civil francés que, además, había recibido una herencia que en parte procedía de las escuelas del Derecho natural racionalista y en parte de una recepción no especialmente crítica de muchas de las soluciones del Derecho romano. En los momentos anteriores a la promulgación de nuestro código los autores introdujeron leves modificaciones, la mayor parte de las cuales tenían su origen en el Derecho comparado, como en el Código Civil italiano de 1865, en el Código Civil argentino y en las notas con que lo enriqueció Dalmacio Vélez de Sársfield [*sic*; Sarsfield] y en el llamado Anteproyecto de Laurent. De todo ello resultó una regulación que presentaba por lo menos altibajos y claroscuros y que sin poderse decir que incurriera en contradicciones, tampoco presentaba una interna armonía. Por otra parte, esos preceptos pensados en épocas anteriores empezaron a cuadrar mal con las variaciones que en el mundo económico se estaban produciendo y se iban a producir no mucho después» (II de la EM) [7].

«El siglo XX, en todo su cambiante y multiforme recorrido, ha conocido fenómenos a veces contradictorios que han incidido de lleno en la regulación legal de los contratos. […] Todo ello, unido a la existencia de estructuras políticas supranacionales, ha impulsado el nacimiento de cuerpos de derecho que se ocupan de esta materia sirviéndose de nuevos puntos de vista y de nuevos criterios» (III de la EM) [8].

«Aunque podrían citarse muchos otros precedentes, el camino fue abierto por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil (UNCITRAL) y adoptada en Viena en 1980.

La Convención de Viena marcó, de forma muy notoria, un importante grado de evolución del Derecho general de obligaciones y contratos con un muy notable grado de aproximación entre los Derechos de origen anglosajón y los de cuño europeo occidental y, dentro de estos últimos, entre los situados en el campo del Derecho alemán y los que se podían situar en el ámbito de influencia del Derecho francés. La Convención de Viena se ha visto después proseguida por importantes tentativas de elaborar reglas comunes que representen algo así como un Derecho de Contratos de aceptación general en el tráfico comercial o por utilizar la misma denominación que ellos prefieren el *usus mercatorum.* Ocurre así con los llamados Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Europeo (UNIDROIT). En la misma línea tenemos que destacar el hecho de que du-

---

ción de las dudas suscitadas por la práctica, y atender á algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico ó un precedente autorizado en legislaciones propias ú extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, ó que resulten bastantes justificadas, en vista de las exposiciones de principios ó de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores».

[7] Comisión General de Codificación (Sección Civil) (2009) pp. 15-17.

[8] Comisión General de Codificación (Sección Civil) (2009) pp. 17-18.

rante años grupos de trabajo formados por juristas y profesores alentados desde las instancias de la Unión Europea hayan venido trabajando en pro de una unificación europea de este tipo de normas para hacerlas comunes a toda la Unión. La publicación de la primera y la segunda parte –y más tarde de la tercera– de todos los trabajos con el nombre de Principios de Derecho europeo de contratos ha producido un gran impacto, tanto en los ámbitos universitarios como en los dedicados a la práctica jurídica sobre todo en materia de arbitraje.[9] Hay que destacar el hecho de que la Unión Europea haya producido un gran número de directivas, que, aunque directamente relacionadas con los llamados contratos de consumo o contratos con consumidores, han supuesto, según se dice, un núcleo de ese Derecho europeo de contratos que a su vez impone la necesidad de coordinarlo con el resto del ordenamiento, pues la existencia de una estrecha relación entre las diversas partes del ordenamiento resulta indiscutible.

Todo ello ha provocado que, con independencia del éxito que esas tentativas y esos trabajos hayan podido tener y puedan tener en el futuro, en la superación de los Derechos nacionales en esta materia, algunos países de lo que se suele llamar nuestro entorno hayan sentido la necesidad de poner al día su propia regulación y en cierta medida de colocarla en paralelo con las líneas por las que puede discurrir el futuro del Derecho europeo de contratos. Este ha sido muy especialmente el caso de la República Federal de Alemania con la llamada Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del año 2001, que ha introducido muy profundas variaciones en el Código Civil de aquel país, y con similares movimientos que se perciben en la República francesa y en algunos otros países europeos.

Es aconsejable, pues que las ya centenarias normas de nuestro Código Civil en esta materia sean examinadas, reexaminadas y en lo necesario sustituidas por otras.

Al tratar de pergueñar y organizar estas nuevas normas hay una serie de finalidades que no se pueden perder de vista. […] Una segunda finalidad, esta evidente, habrá de ser buscar la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos, tal y como estos son concebidos hoy. No es discutible que la existencia de diferencias no muy grandes entre unos y otros ordenamientos dentro de la Unión Europea, pueda facilitar lo que reiteradamente se denominan operaciones transfronterizas. Y todo ello, en espera de una unifica-

[9] Teniendo presente lo que se indica en la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2009,* en 2010 apunté: «[a]l menos por una razón cronológica, el DCFR 2009 no ha sido tenido en cuenta en la redacción de la *Propuesta civil* [de 2009]. Tampoco creo [por mi parte] que se haya tenido presente al DCFR 2008 (*Interim Outline Edition*), si bien en la Exposición de Motivos de la *Propuesta civil* [de 2009] se alude al futuro Derecho Europeo de contratos [sintagma este último que aparece en el siguiente párrafo que transcribo, en el cuerpo del texto, de la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2009*]» [Fenoy Picón, *ADC* (2010) [3] [i] a) p. 54].

Por evidente y mera razón cronológica, no se tuvo en cuenta para la redacción de la *Propuesta de 2009* a la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea* de 2011.

ción de las normas de Derecho Europeo de Contratos que, en algún momento, podrán producirse» (IV de la EM) [10].

[A.2] *Según la Exposición de motivos de la Propuesta de 2023*

«Cumpliendo la encomienda del Ministerio de Justicia [*supra* nota 2 b)], se ha procedido a revisar la propuesta de modernización de los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil español, elaborada por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia en 2009 (en adelante, PM 2009). Conviene recordar que el contenido de esta parte del Código ha permanecido prácticamente inalterada desde su publicación en 1889 y así sigue su regulación vigente. Esto significa que el Código Civil español es, en este momento, uno de los más antiguos de nuestro entorno en la materia que nos ocupa, puesto que la práctica totalidad de los países europeos y muchos otros de tradición codificadora, o bien cuentan con Códigos más modernos que el nuestro, o han procedido a la modernización de sus viejos textos en sede de obligaciones y contratos (los casos más significativos, Alemania en 2000 y Francia en 2016-2018 o Bélgica en 2022).

Esta situación nos coloca en una clara desventaja en relación con esos otros ordenamientos cuyas normas se adecúan mucho mejor que las nuestras a las modernas exigencias del tráfico económico y jurídico, y están en consonancia con las líneas marcadas por el Derecho uniforme y europeo, lo que no sucede en nuestro caso.

A lo expuesto cabe añadir que la letra del Código Civil español está cada vez más distanciada de la propia evolución jurisprudencial que, por un lado, en muchas ocasiones tiene que realizar enormes esfuerzos para que el texto codificado no se convierta en obstáculo para la solución de los conflictos planteados y, por otro, no siempre resulta suficientemente clara y estable.

Todo ello explica que, en la labor de actualización y partiendo siempre de la citada PM 2009, cuyas líneas básicas se han tratado de respetar en la medida de lo posible, como no podía ser de otra manera, la propuesta revisada (en adelante, PMR) ha tomado en consideración tres *fuentes principales* [cursiva del original]:

1. Nuestra propia tradición jurídica, recogiendo, adaptando o aclarando las respuestas que la jurisprudencia y doctrina españolas han venido dando a los problemas suscitados en la práctica que no tenían una solución pacífica en la letra del Código, o que la que aparentemente este suministraba ya no podía considerarse adecuada.

2. Los numerosos textos internacionales de distinta naturaleza y alcance publicados en las últimas décadas: la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que forma parte del ordenamiento jurídico español; además, los Principios Europeos de Derecho de Contratos (PECL, por sus siglas en inglés), los principios Unidroit sobre los contratos co-

[10] Comisión General de Codificación (Sección Civil) (2009) pp. 18-19.

merciales internacionales, textos que ya habían sido tomados en consideración por la citada propuesta [de 2009] y a los que cabe añadir, con posterioridad, el llamado Marco Común de Referencia (DCFR, por sus siglas en inglés), la Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea (CESL, por sus siglas en inglés) y algunas directivas europeas recientes que, directa o indirectamente, inciden también en cuestiones generales de obligaciones y contratos.

3. Los códigos civiles más cercanos a nuestra tradición jurídica que ya han sido objeto de modernización y cuyo proceso de actualización también ha sido influenciado por los textos internacionales que se acaban de citar. Por su importancia teórica y práctica y por su carácter reciente, han sido objeto de especial atención las reformas alemana, francesa y belga» [11].

[B] *Sobre las opciones procedimentales para reformar la teoría general del contrato y de las obligaciones del Código civil, y sus ventajas y desventajas según García Rubio. El procedimiento adoptado para la Propuesta de 2023: la ley de bases.*

García Rubio explica:

«La primera [posibilidad], y aparentemente más obvia, es el recurso al procedimiento ordinario (arts. 87 a 91 CE), a través de la presentación de un Proyecto de Ley del Gobierno, o de una Proposición de Ley de los grupos parlamentarios. Sería además el procedimiento, por decir así, más democrático.

Sin embargo, este procedimiento plantea varios problemas que pueden comprometer *a priori* su éxito. Se puede comenzar por señalar el escaso interés que, a pesar de su indudable importancia para la economía y funcionamiento del mercado, suscitan las obligaciones y contratos en sus señorías los parlamentarias, quienes tienen otras prioridades. […]

Volviendo al procedimiento legislativo ordinario en el Congreso de Diputados y en el Senado, el segundo y mayor problema deriva de su lentitud y complejidad. El sistema de enmiendas de los grupos parlamentarios y de doble cámara, además de otros peligros que se imaginan fácilmente, es largo y costoso. Podría discutirse en Comisión en lugar de en Pleno, lo que aligeraría un poco, pero no lo suficiente, además de resultar un tanto incoherente con la importancia real de la ley discutida.

En fin, el ordinario es un procedimiento escasamente compatible con una reforma de naturaleza muy técnica, que ha de tener una coherencia tanto orgánica con el resto del Código, como funcional respecto de todo ordenamiento jurídico, coherencia cuyo respeto corre serio peligro de utilizar un procedimiento demasiado sujeto a vaivenes políticos.

[…]

[11] Comisión General de Codificación (Sección Civil) (2023) pp. 20-22.

> […], el segundo mecanismo para lograr la reforma propuesta es encauzar su aprobación por el Gobierno a través de un Real Decreto […] Ley, con la posterior convalidación por parte del Congreso (art. 86). El mayor hándicap técnico que suscita esta vía es que, después de muchos años de espera por la reforma que nos ocupa, no es fácil considerar que concurren los presupuestos exigidos por la Constitución de «extraordinaria y urgente necesidad», si bien los antecedentes inmediatos en la práctica político-legislativa de estos últimos años no parece que haga esta ausencia de presupuestos un límite infranqueable. No deja de ser curioso que durante décadas el Código civil no fuera nunca modificado a través de un RD Ley, y en los últimos años el citado vehículo ya ha sido utilizado varias veces.
>
> La tercera vía es la delegación legislativa del Parlamento en el Gobierno, quien podría dictar un RD Legislativo (art. 85 CE) en forma de texto articulado de desarrollo de la previa Ley de Bases, fórmula perfectamente constitucional, prevista en el artículo 82 CE, que contienen los límites y exigencia que habría de cumplir. Añado también que el artículo 83 CE prohíbe que las leyes de bases faculten al Gobierno para dictar normas con carácter retroactivo, […]
>
> Con bastante probabilidad, en el contexto político y social actual, este es el procedimiento que mejor garantizaría la aprobación de la reforma que nos ocupa. El reparo mayor a este procedimiento (que es, a su vez, su mayor ventaja) es que evita la tramitación parlamentaria ordinaria y con ello, la intervención exhaustiva de los representantes de la soberanía nacional, quienes en este otro procedimiento se limitan a discutir y aprobar el contenido de la ley de bases; nada impide, sin embargo, que pudieran discutir el texto articulado, una vez presentado este.
>
> En resumen, este recurso plantea mayor eficacia en términos de tiempo y visos de mayor coherencia de la reforma, tanto en su aspecto interno, como en el conjunto del ordenamiento, porque los redactores del texto articulado serían básicamente técnicos y las posibilidades de injerencia política menores.
>
> Es palmario que este es el procedimiento elegido por el Ministerio de Justicia al hacer el encargo a la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, quien ha presentado además el texto articulado una Propuesta de Ley de bases.
>
> Aunque se pueda discutir su mayor, menor o nula conveniencia o idoneidad, lo cierto es que, en sus contextos histórico y normativos respectivos, fue el procedimiento que se utilizó para elaborar el CC de 1889, y para llevar a cabo algunas de sus reformas más importantes, señaladamente la del Título Preliminar de 1973.1974.
>
> Por otro lado, si se quiere incrementar la intervención parlamentaria en esta vía, con el objeto de paliar su presunto déficit democrático, recuerdo [García Rubio] que además de todas las previstas con carácter general para la elaboración de las leyes, el artículo 82.6 CE permite fórmulas adicionales de control, como puede ser la revisión *ex post* del texto articulado aprobado a fin de controlar su ajuste o no con la ley de bases, como de hecho se hizo en 1889, donde las Cortes forzaron una segunda edición del Código civil» [12].

[12] García Rubio, *RDC* (2024) pp. 4-8; *vid*. además Ammerman Yebra, *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes* (2025) pp. 224-239, 244.

[2] Por otro lado, y debido a lo reciente de la *Propuesta de 2023,* al menos y ahora he de señalar estos dos siguientes apuntes generales.

Uno, la *Propuesta de 2023* es el resultado de una revisión, actualización e incorporación de modificaciones sustanciales en la regulación de la *Propuesta de 2009* [*supra* nota 2 b)]. En la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023* se señalan una serie de orientaciones generales seguidas para la revisión de la *Propuesta de 2009* (siguiente [A]).

Dos, entre esas orientaciones generales seguidas, se encuentra la ausencia de normas transitorias en la *Propuesta de 2023* (siguiente [B]).

> [A] *Las orientaciones generales de la Propuesta de 2023, según su Exposición de motivos*
>
> «Antes de considerar su contenido con mayor detalle, es conveniente resaltar algunas *orientaciones generales* [cursiva del original] seguidas en esta revisión de la propuesta de modernización de 2009, que se concretan en los puntos siguientes:
>
> 1. *Redacción de los artículos* [cursiva, negrita del original]. La PMR ha procurado, de modo general, facilitar la legibilidad y compresión de los artículos. Para ello, se ha tratado de actualizar el lenguaje, a fin de hacerlo más asequible y accesible a los operadores jurídicos contemporáneos. Es de interés advertir, como innovación respecto a la PM 2009 que, siguiendo la técnica utilizada por los textos modernos, nacionales e internacionales, en la PMR todos los artículos se acompañan de una rúbrica con la que se trata de facilitar su localización y evocar su contenido. También, desde el punto de vista formal, se han procurado evitar reiteraciones que pudieran suscitar dudas interpretativas, por lo que, cuando ha sido considerado preciso, las eventuales repeticiones se han sustituido por remisiones. Asimismo, se ha simplificado la redacción de algunos artículos y uniformado el lenguaje técnico utilizado, con el objetivo de reforzar la precisión de los conceptos.
>
> 2. *Tratamiento de los contratos con consumidores* [cursiva, negrita en el original]. El legislador español optó, hace tiempo, por regular fuera del Código Civil el derecho de consumo. Este criterio de la PMR ha hecho necesaria la revisión de la orientación seguida anteriormente por la PM 2009, que contenía algunas normas sustantivas referidas a las relaciones contractuales de consumo. La versión revisada no contiene este tipo de normas, aunque en algunos casos se remita a ellas; son normas que se hallan recogidas en la legislación especial, ya muy densa y muy marcada por la necesidad de continua actualización. No obstante, sí se incluye de modo expreso la regla que consagra la aplicación supletoria de las normas del Código Civil a los contratos celebrados

entre empresarios y consumidores, subrayando así el carácter general y supletorio de las reglas del Código [13].

3. *Límites a la autonomía de la voluntad* [esta cursiva, negrita en el original]. En la PMR se ha considerado necesario revisar las fórmulas empleadas por el Código Civil para establecer los límites a la autonomía de la voluntad, algunas de las cuales, por su tradición histórica, habían sido conservadas en la PM 2009, donde encontrábamos expresiones como «moral» o «buenas costumbres». Se trata de locuciones que, en lo que concierne a los límites a la autonomía de la voluntad y a pesar de su arraigo histórico, no reflejan el pluralismo de la sociedad actual o el vigente sistema de principios del ordenamiento, necesariamente fundado en la Constitución. Por ello, en este punto en la PMR, las referencias a la moral, a las buenas costumbres e incluso al orden público –en este último caso, por la pluralidad de significados de esta expresión– han sido sustituidas por la mención de los «principios básicos del ordenamiento español», en línea con lo establecido en los textos del Derecho europeo de contratos.

4. *Intervención mínima en otras partes del Código Civil* [esta cursiva, negrita en el original]. De conformidad con el encargo recibido, los trabajos de actualización de la PM 2009 se han circunscrito a los Títulos I (De las obligaciones) y II (De los contratos) del Libro IV del Código Civil, de suerte que solo han sido modificados los preceptos del Código situados fuera de estas sedes cuando no hacerlo significaría, no solo romper la coherencia interna del texto codificado, sino, incluso, ocasionar evidentes antinomias. Para evitar este indeseable resultado, se proponen modificaciones o derogaciones de artículos ubicados en el ámbito de algunos contratos en particular, singularmente los de compraventa y mandato; del mismo modo, en menor medida, los de arrendamiento, sociedad, préstamo, depósito y fianza. Por las mismas razones de coherencia, se propone una modificación de los artículos 37.4 y 149.1 de la Ley Hipotecaria.

5. *Ausencia de disposiciones transitorias* [esta cursiva, negrita en el original]. En esta PMR se ha optado por no introducir disposiciones transitorias específicas. Se ha tenido en cuenta que muchas de las reglas y principios que en ella se recogen, ya se vienen aplicando en nuestro ordenamiento por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al interpretar los preceptos actualmente vigentes

---

[13] a) Sobre esta cuestión, García Rubio, *RDC* (2024) pp. 8-10; *vid*. además Nieto Alonso, *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes* (2025) pp. 293-302.

b) Artículo 1218 PMCC 2023: «El contrato

1. […] [lo transcribo *infra* nota 688 a)].
2. […] [lo transcribo *infra* nota 690 a)].
3. El presente título [Título II «De los contratos»] contiene las reglas generales aplicables a todos los contratos, incluidos los contratos con consumidores o usuarios, siempre que sus normas no se opongan a las reglas especiales que les sean de aplicación».

c) En la base sexta de la *Propuesta de Ley de Bases que acompaña a la Propuesta de 2023* se apunta, entre otras cosas, que «se establecerá el carácter supletorio de las reglas aplicables a todos los contratos, incluidos los celebrados con consumidores y usuarios» (transcribo de nuevo este fragmento del texto de la base sexta, *infra* [38] a) segunda [A]).

Igualmente se apunta ese carácter supletorio en la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023, infra* [38] a) [B].

del Código Civil. Cuando ocurra así, la PMR no debe entenderse como un cambio en nuestro ordenamiento jurídico, sino más bien como la plasmación legal de una sólida corriente jurisprudencial previa, que ya venía estando vigente en él. Por lo tanto, la aplicación de las disposiciones transitorias del Código Civil no debe impedir que los preceptos de esta reforma se apliquen a obligaciones y contratos nacidos con anterioridad a ella, cuando esta solución sea procedente de conformidad con el derecho transitorio general.

Por otro lado, la relevancia de la reforma, en una materia tan nuclear como la que nos ocupa, hace aconsejable que el legislador, en su momento, establezca un periodo de *vacatio legis* lo suficientemente amplio, como para permitir que las nuevas normas se conozcan y asimilen [14].» [15]

[B] *Sobre la ausencia de normas transitorias en la Propuesta de 2023 y las oportunas reglas aplicables al respecto*

A propósito de la orientación general de la *Propuesta de 2023* de no incluir disposiciones transitorias (orientación 5 del texto que reproduzco en la inmediatamente anterior [A]), García Rubio señala que, «[e]n resumen, la PMR opta, por un lado, por no incluir disposiciones transitorias *ad hoc* y, por otro, por remitirse en este punto a lo que llama el Derecho transitorio general, esto es al artículo 2 CC y a las propias disposiciones transitorias del Código civil, en lo que resulten aplicables» [16].

Teniendo presente lo anterior, García Rubio apunta seis «reglas básicas de derecho intertemporal aplicables al cambio legislativo previsto» por la *Propuesta de 2023.* Son:

a) «Regla 1.ª La nueva ley se aplicará a partir de su entrada en vigor.

[…]

[…] Aunque es cierto que la nueva regulación no pueda ser invocada durante ese hipotético plazo [de *vacatio*] como Derecho vigente, no lo es menos que en la práctica puede conducir a una suerte de aplicación anticipada de la nueva regulación. Tal es así, en la medida en que su contenido puede influir, consciente o inconscientemente, en la interpretación y, por ello, en la respuesta dada por los operadores jurídicos a las situaciones jurídicas surgidas durante el plazo de *vacatio.* Esto puede ocurrir, sobre todo, en aquellos casos en los que no existe una jurisprudencia clara sobre el problema en cuestión y la solución aportada en la ley nueva podría ser ya una de las posibles con la legislación anterior» [17].

---

[14] En opinión de García Rubio, «[p]arece que un cambio legislativo de la entidad que tratamos aquí [el de la *Propuesta de 2023*] exige un plazo de *vacatio* suficientemente largo para que los operadores jurídicos, y en especial quienes han de aplicar el nuevo Derecho, lo estudien y conozcan. A título de muestra, un año ha sido el plazo utilizado por nuestro legislador en otras ocasiones de entidad parangonable a esta» [*RDC* (2024) p. 14]. Y en nota 30 de p. 14, García Rubio se refiere, como ejemplos, a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 07.01.2000, o a la «LO 5/2002, de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores».

[15] Comisión General de Codificación (Sección Civil; Grupo de Trabajo) (2023) pp. 22-24.

[16] García Rubio, *RDC* (2024) p. 13.

[17] García Rubio, *RDC* (2024) pp. 14-15.

b) «Regla 2.ª La entrada en vigor de la nueva ley implicará la derogación de las disposiciones del Código civil contenidas en los Títulos I y II del Libro IV y de todos los preceptos situados en otros lugares del Código afectados expresamente por la PMR. Pero también de aquellos que, sin ser mencionados, sean incompatibles con la nueva normativa, tal y como señala el artículo 2.2 CC, precepto que reconoce tanto la derogación expresa como la tácita por incompatibilidad entre lo previsto en la vieja y en la nueva legislación» [18].

c) «Regla 3.ª La nueva ley, una vez entre en vigor, será de aplicación inmediata a todas las situaciones jurídicas (actos, contratos u otras relaciones obligatorias) surgidas o producidas a partir de su entrada en vigor, tanto por lo que atañe a su formación, como a sus efectos, su transmisión y su extinción» [19].

d) «Regla 4.ª La antigua ley, esto es, el texto actual del Código civil, se aplicará a las situaciones jurídicas creadas válidamente con anterioridad a la entrada en vigor, tanto en su producción como en sus efectos. Esto último implica que su aplicación irradiará no solo sobre los efectos producidos hasta el momento de la derogación, sino también, en principio, a los efectos futuros de esas situaciones jurídicas (obligaciones, cumplimiento, incumplimiento, etc.) nacidas en el pasado, lo que significa una suerte de ultraactividad de la ley derogada. […]

Lo enunciado supone que la aplicación de la ley antigua continuará produciéndose durante mucho tiempo, pues esas situaciones jurídicas nacidas antes de la entrada en vigor de la ley nueva pueden dilatarse años o incluso décadas. Al mismo tiempo, se crearán otras ya con la ley nueva en vigor, produciéndose así la coexistencia de dos regímenes jurídicos, que pueden ser similares, que pueden ser muy distintos, o en parte ser una cosa y en parte la otra.

La aludida ultraactividad de la ley antigua es lo que resulta tanto de la inteligencia tradicional del principio general de irretroactividad consagrado en el artículo 2.3 CC, como, en particular, para los contratos, de la Disposición Transitoria Segunda del CC, principio que, así entendido, se ha considerado alineado con el más genérico de seguridad jurídica. Se debe aclarar, […], que esa ley antigua ha de ser aplicada con su interpretación jurisprudencial adecuada, cuestión sobre la que he de volver [García Rubio] más adelante.

[…]

[…], lo que el artículo 2.3 CC entiende por ley retroactiva […]: una ley retroactiva es aquella que incide sustancialmente en situaciones creadas en el pasado, aunque esas mismas situaciones conlleven efectos todavía pendientes para el futuro. En consecuencia, la ley irretroactiva en este sentido civil clásico supone el mantenimiento de la ley antigua hasta que la situación jurídica creada bajo su abrigo agote sus efectos; esta ha sido, al menos, la manera habitual de entender el precepto en nuestra doctrina.

Desde luego, esta interpretación de la irretroactividad se consagra de modo expreso en la Disposición Transitoria Segunda del Código civil para los actos y

[18] García Rubio, *RDC* (2024) p. 15.
[19] García Rubio, *RDC* (2024) p. 15.

negocios jurídicos, incluidos los contratos, considerándose que es el que mejor se acomoda al requerido respecto a la voluntad de las partes y, por añadidura y como ya se ha dicho, el más consistente con la seguridad jurídica. Esta última disposición […] recoge la máxima *tempus regit actu*, y su aplicación implica que, en principio, los actos y contratos perfeccionados bajo el Código civil vigente continuarán rigiéndose por sus normas hasta agotar todos sus efectos, sin que estos se vean alterados por la entrada en vigor del nuevo régimen. […]

Con todo, […], es bien conocido que el principio general de irretroactividad de las normas, a pesar de su solemne declaración, cuenta con notables excepciones […]» [20].

e) «Regla 5.ª La ley nueva podría aplicarse retroactivamente en los puntos que ella misma señale, si es que lo hace, conforme al artículo 2.3 CC y con los únicos límites del artículo 9.3 CE. Hasta lo que se me alcanza [García Rubio], la PMR no dispone en ningún precepto una retroactividad expresa, aunque la doctrina y la jurisprudencia admiten también la posibilidad de que se contemple en la norma una retroactividad tácita, deducida por vía de interpretación siempre que las nuevas disposiciones legales ofrezcan inequívoco carácter retroactivo. […]

Pero además de la excepción literalmente reconocida en el artículo 2.3 CC, será pertinente aplicar la nueva ley a las situaciones jurídicas anteriores en varias ocasiones más.

La primera [aplicación de la nueva ley] cuando se trate de la modificación o revocación de los actos y contratos celebrados bajo la legislación anterior o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos, por mor de la citada Disposición Transitoria Segunda del CC *in fine*. Conforme al último párrafo de esta, referido expresamente a los actos *mortis causa* pero considerado por la doctrina de aplicación analógica a los contratos y a cualquier otro acto, la revocación de un contrato anterior o la novación del mismo, así como el propio contrato novado o revocado, por ejemplo, quedarán sometidos al régimen de la nueva ley, lo que no deja de suponer la aplicación del principio *tempus regit actum*, pues el acto de revocación o de modificación es ya un acto realizado bajo el imperio de la nueva legislación.

[…]

En caso de cesión del contrato de arrendamiento (o de cualquier otro) entiendo [García Rubio] que se ha producido una modificación del contrato en los términos de la aludida disposición transitoria segunda, por lo que tanto el acuerdo de cesión por ser posterior a la entrada en vigor de la nueva ley, como el contrato cedido por implicar una modificación del contrato celebrado bajo el régimen anterior, quedarán sometidos al régimen jurídico de la ley nueva.

[…]

[20] García Rubio, *RDC* (2024) pp. 15-19.

> […], además, creo [García Rubio] que la aplicación inmediata de la nueva ley a los actos y contratos nacidos con anterioridad a su entrada en vigor se producirá igualmente cuando las nuevas normas vengan a consagrar principios básicos del ordenamiento jurídico que no fueron tenidos en cuenta, o no lo fueron de modo suficiente, en la legislación derogada. […]
>
> La Disposición Transitoria Segunda solo se refiere a los actos y contratos, pero no a otros hechos, facultades, situaciones o incluso a algunas definiciones recogidas en artículos de la PMR para delimitar conceptos, supuestos que no son genuinamente actos o contratos pero que tienen relevancia para el crédito o la deuda. […] Al respecto, el principio de irretroactivad sancionado en el artículo 2.3 CC, tal y como se ha descrito, parece conducir a la aplicación de la ley antigua, […]
>
> En este punto se debe poner de relieve un asunto de importancia capital en el caso de esta *Propuesta de 2023* […]: me refiero a la apariencia de aplicación retrospectiva de la ley nueva en los casos en los que la PMR se ha limitado a recoger la interpretación de una norma que ya venían haciendo nuestros tribunales, y a la que incluso, en algunos casos, cuando menos, se puede conceder el carácter de jurisprudencia en el sentido más técnico-civil del término, si se me permite la expresión; […]
>
> En efecto, […] muchos de los artículos incluidos en ella [en la *Propuesta de 2023*], y que pudieran ser aparentemente novedosos en relación con las reglas expresadas en el Código vigente, no suponen en realidad ruptura alguna con la normativa actual, pues, o bien son meros textos interpretativos que se limitan a precisar el sentido de una ley anterior, o no se trata de reglas nuevas, sino de la plasmación en el texto legal de las reglas que ya vienen aplicando nuestros tribunales y demás operadores jurídicos. Lo que ha operado la PMR en estos casos es lo que los juristas francófonos llaman una codificación *à droit constant,* pero no un verdadero cambio normativo y, por lo tanto, la aplicación de los nuevos textos a situaciones nacidas en el pasado, pero susceptibles de producir efectos todavía pendientes, no puede ser considerada en modo alguno retroactiva.
>
> […]
>
> En síntesis […], la aplicación por los operadores jurídicos de alguna de las reglas que plasman interpretaciones ya consolidadas de la ley anterior pudiera dar la impresión de que la ley nueva proyecta su foco al pasado, cuando en realidad solo lo hace en apariencia. La apariencia de aplicación inmediata de la ley nueva no supone ninguna novedad, pues esta se limita a realizar la plasmación escrita de lo que ya se venía tratando como Derecho vigente; por ello, entiendo [García Rubio] que no hay una genuina aplicación retroactiva.
>
> […]
>
> Evidentemente, tampoco se podrá hablar en rigor de retroactividad cuando la nueva norma escrita se límite a repetir exactamente, o con variaciones intras-

cendentes, otra de la legislación anterior, situación que tampoco es infrecuente en la PMR […]» [21].

f) «Regla 6.ª […], las disposiciones sancionadoras no favorables que se introducen en la PMR, aun siendo normas civiles, no pueden tener efecto retroactivo, según la Disposición Transitoria Tercera del CC» [22].

[3] Hecha en el anterior [2] una general y básica caracterización de la *Propuesta de 2023, ¿qué* es oportuno que apunte ahora, con carácter meramente introductorio, para los requisitos de existencia del contrato, el dolo y la ventaja injusta?

a) En relación a los requisitos de existencia del contrato, en la *Propuesta de 2009* se suaviza los exigidos en el artículo 1261 CC. Además de no contener un artículo enumerador como el del artículo 1261 CC, entre otros extremos, en la *Propuesta de 2009* se requiere que las partes tengan voluntad de vincularse y estén de acuerdo en los elementos esenciales del contrato, aunque algún punto se deje a posteriores negociaciones; además las obligaciones contractuales deben estar suficientemente determinadas; la causa sigue siendo un requisito del contrato, pero no con el rigor que tiene en la regulación del Código civil; y la imposibilidad inicial de la obligación contractual no afecta a la validez del contrato (ni tampoco afecta a la validez, si se carece de la facultad de disponer del bien).

Por su parte, en la *Propuesta de 2023* se viene a ahondar en el camino, ya iniciado por la *Propuesta de 2009,* de facilitar la existencia del contrato. En este sentido, continúa exigiéndose la voluntad de vincularse, especificándose que el acuerdo suficiente lo sea para su ejecución; desaparece el término causa, pero sus posibles funciones son tenidas en cuenta (están presentes en la regulación); y se continúa con la regla de que la imposibilidad inicial de la prestación contractual no afecta a la validez del contrato (y lo mismo, si se carece de la facultad de disponer del bien).

---

[21] García Rubio, *RDC* (2024) pp. 20-25.

Además, sobre la posible incidencia de la autonomía de la voluntad, según García Rubio: «no debemos olvidar que cuando estemos ante materia contractual todo lo dicho podrá ser cambiado por la voluntad de las partes, siempre que no traspasen los límites de la autonomía privada. Al fin y al cabo […], la irretroactividad *tout court* que contempla la Disposición Transitoria Segunda del Código civil presume ser lo más respetuosa con [la] autonomía privada; si las partes se manifiestan de modo contrario, debe ceder. En definitiva, los contratantes pueden decidir el sometimiento de los efectos futuros de su relación contractual a la ley nueva, a pesar de lo que diga la citada Disposición Transitoria Segunda, que debe tratarse como norma dispositiva» (pp. 25-26).

[22] García Rubio, *RDC* (2024) p. 26; para las disposiciones sancionadoras y favorables, pp. 26-28, y para las normas restrictivas de derechos individuales, p. 28.

b) Para el dolo, vicio del consentimiento dispuesto en el Código civil (arts. 1269 y 1270), la *Propuesta de 2009* actualiza su regulación, actualización mayor o menor en función de la interpretación que se defienda para determinados requisitos fijados en los artículos que de él se ocupan.

En cuanto a la *Propuesta de 2023,* en esta se viene a mantener, con alguna modificación, la regulación del dolo de la *Propuesta de 2009.* Pero además, se introduce la importante novedad de regular la indemnización de daños por dolo (se anule o mantenga el contrato; adelanto que esta regulación de la indemnización de daños también se aplica a la ventaja injusta). Otra importante novedad de la *Propuesta de 2023* es su regulación de la solución de la elección, cuando hay concurrencia entre los remedios del dolo con aquellos otros del incumplimiento (solución asimismo aplicable a la ventaja injusta).

c) Sobre la ventaja injusta, recuerdo que la misma se introdujo al Código civil por *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* [23]. La ventaja injusta, vicio del consentimiento [24], no se menciona en el artículo 1265 CC (no reformado por la Ley 8/2021), ni se dispone para la misma una regulación general al modo de los otros vicios del consentimiento (error, violencia [25], intimidación, dolo, arts. 1266 a 1270 CC; artículos tampoco reformados por la Ley 8/2021). Lo que hizo la Ley 8/2021 fue incorporar la ventaja injusta dentro de la regulación «De la nulidad de los contratos». En concreto, en los artículos 1302.3, 1304 y 1314.III CC (*vid.* además, art. 1301.4.º CC) [26].

En su análisis del artículo 1302.3 CC [27], García Rubio/Varela Castro, e Infante Ruiz consideran que la Ley 8/2021 incorpora al Código civil un concreto supuesto de contratante vulnerable, el de persona con discapacidad, siendo aquel artículo 1302.3 CC una avanzadilla de una futura regulación de la ventaja injus-

---

[23] a) BOE núm. 132, 03.06.2021.

b) En el ámbito del derecho comparado, poco antes de la señalada reforma del Código civil, en el derecho alemán se había reformado su regulación en relación con las personas con discapacidad; sobre esto, Lipp (2024) pp. 767-798; también Buchhalter Montero, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (2022) pp. 152 y 154-167.

c) Y para el derecho italiano, Barba/Torres Costas, *Civilius. Revista Internacional de Derecho privado* (2025) pp. 73-77, 87-94, y en pp. 94-96 estos autores formulan una serie de propuestas de mejora; con anterioridad, Barba, *Revista Cubana del Derecho* (2021) pp. 284, 291, 296-305.

[24] Por ejemplo, Infante Ruiz considera que la introducción de la ventaja injusta al Código civil «[s]e prevé como un vicio del consentimiento», fragmento este dentro del texto que de este autor transcribo *infra,* nota 396.

[25] Sobre la violencia como vicio del consentimiento, *infra,* nota 56.

[26] En la regulación de las obligaciones y contratos, la ventaja injusta aparece además en los artículos 1163 y 1765, segunda regla, CC.

[27] Para las sucesivas propuestas de redacción hasta llegar a la finalmente aprobada y vigente del artículo 1302.3 CC, Fenoy Picón (2023) [3] pp. 35-40.

ta [28]. García Rubio aclara que la razón de que la Ley 8/2021 no incorpore al Código civil la causa general de anulación contractual de la ventaja injusta es que su objetivo «residía únicamente en la adaptación del ordenamiento español al artículo 12 CNUDPD [Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006], quedando muy lejos de su alcance la modificación integral de la teoría general del contrato del Código Civil español» [29]. Por otro lado, advierte esta misma autora, «[e]s cierto que las reglas comparadas que contemplan la ventaja injusta suelen tomar en consideración, en cuanto a las deficiencias personales del sujeto, la inexperiencia, la ignorancia, la falta de previsión y/o la falta de habilidad negociadora de la parte perjudicada […]; [y reconoce García Rubio que] no se suele incluir la discapacidad que, sin embargo, creo [García Rubio] que cohonesta perfectamente con las circunstancias descritas» [30].

---

[28] Fenoy Picón (2023) [3] [A.1] pp. 41-42 (para García Rubio/Varela Castro) y nota 40 de pp. 42-43 (para Infante Ruiz).

[29] a) Fenoy Picón (2023) [A.1] p. 42.

b) Para García Rubio, estas otras afirmaciones suyas en similar sentido: «con la LRAPD [Ley 8/2021] se introduce en nuestro Código civil una figura, la de la ventaja excesiva o ventaja injusta que, lejos de suponer una innovación carente de antecedentes, resulta bien conocida en el moderno Derecho de contratos, en cuyos textos aparece de modo reiterado. Aunque solo pueda hacer aquí [García Rubio] un apunte sobre esta interesante novedad, recordaré que se trata de una institución que combina criterios de justicia sustantiva (ventaja injusta o desequilibrio excesivo en favor de una parte) con otros de justicia procedimental (aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad del otro contratante) que ha tenido una buena recepción en las reformas de los Códigos civiles que no son más cercanos» [(2022) p. 351; en nota 54 de p. 351, García Rubio se refiere al art. 621-45 CCCat y al art. 1143 CCF].

Continúa la autora: «No es inoportuno preguntar entonces por qué, con ocasión de esta reforma [de la Ley 8/2021], no se ha hecho una regulación general de la ventaja injusta, en lugar de reservarla exclusivamente para los contratos celebrados por personas con discapacidad. Sin duda, correctamente articulada la citada figura podría ser lo suficientemente flexible para dar cabida, entre las múltiples situaciones de vulnerabilidad, a la específica de discapacidad de uno de los contratantes. Es más, esta innovación general se ajustaría a los razonables planteamientos para los que la protección de las personas con discapacidad en el ámbito contractual debe pasar por la construcción de mecanismos que estén disponibles, no para ellas específicamente, sino también para cualquier persona que merezca tal particular tutela.

Pero lo cierto es que el objetivo de la LRAPD residía únicamente en la adaptación del ordenamiento español al artículo 12 CNUDPD, quedando muy lejos de su alcance la modificación integral de la teoría general del contrato del Código Civil español, reforma tan urgente y necesaria como desantendida hasta ahora por el poder político. Mientras esta esperada modificación no se produzca, la figura en cuestión se ha plasmado, a modo de avanzadilla, únicamente para el caso de que el vicio procedimiental haya consistido, precisamente, en aprovecharse de la vulnerabilidad específica que representa la discapacidad a la hora de negociar un contrato» [(2022) pp. 351-352].

[30] a) García Rubio (2022) nota 53 de p. 351.

b) Refiriéndose al artículo 621-45 CCCat (cuyo apartado 1 regula la ventaja injusta y transcribo *infra* en el cuerpo del texto, siguiente [A.1]), Barceló Compte entiende que, en el mismo, podría incluirse «la situación de discapacidad». En concreto: «las cuestiones que denotan un estado potencial de debilidad [por ejemplo, la figura de la ventaja injusta en el artículo 621-45 del CCCat señala las siguientes: la relación de dependencia o de confianza entre las partes, la situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, la incapacidad para uno de los contratantes de prever las consecuencias de sus actos, o que una de las partes sea manifiestamente ignorante o manifiestamente carente de experiencia (a la que podría añadirse, también, la situación de discapacidad ya que el artículo no se define por el *numerus clausus*)] configuran, así, los aspectos procedimentales de este instrumento [de la ventaja injusta]» [*ADC* (2024) p. 554].

Lo cierto y completando por mi parte lo anterior, es que ya antes de la Ley 8/2021 algunos autores venían defendiendo la incorporación al Código civil de la ventaja injusta como otro vicio más del consentimiento contractual de carácter general. Sería, añado, el quinto vicio del consentimiento, a sumar a los tradicionales del error, violencia[31], intimidación, y dolo. En este sentido, proponen que la ventaja injusta sea regulada como nuevo vicio del consentimiento, Gómez Calle, Yáñez Vivero, Infante Ruiz, y se intuye en García Vicente[32]. Pero también se ha defendido su incorporación al Código civil como supuesto de rescisión por lesión (Linacero De La Fuente)[33], o la introducción de una norma especial al Código civil que dé solución al problema fuera de los vicios del consentimiento (Del Olmo García)[34]. E incluso que no se incluya en el Código civil norma alguna al respecto (Carrasco Perera) o, que «es más que dudosa la conveniencia de la inclusión de la nueva figura» de la ventaja injusta. (Rodríguez-Rosado)[35].

> [A] *Excurso sobre los derechos civiles catalán y aragonés y la ventaja injusta, y sobre el derecho navarro y la influencia indebida y el abuso de influencia.*
>
> [A.1] *En el derecho catalán.*
>
> *a)* En 2017, se incorpora a dicho derecho la ventaja injusta. En concreto, en virtud del artículo 621-45.1 CCCat: «Ventaja injusta
>
> 1. El contrato de compraventa y los otros de carácter oneroso pueden rescindirse si, en el momento de la conclusión del contrato, una de las partes dependía de la otra o mantenía con ella una relación especial de confianza, estaba en una situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, era incapaz de prever las consecuencias de sus actos, manifiestamente ignorante o manifiestamente carente de experiencia, y la otra parte conocía o debía conocer esta situación, se aprovechó de ello y obtuvo un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta.

---

[31] Sobre la violencia como vicio del consentimiento, *infra*, nota 56.

[32] Fenoy Picón (2023) [20] [A] pp. 116-123.

[33] Fenoy Picón (2023) [20] [A.2] pp. 124-126; Linacero De La Fuente ofrece una concreta regulación *de lege ferenda* (en la que, entre otros extremos, propone que el perjuicio patrimonial supere el 25 %).

[34] Fenoy Picón (2023) [20] [A.3] pp. 126-128.

[35] a) Fenoy Picón (2023) [19] b) y [A.2] pp. 113-115, en donde consulto la tercera edición del *Derecho de contratos* (2021) de Carrasco Perera; en la cuarta edición de dicha obra, el autor continúa manteniendo la misma opinión [(2024) 9/21, pp. 491-492].

b) En concreto, según Rodríguez-Rosado: «Pero más allá de esas variantes, la cuestión central es la necesidad misma de recibir la institución en nuestro Ordenamiento. Si se tiene en cuenta su origen anglosajón, el desconocimiento en esos sistemas de la figura del dolo como vicio del consentimiento, y el propio concepto amplio de dolo –que no exige un error en quien lo sufre– que emplea tanto el texto del vigente artículo 1269 como nuestra jurisprudencia, es más que dudosa la conveniencia de la inclusión de la nueva figura. Más aún porque los casos más típicos, relativos a los contratos de préstamo, están ya contemplados en la Ley de represión de la usura, que quizá sí sería momento de introducir en el Código. En tal sentido ha comenzado a pronunciarse un representativo sector de la doctrina» [(2025) pp. 124-125].

2. […]».

b) En 2023 analicé la ventaja injusta del derecho civil catalán y remito a lo que dije sobre ella (preámbulo, texto normativo, requisitos y efectos) [36].

Situándome ahora en 2025, ya se cuenta con un conjunto de sentencias en las que se ha decidido sobre la aplicación de la ventaja injusta del artículo 621-45.1 CC. Por ejemplo, las siguientes sentencias de Audiencias Provinciales, en todas las cuales se desestimó que hubiera existido ventaja injusta, pues, en el caso del que se conocía no se cumplían sus requisitos: *SAP Barcelona, sec. 11, 22.09.2021 (Pte. Ilma. Sra. María del Mar Alonso Martínez;* Cendoj, Roj SAP B 10641/2021) [37], *SAP Barcelona, sec. 4, 28.03.2022 (Pte. Ilmo Sr. Jordi Lluis Forgas Folch;* Cendoj, Roj SAP B 3297/2022) [38], *SAP Tarragona, sec. 3,*

---

[36] Fenoy Picón (2023) [136] [A] pp. 641-656.

[37] a) En cuanto a los hechos, se conoce de la venta de una finca y el vendedor (Gabino) demanda su rescisión por considerar que hubo ventaja injusta del artículo 621-45.1 CCCat y, subsidiariamente, la adaptación del precio pagado al precio del mercado. En primera instancia se desestima su petición; no se probó la ventaja injusta. El vendedor Gabino recurre en apelación y su recurso es desestimado.

b) En lo que interesa, según la Audiencia Provincial de Barcelona:

«Pues bien, a la vista de la prueba practicada y pese a la argumentación de la apelante [el vendedor Gabino], debe mostrarse conformidad con el criterio de la resolución de instancia, entendiendo esta Sala que no existe prueba cierta alguna que determine la pertinencia de estimar la apelación y apreciar la lesión, no hallándonos ante los requisitos previstos legalmente.

En concreto debe señalarse que no queda probada la relación de dependencia o de especial confianza, que no queda determinada por el hecho de una situación de vecindad; la incapacidad de prever las consecuencias de sus actos, no existiendo prueba médica al respecto, y parecer por el contrario, por diversas testificales mencionadas en la resolución apelada, que la intención de vender la finca venía de atrás y que no se había consumado por no habérsele ofrecido el precio solicitado.

Mención especial merece lo testificado por […] Violeta, cuidadora de la esposa, que presenció el ofrecimiento de venta al vecino, […] Teodoro y a las codemandados [Gervasio e Irene] y las manifestaciones notariales del amigo y citado […] Teodoro, que corroboró la intención de venta desde años atrás, por ser la vivienda poco idónea y antieconómica y que no le habían ofrecido más de 2.000.000 euros, habiendo constatado que el difunto […] [el vendedor] Gabino estaba contento con la venta realizada.

Tampoco consta un aprovechamiento o un beneficio injusto o excesivo. La compraventa fue por 300.000 euros, resultando de la pericial de […] Asunción, y aportada por la demandada [Gervasio e Irene], la necesidad de una reforma que concreta en 150.000 euros y de retirar la maquinaria que había dentro por el negocio que se había regentado por el vendedor [Gabino] y que la tasación a la que alude el apelante [el vendedor Gabino], por 431.833,52 euros, se hizo con ocasión del préstamo hipotecario y para la formalización de la compraventa» (FD 2.º).

c) Sobre esta *STS Barcelona, sec. 11, 22.09.2021,* Fenoy Picón (2023) nota, 1214 b), pp. 646-647.

[38] a) En cuanto a los hechos, se vende una vivienda y varias plazas de aparcamiento y trasteros, y, una vez transmitida su propiedad, hubo un expediente de protección de legalidad urbanística que terminó en una resolución en la cual se declaraba manifiestamente ilegalizables las obras efectuadas sin licencia, requiriéndose a la propiedad (a los compradores; fecha 20.12.2016) para su derribo y restitución al estado anterior de los elementos afectados. Ante esto, la propiedad (los compradores; CORPEDIFICACIONES, SL), que entendía que la vendedora (promotora; TRAPS IMMO, SA) había incumplido el contrato, acuerda en otro contrato de fecha 20.12.2016 (contrato de compromiso de compra), entre otras cosas, y con TRAPS IMMO, SA (promotora), la resolución de la compraventa antes celebrada, la autorización a CORPEDIFICACIONES, SL, para la realización de todas las actuaciones jurídicas y materiales necesarias para la solución del expediente de legalidad, y que CORPEDIFICACIONES, SL, se obligaba a la recompra de la vivienda, plazas de aparcamiento y trasteros. TRAPS IMMO, SL (promotora) demanda a CORPEDIFICACIONES, SL y pide, entre otras cosas, el cumplimiento de la compra de la viviendas, plazas de aparcamiento y trasteros pactado en el contrato de 20.12.2016 (y luego ratificado el 19.12.2017). Todo lo anterior en los FD 1.º a 3,º AH 1.º

27.04.2023 (Pte. Ilma. Sra. Silvia Falero Sánchez; Cendoj, Roj SAP T 503/2023) [39], *SAP Girona, sec. 1, 07.06.2023 (Pte. Ilma. Sra. Rebeca González Morajudo*; Cendoj, Roj SAP G 927/2023) [40], y *SAP Barcelona, sec. 13, 11.04.2024 (Pte. Ilma. Sra. Mireia Rios Enrich;* Cendoj, Roj SAP B 4212/2024) [41].

En primera instancia se estima la demanda de la promotora TRAPS IMMO, SA y se condena a CORPEDIFICACIONES, SL, al cumplimiento del contrato de 20.12.2016. CORPEDIFICACIONES recurre en apelación e invoca el artículo 621-45.1 CCCat. La Audiencia Provincial de Barcelona lo desestima.

b) En lo que interesa, según la Audiencia Provincial de Barcelona:

«En cuanto a la invocación de lo dispuesto en el artículo 621. 45.1 del Codi Civil de Catalunya […], debemos señalar que dicha invocación resulta inapropiada, ya que ni se ha ejercitado acción alguna de rescisión por lesión [*sic*; por ventaja injusta], ni la parte apelante [CORPEDIFICACIONES, SL] acredita que carezca de experiencia en la operativa inmobiliaria en liza ni existe un beneficio injusto […], ni, en definitiva, se advierte, por lo dicho anteriormente, una ventaja manifiestamente injusta, ya que, en nuestro caso, están ausentes las premisas ineludibles que se prevén en dicho precepto para su aplicación» (FD 8.º).

«Por último, en nuestro caso, difícilmente puede sostenerse la existencia de un enriquecimiento injusto, no causal. Desde un punto de vista de orden material, [en] primer lugar, por cuanto que la demandada [CORPEDIFICACIONES, SL] es una profesional dentro del sector inmobiliario que la dota, en cuanto tal, de conocimientos e información suficientes sobre la causa y sobre las obligaciones que se generaron y se asumieron con el otorgamiento de ambos precontratos. […]» (FD 12.º).

[39] Se conoce de una compraventa de botellas de vino. Me ocupo de esta sentencia *infra* [23] d) [A] y allí remito.

[40] a) En cuanto a los hechos, el 19.03.2019 y en escritura pública «***se constituye un derecho real de opción de compra a favor de AKAZ BCN 2018, SL»*** (optante; negrita y cursiva del original) y, «en el momento de la firma y desde el 14 de marzo de 2019, la finca pertenecía a […] Juan Manuel, […] Raquel y […] Rosa en cuanto al usufructo vitalicio y a Santin Digital, SL en cuanto a la nuda propiedad» (negrita y cursiva del original; FD 2.º). Santin Digital (nuda propietaria) SL demanda a AKAZ BCN 2018, SL (optante), Juan Manuel, Raquel y Rosa (usufructuarios) y «después de relatar que se encontraba en una crítica situación económica y que lo que pretendía era una segunda hipoteca con la garantía del inmueble», pide «con carácter principal, la declaración de rescisión del contrato de 19 de marzo de 2019 (de derecho real de opción de compra) por ventaja injusta en apoyo del artículo 621-45 CCCat» y una serie de acciones rescisorias y de nulidad (FD 2.º).

En primera instancia se desestima la demanda de Santin Digital, SL (nuda propietaria), considerándose que se está «ante un contrato de opción a compra y no de un préstamo» y, «[r]especto de las distintas acciones ejercitadas», se desestiman «por la falta de concurrencia de sus presupuestos» (FD 2.º). Santin Digital, SL (nuda propietaria) recurre en apelación y alega, entre otras cosas, «[v]ulneración del artículo 1294 del Código civil […] por aplicación indebida y del artículo 621.45 [*sic*; 621-45] del Código civil de Cataluña […] por no aplicación» (FD 1.º). La Audiencia Provincial de Girona desestima el recurso de apelación.

b) En lo que interesa, según la Audiencia Provincial de Girona:

«Pues bien, una vez fijado el marco normativo de directa aplicación y aun cuando en este punto el recurrente [Santi Digital, SL, nuda propietaria] tenía razón respecto de la norma aplicable, sin embargo, los hechos probados de este litigio […] nos conducen a desestimar la acción y es que no ha sido acreditado ninguno de los presupuestos que conducen a apreciar la existencia de una ventaja injusta a favor del demandado [AKAZ BCN 2018, SL, optante] y en perjuicio del demandante [Santini Digital, SL, nuda propietaria], hoy recurrente.

Veamos, no consta que la parte actora [Santini Digital, SL, nuda propietaria] **tuviera una relación de dependencia o de especial confianza con la demandada** [AKAZ BCN 2018, SL, optante]**, tampoco la situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa que describe en su demanda y, menos resulta probado que la mercantil actora** [Santini Digital, SL, nuda propietaria]**, que no puede ser considerada como consumidora fuera, como dice la ley: *«incapaz de prever las consecuencias de sus actos, manifiestamente ignorante o manifiestamente carente de inexperiencia»*** (negrita y cursiva del original; FD 4.º).

[41] a) En cuanto a los hechos, el 07.04.2009, Cándida (arrendadora) y Benita y Carlos María (arrendatarios) celebran un arrendamiento de vivienda y plaza de aparcamiento por cinco años de duración, con posibilidad de renovarlo cinco años más y una renta de 1.230 euros. El 01.04.2009, Cándida (optataria) y Benita y

[A.2] *En el derecho navarro*

En 2019, se incorpora a dicho derecho la influencia indebida y el abuso de influencia. De conformidad con la Ley 21 FN: «La influencia indebida

Son anulables las declaraciones de voluntad realizadas en beneficio de quien, teniendo bajo su dependencia al otorgante, aprovecha esa situación para conseguir, para él u otros, una ventaja que de otro modo no hubiera obtenido.

Abuso de influencia. Asimismo, son anulables las realizadas por la influencia abusiva de otro que aprovecha la confianza en él depositada, que se trate de personas con discapacidad para las que se hayan establecido medidas de apoyo cuando actúen sin el complemento previsto en dichas medidas o la angustia del declarante, con obtención de un beneficio».

Analicé la influencia indebida y el abuso de influencia del derecho civil navarro en 2023 y remito a lo que dije sobre ellas [textos, requisitos, alcance, efecto y naturaleza jurídica (figura autónoma, vicio del consentimiento)] [42].

Carlos María (optantes) celebran un contrato de opción de compra (que finalizaba el 01.04.2019, FD 3.º). El 27.03.2019, Carlos María (optante) manda un burofax a Cándida (optataria), comunicando que tenía concertada la firma de la escritura de compraventa el 02.04.2019 a las 11 horas. Este burofax se recogió el 03.04.2019. El 02.04.2019, Cándida (optataria) no comparece en la Notaria. El 29.04.2019, Cándida, Benita y Carlos María resuelven el contrato de arrendamiento celebrado el 07.04.2009. También el 29.04.2019 se otorga escritura pública de compraventa de inmueble entre Cándida (vendedora) y Benita y Carlos María (compradores). Y el mismo 29.04.2019, Cándida (arrendadora) y Benita y Carlos María (arrendatarios) celebran contrato de arrendamiento de plaza de aparcamiento. Todo lo anterior en el FD 2.º Benita y Carlos María demandan a Cándida (optataria), por considerar que la opción de compra era ejercitable, por estar vigente (FD 1.º).

En primera instancia se estima sustancialmente la demanda de Benita y Carlos María; entre otras cosas, se estima que ejercitaron en tiempo y forma su opción del compra y que Cándida (optataria) estaba obligada a transmitir la vivienda y la plaza de aparcamiento en el precio acordado (AH 2.º, FD 3.º). Cándida (optataria) recurre en apelación. La Audiencia Provincial de Barcelona revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda de Benita y Carlos María (Fallo).

b) En lo que interesa, según la Audiencia Provincial de Barcelona:

«Así, el artículo 621-45 […] dispone:

[…]

A propósito de dicha acción rescisoria, refiere el propio preámbulo de la Ley […]

La idea principal que alberga esta figura es la de evitar la explotación de la vulnerabilidad o inferioridad de uno de los contratantes con el objetivo de obtener por parte del otro contratante una ganancia desproporcionada que no habría obtenido de otra manera. Esta ganancia que obtiene el contratante que se aprovecha de la vulnerabilidad del otro, comporta sin duda para éste una lesión patrimonial injusta o inaceptable, que el legislador catalán, al igual que han hecho otros legisladores de nuestro entorno europeo, ha considerado tomar en consideración para que pueda erigirse en causa legal que posibilite desde la revisión del contrato hasta su ineficacia.

El remedio de la ventaja injusta está pensado precisamente para reparar o paliar en buena parte este tipo de situaciones.

Pues bien, en el presente caso no se ha probado la existencia de una ventaja injusta a favor de la demandada [Cándida, optataria] y en perjuicio de los demandantes [Benita y Carlos María].

Veamos, no consta que la parte actora [Benita y Carlos María] tuviera una relación de dependencia o de especial confianza con la demandada [Cándida, optataria], tampoco la situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa y, menos resulta probado que los demandantes [Benita y Carlos María] fueran como dice la ley *"incapaces de prever las consecuencias de sus actos, manifiestamente ignorantes o manifiestamente carentes de experiencia"*» (cursiva del original; FD 5.º).

[42] Fenoy Picón (2023) [141] [A] pp. 692-702.

[A.3] *En el derecho aragonés*

a) Por último, con la *Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas* [43] se introduce en dicho derecho la rescisión por ventaja injusta para los contratos celebrados por personas con discapacidad. Según el artículo 45-6 CDFA: «Rescisión por obtención de una ventaja injusta

1. Será rescindible el contrato de una persona con discapacidad, tanto si ha sido celebrado por sí sola como con alguna medida de apoyo, cuando el otro contratante se haya aprovechado de la situación de discapacidad para obtener una ventaja injusta.

2. El contrato podrá ser rescindido a petición:

a) Del propio interesado o sus herederos.

b) De la persona que tenga atribuida la prestación de apoyo y no haya intervenido en el acto.

3. La acción para pedir la rescisión caducará a los cuatro años de su celebración» [44].

b) En el derecho civil aragonés se opta por el régimen de la rescisión, al igual que en el derecho civil catalán [anterior A.1] y a diferencia del Código civil, en cuyo artículo 1302.3 se acoge el régimen de la anulabilidad [en este [3], *supra* c)]. Bayod López, miembro de la Comìsión Aragonesa de Derecho civil, considera que «optar por la rescisión, en vez de por la anulabilidad como ha hecho –y no con mucho acierto– el legislador [del Código civil] de 2021 [Ley 8/2021] para los actos que lleve a cabo la persona con discapacidad cuando actúe en el tráfico jurídico por sí, y sin contar con apoyos, responde a los principios proclamados en la CDPD, presumiendo la validez del acto concreto llevado a cabo por estas personas y permitiendo que los mismos puedan ser rescindidos si la contraparte actuó prevaliéndose de su falta de conocimiento para preveer las consecuencias de sus actos, debido a su ignorancia o a su falta de experiencia, obteniendo por ello un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta que produce un claro desequilibrio en la base del negocio, siempre que sea conocedor de estas circunstancias que afectan a la otra parte contratante» [45].

---

[43] BOA, núm. 122, 26.06.2024.

[44] En la Exposición de motivos de la Ley 3/2024 solo se informa para el reproducido, en el cuerpo del texto, artículo 45-6 CDFA: «Por último, el artículo 45-6 introduce en nuestro Derecho un supuesto de rescisión del contrato de una persona con discapacidad, para cuando el otro contratante se haya aprovechado de la situación de discapacidad para obtener una ventaja injusta»

[45] Bayod López (2024) p. 89. Añade:

«Creo que no comparte esta opinión García Rubio [apellidos, mayúsculas en el original], para quien la pérdida de una oportunidad pasaría por haber reservado la rescisión por lesión tan solo para los menores de edad y no para las personas con discapacidad. La razón es la excepcionalidad de la curatela representativa, junto al hecho de que dicha representación, en ningún caso consiste en sustituir la voluntad de la

El artículo 45-6.1 CDFA se aplica al contrato celebrado por la persona con discapacidad que actuó por sí sola o con alguna medida de apoyo y, entiende Bayod López, «mejor hubiera sido incluir a cualquier persona vulnerable como el Cc. Cat [anterior [A.1] a)]» [46]. En opinión de esta autora, si bien el artículo 45-6 CDFA «solo está previsto en los casos en los que en la contratación intervengan una persona con discapacidad y, ciertamente, una materia como es la rescisión no goza del favor de una aplicación analógica, […] puede ser un primer paso para discurrir en este sentido situaciones en las que intervienen personas vulnerables, bien por su edad, su economía, su grado de formación, etc., y la otra parte, en razón de tal circunstancia, aun cuando no medie mala fe, obtenga un lucro que no se corresponde con el derivado de esa negociación con un ciudadano razonable» [47].

Sobre qué ha de considerarse como ventaja injusta, para Bayod López y como ha apuntado ya, puede entenderse «la obtención de un incremento patrimonial que no se corresponde con el lucro de la contraparte que hubiera podido obtener en iguales circunstancias un ciudadano razonable» [48].

La legitimación activa para rescindir (art. 45-6.2 CDFA) corresponde «al propio interesado o a sus herederos, y éstos por el plazo que reste; o bien de la persona que debería prestar el apoyo y no haya intervenido en el acto llevado a cabo» y, «[d]e haber intervenido [esta última], la legitimación solo corresponde a las personas nominadas en la letra a)» del artículo 45-6 CDFA («el propio interesado o sus herederos») [49].

Por último, la acción para rescindir, porque se ha obtenido una ventaja injusta, dura cuatro años, siendo el plazo de caducidad y a contar desde la celebración del contrato (art. 45-6.3 CDFA).

c) El artículo 45-6 CDFA sobre «[r]escisión por obtención de una ventaja injusta» es el último de la Sección 3.ª «Invalidez e ineficacia de actos y contratos», del Capítulo II «Capacidad jurídica de las personas con discapacidad», del Título I «Capacidad jurídica y estado de las personas» del Libro I del Código de Derecho Foral de Aragón (arts. 45 a 45-6 CDFA).

En dicha Sección 3.ª se regulan, además, los supuestos de «Invalidez del acto de la persona sin aptitud para realizarlo» (art. 45 CDFA), «Invalidez por falta

---

persona concernida, ni siquiera en su mejor interés. Por ello, no ve la razón para que el contrato celebrado pueda ser rescindido, pues de conformidad con los principios y reglas de la nueva regulación, ese contrato sería precisamente, el que, de haber podido, hubiera celebrado la persona con discapacidad (Bayod) [apellido, mayúsculas en el original]» (p. 89).

[46] Bayod López (2024) p. 90. La misma informa: «Como se indica en el Acta 314 de la sesión de 21 de junio de 2023: «Este precepto introduce en nuestro Derecho [aragonés] la rescisión por la obtención de una ventaja injusta tomada del Derecho civil de Cataluña, si bien solo en parte y para los supuestos de persona con discapacidad. Doña Carmen Bayod López expresa su conformidad con la norma e incluso, indica, que es una buena solución para cualesquieras personas en situación de vulnerabilidad o abuso y que sería su "deseo y voluntad" el regularlo de manera más general, no obstante, comprende que en este momento es mejor una regulación más ajustada a la discapacidad, así lo ven, en este último sentido, el resto de los miembros de la Comisión» (nota 23 de p. 87).

[47] Bayod López (2024) p. 90; *Vid.* la nota inmediatamente anterior a esta.

[48] Bayod López (2024) p. 90.

[49] Bayod López (2024) p. 90.

de intervención del curador o mandatario de apoyo» (art. 45-1 CDFA) e «Invalidez por defectos en la prestación de apoyo» (art. 45-2 CDFA). Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45.3 CDFA («[n]o obstante, el acto será nulo si vulnera leyes que exigen una capacidad específica, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto»), a los supuestos antes aludidos se les aplica el régimen de la anulabilidad, con la salvedad ordenada en el artículo 45-3 CDFA «Excepciones a la anulación». Pero de todo esto otro doy cuenta *infra* [20] b) [A], a donde remito.

Continuando con el Código civil y estando vigente la Ley 8/2021, en 2023 mantuve que la ventaja injusta habría de regularse en el Código civil como un nuevo vicio del consentimiento de carácter general (siendo distinto cómo habría de ser su regulación, en requisitos y posibles efectos) [50]. En la hipótesis de que el legislador estatal prefiriese optar, no por una reforma general del derecho de obligaciones y contratos del Código civil, sino por incorporar solo una regulación general de la ventaja injusta, considero que, entonces, su lugar oportuno sería tras el artículo 1270 CC, en un precepto nuevo e independiente.

---

[50] a) Fenoy Picón (2023) [147] p. 723; decía además, «por la ubicación del artículo 1302.3 CC, ha de entenderse que la ventaja injusta es considerada *como causa de anulación contractual (hay ya una primera decisión legislativa de derecho positivo)*» (cursiva del original; [148] p. 724; interpreto que en el artículo 1301 CC se regula el plazo de ejercicio para anular [impugnar] el contrato).

b) Tras la Ley 8/2021, en 2022, Jarufe Contreras apunta que la ventaja injusta no es causa (general) de nulidad, ni de rescisión, ni de anulabilidad, considerando que debería haber operado para todo contratante vulnerable y no limitarse a las personas con discapacidad. Dice:

b.1) «[…] es importante destacar que no hay ninguna disposición ni dentro ni fuera del Código civil que indique que la ventaja injusta es, en sí misma, una causal de nulidad, de modo que no constituye de ninguna manera una causal de ineficacia de los actos o contratos, y podemos descartar [Jarufe Contreras] que sea aquella su naturaleza jurídica, aunque como veremos ocupa un rol importante en la invalidez de los actos celebrados por personas con discapacidad que, debiendo contar con apoyos, han prescindido de ellos. Queda igualmente descartado que se trate de una causal de rescisión o de anulabilidad, pues no se contiene como tal en ninguna norma que regule aquellas figuras» [(2022) pp. 462-463; *vid.* además p. 467].

b.2) «[…], creemos [Jarufe Contreras] que es pertinente que opere la ventaja injusta respecto de todo contratante vulnerable, y no necesariamente respecto de la persona con discapacidad que ha actuado sin los correspondientes apoyos; y ello porque podría el contratante en principio más fuerte, convertirse en uno más débil, desprovisto de herramientas que respeten el principio de igualdad que debe regir en todo sistema jurídico y aquello más allá de los ajustes que deba realizarse para cumplir con los mandatos de la Convención» (pp. 466-467).

b.3) «Si bien merece elogios la incorporación de la institución de la ventaja injusta a la legislación civil española [hecha por Ley 8/2021] (pues implica de alguna manera la modernización del derecho de los contratos), su interpretación merece importantes dudas. Solo a partir de su aplicación práctica, podremos evaluar su real conveniencia como un supuesto restrictivo o si en cambio es pertinente su inserción general al derecho de los contratos. Por ahora, no parece razonable que el legislador español la incorpore para algunos y no para todos, máxime cuando creemos [Jarufe Contreras] que el fundamento que se ha tenido a la luz, como hemos dicho [Jarufe Contreras], radica en la vulnerabilidad: condición que puede abordar múltiples causas, más allá de la discapacidad; y porque, como hemos dicho [Jarufe Contreras], la reforma impulsada por la ley 8/2021 pretendía precisamente la igualdad» (p. 467).

En cambio, en 2024 y pensando también en el Código civil, Barceló Compte señala que la ventaja injusta, figura de nuevo cuño basada en la justicia procedimental y en la justicia material, no es un vicio del consentimiento (este último solo responde a la justicia procedimental), por lo que que no debiera situarse en la regulación general de los vicios del consentimiento, sino que, tratándose de un vicio del negocio [51], su regulación general habría de localizarse en las disposiciones generales del contrato [52]. Por otro lado y ya de

[51] Con anterioridad, ya en 2019, Barceló Compte defendía que la ventaja injusta tenía la naturaleza de vicio del negocio [Fenoy Picón (2023) [136] [D.2] pp. 669-670].

[52] Explica Barceló Compte:

a) *Sobre la no ubicación dentro de la regulación general de los vicios del consentimiento*: «Nótese […] que el legislador español, tras la reforma del Código civil [por Ley 8/2021], opta por la anulabilidad y no [por] la rescisión, lo que aproxima la figura [de la ventaja injusta] a un vicio del consentimiento.

La cuestión relativa a la naturaleza de la figura de la ventaja o explotación injusta ha sido resuelta, en algunos ordenamientos, desde la vertiente de la justicia procedimental, es decir, como un vicio del consentimiento. Desde nuestro punto de vista [Barceló Compte], tal caracterización no es coherente con lo que se desprende de las situaciones y los remedios previstos para los supuestos descritos por dicha figura. Entendemos [Barceló Compte] que la figura marida las dos concepciones de justicia que integran la figura y, por tanto, el encaje sistemático en el ordenamiento no corresponde al de un tradicional vicio del consentimiento.

Sin embargo, algunos códigos civiles han optado por una solución más continuista, bien expandiendo el concepto tradicional de la violencia, o bien a través de la formulación de un vicio del consentimiento *ad hoc*. Bajo nuestro punto de vista [Barceló Compte], los casos de violencia o intimidación siempre son reprensibles (si se cumplen los criterios definidos por la norma y la doctrina), con independencia del contenido intrínseco final del contrato. No cabe expandir el concepto de los vicios del consentimiento tradicionales con el fin de enmarcar en su seno nuevos presupuestos que caen mejor en otras figuras o en otras causas de anulación *ad hoc.* Lo más coherente hubiera sido la regulación de una figura de nuevo cuño.

La solución operada por el Código civil [con su reforma por Ley 8/2021], al tener la figura en este una aplicación limitada, la sitúa en el marco de la nulidad de los contratos celebrados con personas con discapacidad. Una aplicación generalizada de la figura más allá de la contratación con personas con discapacidad exigiría la reubicación de la misma, como venimos diciendo [Barceló Compte]. En este sentido, la Asociación de Profesores de Derecho civil, en la propuesta elaborada de Código civil libros quinto y sexto (PAPDC), trae a colación la figura del *ventajismo* [cursiva del original] junto con los vicios del consentimiento contractual, en el artículo 527-9 de dicha propuesta [que transcribo *infra* nota 478 a.1)].

Bajo nuestro punto de vista [Barceló Compte], esta [el situar a la ventaja injusta dentro de la regulación general de los vicios del consentimiento contractual] no sería la ubicación sistemática más coherente con la naturaleza de la figura. La ventaja injusta hace converger una situación que se encuentra a caballo entre situaciones propias de la justicia sustantiva y la justicia procedimental. Los vicios del consentimiento reposan única y exclusivamente en esta última acepción de justicia [procedimental]. La norma de la explotación injusta protege, por tanto, las dos categorías de justicia […]: la sustantiva y la procedimental. Implica, por tanto, una declaración defectuosa de voluntad del explotado, un consentimiento inconsciente, y una irregularidad del contenido del acto jurídico» [*ADC* (2024) pp. 563-565; *vid.* además *infra* nota 368].

b) *Sobre la calificación de la ventaja injusta como vicio del negocio, siendo la misma un instrumento general a regular en las disposiciones generales del contrato:* «Insistimos [Barceló Compte] en la calificación de la figura de la ventaja injusta como un vicio del negocio en la acepción utilizada por De Castro y no como un vicio del consentimiento clásico […], ya que su peculiaridad también reside en los remedios previstos para ella: la anulación y adaptación […].

antes, así en 2019, pero para la ventaja injusta del Código civil catalán (art. 621-45.1 CCCat, que transcribo en este [3], anterior [A.1]), ubicada en la regulación de la compraventa y aplicable a los otros contratos onerosos, Barceló Compte proponía su traslado a las «Disposiciones generales» del contrato del Título I del Libro VI del Código civil de Cataluña, no limitándola a la contratación onerosa, sino que habría de tener relevancia, además, en los negocios jurídicos gratuitos [53].

Y para finalizar este [3], sigue sin introducirse al Código civil la ventaja injusta como causa general de anulación contractual. En contraste con esto, en la *Propuesta de 2009* se regula la ventaja excesiva como causa general de anulación contractual. Y en la *Propuesta de 2023,* e igualmente como causa general de anulación contractual, se regula la ventaja injusta. Pero, ya mismo advierto, entre la *Propuesta de 2009* y la *Propuesta de 2023* hay diferencias en lo que se refiere a sus concretas y respectivas regulaciones.

Por lo tanto, creemos [Barceló Compte] que el fundamento de la explotación injusta en el Derecho contractual europeo, reside en configurar dicho instrumento como un vicio del negocio jurídico; en la clasificación propuesta por De Castro, un vicio específico del negocio jurídico, que no necesariamente caracterizado como un vicio de la voluntad: un vicio del negocio jurídico a caballo entre un vicio del consentimiento y un vicio de la causa onerosa por ser los negocios onerosos su sede principal y ser la finalidad del remedio el reequilibrio económico de las prestaciones.

Considerando todo lo dicho y dada la configuración que se ha propuesto, *de lege ferenda,* lo aconsejable sería la adopción de un instrumento de alcance general; el alojo de tal instrumento debería ser, pues, en el apartado de disposiciones generales del contrato. Esta aplicación generalizada permitiría una protección abstracta del contratante débil preferible a la protección *ad hoc* dispensada única y exclusivamente para el contratante con discapacidad del artículo 1302.3 CC. Esta perspectiva la encontramos en otras normas que persiguen una protección situacional (protección *state-based*) encaminadas a construir un concepto de vulnerabilidad flexible y antagónico al que ha venido ocupando las regulaciones precedentes, sobre todo en materia de consumo (así, la protección *class-based,* por oposición a la *state-based,* tipifica una clase como merecedora de un resguardo específico; por ejemplo, el consumidor, la persona mayor, la mujer, etc.). La protección *class-based* se centra exclusivamente en las características grupales, mientras que la *state-based* sugiere poner el centro de atención en la situación, en el contexto; precisamente lo que busca el artículo 1302.3 CC con la expresión «cuando fueran precisas». […]

Sin embargo y de acuerdo con la regulación que, *de lega lata,* ofrecen los artículos examinados, veremos que la salvaguarda se dirige únicamente al contratante con discapacidad, habiendo perdido la oportunidad el legislador de optar por una fórmula de tuición con aplicación abstracta» (pp. 567-568; *vid.* también p. 581).

[53] Además, según Barceló Compte, la regulación de la ventaja injusta en las disposiciones generales del contrato del Código civil de Cataluña se haría junto a la hipotética regulación del cambio sobrevenido de circunstancias esenciales [Fenoy Picón (2023) [136] [D.1] pp. 666-668]; *vid.* además [136] [D.3] pp. 670-671, en donde indico que Barceló Compte apunta que el régimen de la ventaja injusta del Código civil de Cataluña, a su «parecer [Barceló Compte], debería ser el rescisorio» (pero, *vid.* también nota 1277 de p. 671).

2. ESTRUCTURA Y METODOLOGÍA

[4] Siendo tres las regulaciones de las que me ocupo (*Propuesta de 2009, Propuesta de 2023*, y Código civil; *supra* [1] y [3]), sin embargo, estructuro este trabajo en los dos siguientes capítulos:

a) El capítulo I lo titulo «[e]l Código civil y la *Propuesta de 2009*».

Lo inicio exponiendo los requisitos de existencia del contrato y presentando la ubicación sistemática del dolo y de la ventaja injusta (como se denomina en el Código civil)/ventaja excesiva (como se denomina en la *Propuesta de 2009*). Después, en los siguientes apartados, expongo cada uno de esos dos vicios del consentimiento.

La estructura expositiva que adopto consiste en ocuparme primero de la regulación del Código civil (normas, interpretación de los autores, jurisprudencia del Tribunal Supremo) y luego de la regulación de la *Propuesta de 2009* (normas, interpretación de los autores). De este modo se percibe con nitidez qué aporta, y qué no aporta, la regulación la *Propuesta de 2009* frente al Código civil.

Hago además amplias referencias al derecho comparado, útiles por sí mismas y en cuanto que permiten constatar en donde se sitúan y qué características o/y peculiaridades presentan las regulaciones del Código civil y de la *Propuesta de 2009* en ese contexto de derecho comparado. En concreto, me centro en los derechos alemán, suizo, italiano, portugués, de los Países Bajos, francés (el derogado, esto es, antes del 01.10.2016; y el vigente, fruto de su reforma de 2016-2018; *infra* nota 209) y belga [el derogado, esto es, antes del 01.01.2023, por su reforma de 2022; y el vigente desde el 01.01.2023; *infra* nota 149 a)]; también hago un concreto apunte sobre el derecho inglés, y otro más breve para el derecho estadounidense. Incidentalmente me refiero al derecho argentino (derogado y vigente).

En este capítulo I y en la medida en que me interesa al hilo de mi exposición, trato la equivalente regulación en los *Principles of European Contract Law,* en el *Draft Common Frame of Reference* y en los *Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales 2016* (textos todos de *soft law* y citados en la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023*; *supra* [1] [A.2]). Y aunque, como es conocido, no llegara a aprobarse, trato igualmente la equivalente regulación de la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea* [54] (también citada en la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023; supra* [1] [A.2]).

[54] COM (2011) 635 final.

Por centrarme en la *Propuesta de 2009* y en la *Propuesta de 2023*, en el cuerpo del texto del trabajo es en donde expongo y analizo lo anterior. Y por la misma razón, las exposiciones, que de la *Propuesta de Código civil* de 2018 de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil [55] y de la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy hago, las inserto en las notas a pie de página y a lo largo del trabajo.

b) El capítulo II lo titulo «[l]a *Propuesta de 2023*: las continuidades y los cambios comparando con la *Propuesta de 2009*. Más consideraciones sobre el Código civil».

Una vez que en el anterior capítulo I he desarrollado las regulaciones del Código civil y de la *Propuesta de 2009*, en este capítulo II destaco cuáles son las aportaciones (cambios) o no (continuidades) de la *Propuesta de 2023* frente a la *Propuesta de 2009*. Lo mismo hago en relación con el Código civil, para lo analizado en el capítulo I, así como para otras cuestiones no tratadas en dicho capítulo I.

Tras finalizar el capítulo II, dedico un último apartado a conclusiones (síntesis comparativa).

Y más allá de todo lo anterior, quiero dejar expresa constancia de que, aunque haya participado en la elaboración de la *Propuesta de 2023* [*supra,* nota 2 b)], las valoraciones que en este trabajo hago responden a un análisis mío, una vez publicada oficialmente la *Propuesta de 2023* y hecha por mi parte una posterior y sosegada lectura de ella. En modo alguno reflejo en este trabajo valoraciones y discusiones que se hayan, o no, podido hacer en el seno de la Comisión de trabajo de la cual formé parte.

[55] Actualmente, la del cuerpo del texto es la denominación de la asociación y es la que empleo en mi trabajo, aunque en 2018, año de publicación de la *Propuesta de Código*, su denominación fuera *Asociación de profesores de derecho civil.*

CAPÍTULO I. EL CÓDIGO CIVIL Y LA *PROPUESTA DE 2009*

1. LOS REQUISITOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO Y LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DOLO Y DE LA VENTAJA INJUSTA (CÓDIGO CIVIL)/VENTAJA EXCESIVA (*PROPUESTA DE 2009*)

[5] En el Código civil:

a) Como es sabido, para que exista contrato, debe haber consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca, requisitos enumerados en el artículo 1261 CC. Además, este artículo 1261 CC es el único dentro de la «Disposición general», del Capítulo II «De los requisitos esenciales para la validez de los contratos», del Título II «De los contratos», del Libro IV «De las obligaciones y contratos» del Código civil. Esto denota la importancia que a dicho precepto se le otorga dentro la sistemática (estructura) del Código civil.

b) Una vez enumerados los requisitos esenciales del contrato en el artículo 1261 CC, cada uno de ellos se regula específicamente en las sucesivas Sección 1.ª «Del consentimiento» (arts. 1262 a 1270 CC), Sección 2.ª «Del objeto de los contratos» (arts. 1271 a 1273 CC) y Sección 3.ª «De la causa de los contratos» (arts. 1274 a 1277 CC) del mentado en la anterior a) de este [5], Capítulo II del Código civil.

Dentro de la Sección 1.ª, el artículo 1265 CC dispone que «[s]erá nulo el consentimiento prestado por error, violencia [56], intimidación o dolo» [57]. Los

[56] Sin más recuerdo, que se plantea a qué tipo de violencia se refiere el artículo 1267.I CC, violencia que permite la anulación del contrato. Entre los autores y sobre esto, por ejemplo:

a) Según Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy/Bosch Capdevila:

«En la violencia, al igual que en la intimidación, existe consentimiento, pero este se encuentra viciado. El artículo 1267.1 CCEsp define la violencia como una "fuerza irresistible". Por ello, un importante sector de la doctrina considera que existe violencia cuando el consentimiento es arrancado *materialmente* por la fuerza al violentado, de manera que no se está ante una verdadera declaración de voluntad, sino meramente ante una *apariencia* de la misma; sería el caso, por ejemplo, de la persona a la que por la fuerza se le levanta la mano para hacer la puja en una subasta. No obstante, los precedentes del artículo 1267 CCEsp, junto a su ubicación sistemática –regulada junto a los restantes vicios del consentimiento (error, dolo e intimidación, art. 1265 CCEsp)–, parecen dejar claro que la violencia no supone una ausencia del consentimiento, sino que es un vicio de la voluntad. La violencia del artículo 1267 CCEsp no implica la inexistencia de voluntad, ya que la declaración de voluntad se emite de forma consciente; la voluntad existe, si bien para conseguirla se utiliza una presión que no puede resistirse. La fuerza no debe calificarse como física, sino como moral; en ello se asemeja a la intimidación, y la diferencia se encuentra en que la violencia no admite respuesta posible. Retomando el ejemplo antes propuesto, se trataría del supuesto en que la persona que participa en la subasta se ve obligada a levantar la mano no porque le empujan a ello física e irresistiblemente, sino porque a su lado un tercero le está apuntando con una pistola (la fuerza es irresistible, pero no física).

Por ello, en función de la intensidad de la fuerza o amenaza, se puede establecer la siguiente gradación, siguiendo el ejemplo del contratante que participa en una subasta:

a) La mano del contratante se levanta por la fuerza física de un tercero, no hay consentimiento (art. 1261.1 CCEsp).

b) La mano se alza debido a una fuerza moral de tal calibre que no admite negativa racional posible (amenaza con una pistola, artículo 1267.1 CCEsp: violencia).

c) La mano se levanta por una amenaza grave, pero que permite una alternativa razonable (la puja en la subasta se realiza ante la amenaza de recibir un atentado, artículo 1267.2 CCEsp: intimidación […] [en el original, este último párrafo en caja más pequeña]».

Cursiva del original; (2021) p. 240.

b) Según De Pablo Contreras:

«La clase de ineficacia predicada por el ordenamiento para los contratos afectados por algún vicio del consentimiento es la anulabilidad, de modo que aquéllos pueden ser impugnados por la parte que lo sufrió […]. Este régimen presupone la existencia de una cierta voluntad en el sujeto que emite su declaración, aunque la misma no sea plenamente consciente o plenamente libre, por lo que del mismo ha de separarse la violencia, que, según el párrafo primero del artículo 1267 Cc., se da "*cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible"*. Esta *vis absoluta o ablativa* –como si el sujeto ha sido drogado o se conduce por la fuerza su mano para que estampe su firma en un documento– provoca la nulidad del contrato por falta de consentimiento, y no su mera anulabilidad.

El tenor del artículo 1267 Cc. no parece que deje lugar para otra clase de violencia que la absoluta, pero acaso pueda considerarse mero vicio del consentimiento, que haría anulable y no nulo el contrato, la violencia o coacción física objetivamente resistible, aunque lo suficientemente grave como para estimar que la manifestación de voluntad no fue emitida libremente. A ello parece referirse la STS. 8 marzo 1958, para la cual "la coacción podrá viciar el consentimiento prestado, pero no lo excluye, pues *voluntas coacta voluntas est,* y en el supuesto de que alcanzara el grado de intensidad suficiente para arrancar el consentimiento, no constituiría causa de inexistencia del contrato, con la nulidad *in radice* consiguiente, sino de simple anulabilidad" (la STS. 5 marzo 1992 refiere la misma afirmación a la intimidación, que, según dice, "en supuestos muy excepcionales" podría dar lugar a la nulidad radical). Algún autor ha defendido, incluso, que, en el sistema del Código civil, la violencia física, cualquiera que sea su intensidad, da lugar siempre a la anulabilidad del contrato (Gordillo [apellido, mayúsculas en el original])» (en el original, este último párrafo en caja más pequeña).

Cursiva del original; (2023) p. 357.

c) *Vid.* las consideraciones de Solé Feliu sobre la violencia, *infra,* nota 85, b.2), sobre el Código civil y la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil.

[57] Sobre el carácter tasado (o exhaustivo) de los vicios del consentimiento del artículo 1265 CC, Fenoy Picón (2023) [13] pp. 78-83.

artículos 1269 y 1270 CC, localizados precisamente en dicha Sección 1.ª, regulan el dolo. En cuanto a la ventaja injusta, *supra* [3] c) apunté su incorporación al Código civil por Ley 8/2021, y no es mencionada, ni regulada, en esa Sección 1.ª, sino que se encuentra dentro de la normativa «De la nulidad de los contratos» (arts. 1301, 1302, 1304 y 1314 CC).

c) Por último, en el Código civil no se emplean las expresiones vicios del consentimiento (o vicio de la voluntad) contractual; en cambio, se utiliza la de «vicios del contrato» [art. 1302.4 *in fine* CC, que transcribo *infra* nota 403 a)]. Pero los autores habitualmente empleamos aquellas denominaciones para el agrupamiento explicativo del error, de la violencia, de la intimidación y del dolo. Por ello, y con el único objetivo de facilitar mi exposición, empleo tales locuciones, sin perjuicio de que pueda también utilizar las de causa o causas de anulación contractual, estas otras más asépticas y neutras.

> [A] *Sobre la terminología empleada en el derecho comparado europeo y continental para agrupar a los vicios del consentimiento*
>
> Lohsse, que escribe en 2018, explica que «las cuestiones tratadas en las disposiciones sobre error, fraude [dolo], y amenaza en los PECL, así como en los PICC y en otras reglas modelo europeas [58] son frecuentemente tratadas bajo un encabezamiento uniforme en los sistemas jurídicos continentales. El *Codice civile*, por ejemplo, dispone una sección separada para los "vizi del consenso" tratando el "errore", el "dolo", y la "violenza" [59]. Similar encabezamiento uniforme y el mismo acercamiento tripartito –derivado de la distinción romana entre *error,*

---

[58] a) En los PECL, su Capítulo 4 se rubrica en las respectivas versiones oficiales inglesa y francesa «Validity»/«Validité» y, en dicho capítulo se regula el «Mistake»/«Erreur», el «Fraud»/«Dol», las «Threats»/«Contrainte» y el «Exccessive benefit or unfair advantage/«Profit excessif ou avantage déloyal».

b) En el DCFR, su Capítulo 7 [del Libro II] se rubrica «Grounds of invalidity», y en su «Section 2: Vitiated consent or intention», se regula el «mistake», el «fraud», la «coercion or threats» y la «unfair exploitation».

Según Bosch Capdevila, Capítulo 7 «Causas de invalidez» (p. 102), Sección 2 «Vicios del consentimiento» (p. 103), en donde se regula el «Error» (p. 103), el «Dolo» (p. 105), la «Coacción o amenazas» (p. 105) y la «Explotación indebida» (p. 106) [rev. (2015)].

c) En el CESL, su Capítulo 5 se rubrica en la versión oficial española «Vicios del consentimiento», y en él se regula el «error», el «dolo», las «amenazas» y la «explotación injusta».

d) Y en los Principios UNIDROIT 2016, su Capítulo 3 se rubrica en su versión oficial española «Validez», y en su «Sección 2: Causales de anulación», se regula el «error», el «dolo», la «intimidación», y la «excesiva desproporción».

[59] a) Efectivamente, en la Sección II («Dei vizi del consenso») del Capítulo XII («Dell'annullabilità del contratto») del Título I («Delle obbligazioni in generale») del Livro IV («Delle obbligazioni») del Código civil italiano de 1942 se regulan el error, el dolo y la violenza.

b) b.1) Según el artículo 1427 CCI 1942: «Error, violencia y dolo.

El contratante, cuyo consentimiento fue dado por error, arrancado con violencia o sonsacado con dolo, puede pedir la anulación del contrato según las disposiciones siguientes» (traducción mía).

b.2) Artículo 1427 CCI 1942: «Errore, violenza e dolo.

> *dolus,* y *metus*– puede también ser encontrado en otros derechos continentales. Aunque los modernos conceptos difieren tanto del derecho romano como de uno a otro, los juristas continentales todavía distinguen habitualmente entre *erreur/errore/dwaling/Irrtum, dol/dolo/bedrog/arglistige Täuschung,* y *violence/violenza/intimidación-violencia/bedreiging/widerrechtliche Drohung.* Las codificaciones frecuentemente agrupan estos casos juntos como fundamento para la anulación; en la doctrina escrita, son referidos como casos de *vices du consentement/wilsgebreken/Willenmängel*» (cursiva del original) [60].

[6] Trasladándome a la *Propuesta de 2009:*

a) En el Capítulo I «Disposiciones generales», del Título II «De los contratos», del Libro IV «De las obligaciones y contratos» de la *Propuesta de 2009* (arts. 1236 a 1244 PMCC 2009) no existe un precepto similar al del artículo 1261 CC [*supra* [5] a)] [61]. Esto constituye una novedad de la *Propuesta de 2009* frente al Código civil.

Además de lo señalado, en el diseño estructural de la *Propuesta de 2009* no se contiene un Capítulo II, titulado «De los requisitos esenciales para la validez del contrato», como se hace en el Código civil [arts. 1261 a 1277 CC; *supra* [5] a)]. Otra novedad de la *Propuesta de 2009* comparando con el Código civil. Ahora bien y apuntado lo anterior, en la *Propuesta de 2009* sí se emplea la expresión «elementos [requisitos] esenciales» del contrato (aunque en su Exposición de motivos se habla de «requisitos necesarios», *infra* siguiente [A.1]). La antes referida expresión de «elementos esenciales» es empleada en el artículo 1242. I PMCC 2009, en virtud del cual «[n]o impedirá la perfección de un contrato, si las partes están de acuerdo en sus elementos esenciales y quieren vincularse ya, el que hayan dejado algún punto pendiente de negociaciones ulteriores». Por otro lado y además, una

---

Il contraente, il cui consenso fue dato por errore, estorto con violenza o carpito con dolo, può chiedere l'annullamento del contratto secondo le disposizioni seguenti».

[60] a) Lohsse, «Introducción previa al artículo 4:101» (2018) 2, p. 650; traducción mía.

b) Continúa Lohsse: «Un acercamiento terminológico totalmente diferente puede encontrarse en el "common law", en el que se distingue entre "mistake, misrepresentation" y "duress". Mientras la "duress" recuerda más o menos lo que en los derechos continentales es tratado bajo el concepto de violencia, la "misrepresentation" abarca casos tanto de *error* ("negligent" e "innocent misrepresentation") como de *dolus* ("fraudulent misrepresentation"). Más aún, el "mistake" no se corresponde del todo con el *error,* sino que es esencialmente confinado a los errores comunes a ambas partes. Y finalmente, los juristas ingleses son más bien reacios a agrupar sistemáticamente juntos al "mistake", a la "misrepresentation", y a la "duress" bajo un encabezamiento uniforme tal como "defectos del consentimiento" o "consentimiento viciado"» (cursiva del original; traducción mía, si bien en relación con lo que pongo entre comillas y en inglés, he optado por transcribirlo literalmente; 2, p. 650).

Sobre el *mistake* en el derecho inglés, Fenoy Picón, *ADC* (2017) [92]-[99] pp. 555-563; y sobre la *misrepresentation,* [101]-[102] pp. 564-568.

[61] Algo que también es resaltado por Morales Moreno (2011) pp. 457 y 464.

parte puede manifestar a la otra que no se celebrará el contrato hasta haberse alcanzado un acuerdo sobre determinada cláusula o condición, o suscribirse un documento (art. 1242. II PMCC 2009) [62].

---

[62] a) a.1) Artículo 1242 PMCC 2009: «[…] [lo transcribo en el cuerpo del texto, en la anterior frase].

Si en el curso de una negociación y antes de alcanzarse el acuerdo, una de las partes hubiera manifestado a la otra que el contrato no se entendería celebrado hasta haber extendido el referido acuerdo a determinadas cláusulas o condiciones o hasta que se suscriba un documento, el contrato no estará formado mientras tales requisitos no se cumplan».

a.2) Por otro lado, en la *Propuesta de 2009,* su artículo 1277 contiene una específica norma para la determinación del precio u otra circunstancia del contrato.

Artículo 1277 PMCC 2009:

1. No impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan expresado el precio ni fijado el modo para su determinación, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tenerlo por concluido y que se entienda implícitamente convenido un precio generalmente practicado.

Si la determinación del precio o de otra circunstancia del contrato hubiese sido dejada a una de las partes, la declaración que ésta haga se integrará en el contrato siempre que, al efectuarla, se hubiera atenido a los criterios a los que las partes implícitamente se hubieran remitido o a los que resultaran del tipo de contrato o de los usos; y será revisable por los Tribunales cuando no se hubiesen observado tales criterios.

2. Cuando la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato se haya dejado al arbitrio de un tercero y éste no quisiere o no pudiere hacerlo, los Tribunales podrán designar otra persona que le sustituya en tal cometido, siempre que la designación inicial no haya sido determinante de la celebración del contrato en tales condiciones.

Si en la determinación del tercero hubiera una significativa falta de observancia de los criterios a los que hubiera debido atenerse, se estará a lo que los Tribunales decidan.

3. Cuando el precio u otra circunstancia del contrato hayan de ser determinados por referencia a un factor que al tiempo de la celebración del contrato hubiere dejado de existir o no fuere accesible a las partes, quedará sustituido por el equivalente o subsidiariamente por el que resulte más similar con las adaptaciones necesarias en este último caso».

b) b.1) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, su artículo 522-4, 2 y 3, es el equivalente al artículo 1242 PMCC 2009.

Artículo 522-4 PCCAPPDC: «El consentimiento contractual

1. […] [lo transcribo *infra* nota 65 b)].

2. La intención de concluir el contrato de cada una de las partes se determina a partir de sus declaraciones y de su conducta, tal y como estas puedan ser razonablemente entendidas por la otra parte.

3. Salvo voluntad contraria de alguna de las partes, la falta de determinación de algún término no impide la perfección del contrato, siempre que sea inequívoca la voluntad de tenerlo por celebrado, y si los términos ya acordados permiten reclamar su cumplimiento o instar su ejecución. En particular, no es impedimento la falta de expresión del precio ni del medio para su determinación, entendiéndose implícitamente convenido el precio generalmente practicado en el mercado».

b.2) Además, en la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, su artículo 525-4 regula la «[d]eterminación del precio o de otras circunstancias», siendo el equivalente al artículo 1277 PMCC 2009

Artículo 525-4 PCCAPDC: «Determinación del precio o de otras circunstancias

1. Si la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato se atribuye a una de las partes, la declaración que esta haga al respecto se integra en el contrato siempre que al efectuarla se hayan respetados los criterios a los que las partes implícitamente se hayan remitido o a los que resulten del tipo de contrato o de los usos. Cuando no se han respetado tales criterios, dicha declaración es revisable por los tribunales.

2. Cuando la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato se ha dejado al arbitrio de un tercero y este no quiere o no puede hacerlo, los tribunales pueden designar otra persona que le sus-

Finalmente y como último dato, en el antes aludido Capítulo I «Disposiciones generales» de la *Propuesta de 2009*, no subdividido en secciones (carece de ellas), se reconocen y encuentran normas que pueden conectarse con el consentimiento [arts. 1236 PMCC 2009 (noción de contrato) [63], 1237. I PMCC 2009

---

tituya en tal cometido, siempre que la designación inicial no haya sido determinante de la celebración del contrato en tales condiciones.

3. Si en la determinación del tercero hay una significativa falta de observancia de los criterios a que debe atenerse, se estará a lo que los tribunales decidan.

4. Para impugnar la determinación del precio o de otra circunstancia del contrato se dispone del plazo de tres meses contados desde que se tenga noticia de aquella.

5. Cuando el precio u otra circunstancia del contrato hayan de ser determinados por referencia a un factor que al tiempo de la celebración del contrato haya dejado de existir o no sea accesible a las partes, se sustituye por el equivalente o, subsidiariamente, por el que resulte más similar, con las adaptaciones necesarias en este último caso».

c) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Capdevila, su artículo 3 se ocupa de la «[d]eterminación del contenido fundamental del contrato», y su artículo 16 del «[c]onsentimiento de las partes».

c.1) c.1.1) Artículo 3 P Bosch/Del Pozo/Vaquer: «Determinación del contenido fundamental del contrato

1. El contenido fundamental del contrato ha de estar determinado de manera clara y suficiente, sin que sea preciso un nuevo acuerdo de voluntades de las partes contractuales.

2. Los efectos fundamentales del contrato no se pueden dejar al mero arbitrio de uno de los contratantes.

3. Sin perjuicio de lo que establecen los apartados anteriores, las partes pueden pactar que el precio u otro elemento del contrato sea determinado por tan solo una de ellas o por un tercero. En este caso, salvo que el contrato establezca otra cosa, si la elección del precio o del otro elemento no es razonable, estos pueden ser sustituidos por otros adecuados a las circunstancias del contrato».

c.1.2) En el comentario a dicho artículo 3, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican para su apartado 1: «La perfección del contrato no requiere que todo el contenido de derechos y obligaciones esté completamente determinado, sino que es suficiente con que exista un acuerdo de las partes sobre los elementos fundamentales del mismo; en cambio, el resto del contenido contractual se puede determinar de otra manera, sea por acuerdo de voluntad posteriores o mediante la integración del contrato, de acuerdo con los criterios descritos en los artículos 2 ["La autonomía de la voluntad y sus límites"] y 4 ["Integración del contrato"] de esta Propuesta.

En definitiva, el acuerdo de voluntades sobre los *elementos fundamentales* [cursiva del original] del contrato ha de ser único, ya que es el que determina propiamente la existencia misma del contrato. Esta idea se manifiesta en el artículo 1242. I PMCC [de 2009], donde se destaca que la perfección del contrato depende de dos factores: que las partes estén de acuerdo en sus elementos esenciales y que *quieran vincularse ya* [esta cursiva del original]. Si esto se cumple, resulta irrelevante que las partes hayan dejado algún punto pendiente para negociaciones posteriores; obviamente, se entiende que se trata de algún punto secundario o no esencial.

[…] Asimismo, el contenido contractual sí que puede ser *determinable* [cursiva del original], siempre que los criterios de determinación sean objetivos y no dependan de la voluntad de los contratantes.

En cambio, no hay inconveniente en que, como principio, el *contenido secundario o no esencial* [esta cursiva del original] del contrato se pueda dejar al arbitrio exclusivo de uno de los contratantes; por ejemplo, decidir el día concreto para la entrega de la cosa, o la elección del transportista. Lógicamente, qué sea en cada caso contenido esencial o no, queda al arbitrio y sentido común de las partes contratantes o, si procede, del juez» [(2016) pp. 57-58].

c.1.3) En cuanto al apartado 3 del artículo 3 P Bosch/Del Pozo/Capdevila, explican ahora Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy: «[S]i bien el principio según el cual la ejecución de los efectos fundamentales del contrato no se puede dejar al mero arbitrio de uno de los contratantes es esencial en el concepto mismo del contrato, también es cierto que, en la práctica, los propias partes contractuales pactan que sea solo una de ellas la que determine ciertos elementos del contrato, incluso, por

ejemplo, un elemento fundamental en la compraventa como es el precio. Ello no es infrecuente, por ejemplo, en aquellos casos en los que los contratantes han mantenido relaciones comerciales continuadas y, por tanto, operan sobre una base de confianza que permite evitar la rigidez de la estructura contractual, que aquí se manifiesta en los dos primeros apartados del artículo [3 P Bosch/Del Pozo/Vaquer].

Es por este motivo por lo que la norma que acoge este tercer apartado del artículo [3 P Bosch/Del Pozo/Vaquer], inspirada en el artículo II.-9:105 DCFR, permite que las partes puedan pactar que el precio u otro elemento del contrato sea determinado por tan solo una de ellas. A fin de evitar posibles abusos, y salvo que el mismo contrato establece otra cosa, si la elección del precio o del otro elemento no es razonable, estos podrán ser sustituidos por otros que se adecúen a las circunstancias del contrato. Ello requerirá el acuerdo de las partes contratantes o, en su caso, la decisión judicial tomada a instancia de la parte afectada.

Los mismos criterios se aplican cuando la determinación del precio u otro elemento del contrato deban ser determinados por un tercero designado por las partes contractuales (véase, en este sentido, el artículo II.-9:106 DCFR)» (pp. 60-61).

c.1.4) Las «[c]oncordancias» del artículo 3 P Bosch/Del Pozo/Vaquer son:

«Artículos 1115 y 1256 CCEsp, 1174 CCFra, 1304-II CCFra2016, 85, 100 y 102 TR LGDCU.

Artículos II.-2:401, II. 4:103, II.-9:105, II.-9:106 y VIII.-2:304 DCFR, 1242 y 1277 PMCC, 525-4 PCPDC» (p. 57).

c.2) c.2.1) En cuanto al artículo 16 P Bosch/Del Pozo/Vaquer, este dispone: «Consentimiento de las partes

1. La formación del contrato exige que todas y cada una de las partes, con la intención de vincularse jurídicamente, alcancen un acuerdo de voluntades con el contenido y la certeza suficiente para que se le dote de efecto jurídico.
2. Cuando alguna de las partes haga del acuerdo sobre una materia específica un requisito para la conclusión del contrato, el contrato solo existe cuando se alcanza un acuerdo sobre dicha materia.
3. La intención de las partes de vincularse jurídicamente se determina de acuerdo con sus declaraciones o conductas, tal como fueron razonablemente interpretadas por la persona a la que van dirigidas.
4. El acuerdo de las partes no basta para concluir el contrato en los supuestos en los que la ley, o las propias partes, exigen para su conclusión la observancia de una determinada forma, o el cumplimiento de otros requisitos».

c.2.2) En su comentario a ese artículo 16, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican: «El artículo 16 pretende dejar claro que el contrato es un acuerdo de voluntades, por lo que para su conclusión es necesario el consentimiento de todas y cada una de las partes, tanto en los contratos bilaterales como la compraventa, como en los plurilaterales como la sociedad. Así lo establece en el artículo 1 [P Bosch/Del Pozo/Vaquer, que transcribo en la nota siguiente, en d.1)]./ […]/ Pero no todo acuerdo de voluntades constituye un contrato; para que el acuerdo de voluntades pueda constituir un contrato, precisa de una serie de requisitos» [(2016) p. 96]

Uno, «el artículo 16 [P Bosch/Del Pozo/Vaquer] exige que las partes tengan "la intención de vincularse jurídicamente" […]. Por tanto, pueden existir acuerdos en los que las partes no pretendan que tengan "efecto jurídico". La doctrina distingue el contrato de los acuerdos que se limitan a ser "compromisos sociales", de los simples "acuerdos provisionales" alcanzados durante las negociaciones, y también de aquellos otros acuerdos o convenios que no pretenden ser un contrato legalmente vinculante. […] En definitiva, el contrato implica que su cumplimiento ha de ser susceptible de ser exigido judicialmente.

La referencia a que las partes tengan "la intención de vincularse jurídicamente" expresa de manera precisa la esencia del contrato como un vínculo jurídico entre las partes. El concepto de "vínculo" define perfectamente al contrato, y no excluye que del contrato puedan surgir obligaciones para una sola de las partes» (pp. 96-97).

Dos, el acuerdo debe tener un contenido suficiente, a lo que «también se alude en el artículo 3.1, pero el sentido que se le da a la expresión alude a que no se requiere un nuevo acuerdo de voluntades de las partes contractuales. En cambio, el artículo 16.1 habla de un contenido "suficiente" para que ["]se le dote de efecto jurídico" […]; ello quiere decir que, para que pueda existir un contrato, no es preciso que el acuerdo describa pormenorizadamente todos los aspectos del mismo, pero sí que dicho acuerdo tenga un

contenido mínimo, un contenido "suficiente" conforme a las exigencias de la ley. Esta suficiencia deberá alcanzar tanto al objeto del contrato, como a la causa del mismo (art. 8 [para este artículo *infra* nota 68 d)].

a) La causa del contrato. […]; es imprescindible […] que el contenido "suficiente" del contrato recaiga sobre la causa del mismo, porque determinará el conjunto de reglas que lo rijen, se encuentren estas expresamente previstas (contratos típicos) o no (contratos atípicos) en el ordenamiento jurídico […]

b) El objeto del contrato. Para que el acuerdo tenga un contenido "suficiente" también deberá determinar […] el objeto sobre el que recae el contrato. Todo contrato debe tener […] un objeto determinado o determinable. […] En cuanto al precio, el artículo 3.3 permite que se pueda pactar su determinación por una de las partes o por un tercero [para dicho artículo 3.3, en esta misma nota anterior c.1.1) y c.1.3)].

c) Otras circunstancias del contrato. Si el acuerdo recae sobre el objeto y la causa del contrato, este acuerdo ya tendrá el "contenido suficiente" para constituir el contrato. Además de estos elementos esenciales del contrato (objeto y causa), el contenido del contrato también alcanza otros aspectos, como por ejemplo el lugar y el tiempo de cumplimiento del contrato; la regla general es que no es necesario que el acuerdo recaiga sobre todas las circunstancias del contrato, ya que este acuerdo, a los efectos de tener el "contenido suficiente", puede ser completado con el régimen legal supletorio aplicable; […]. Ahora bien, aunque un acuerdo tenga el "contenido suficiente" por identificar el objeto y la causa del contrato, y a pesar de que el resto de circunstancias del contrato pueda ser determinado por el régimen legal supletorio, no habrá todavía contrato si alguna de las partes exige que se alcance también acuerdo sobre otros aspectos –por ejemplo, la periocidad de los pagos–; cualquier aspecto del contrato puede ser elevado por las partes a la categoría de trascedental, de manera que si no hay acuerdo sobre el mismo no habrá contrato» (pp. 97-98).

Tres, el acuerdo debe tener certeza suficiente para que se le dote de efecto jurídico y con esto, apuntan Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy , «se hace referencia a tres requisitos más que debe reunir el acuerdo de voluntades» (p. 99) y son los siguientes.

«a) […] la certeza supone existencia real del acuerdo, lo que excluye del concepto de contrato los supuestos de simulación.

b) […] [se] alude a la acreditación del mismo, es decir, el acuerdo pueda probarse; aunque el acuerdo exista, si no se consigue la prueba del mismo no producirá efectos jurídicos.

c) Y, finalmente, implica la posibilidad de cumplimiento del contrato, lo que permite excluir del concepto de contrato aquellos acuerdos en que la prestación sea de imposible cumplimiento ya desde el inicio. En este sentido, la Propuesta [*de teoría general* de Bosch/Del Pozo/Vaquer] se aparta de la regla del artículo II.-7:102 DCFR, que califica la imposibilidad inicial no como un supuesto de nulidad del contrato, sino como incumplimiento del mismo» (p. 99).

c.2.3) Las «[c]oncordancias» del artículo 16 P Bosch/Del Pozo/Vaquer son:

«Artículos 1261 CCEsp, 1325 CCIta, 1108 CCFra, 1128 CCFra2016.

Artículos 3.2 PICC, 5(3) y (4) CEC, II.-4:102, 4:103 y II.-4:302 DCFR, 30.2 CESL, 522-4 PAPDC» (p. 95).

[63] a) Artículo 1236 PMCC 2009: «Por el contrato, dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales y establecer reglas para las mismas».

b) b.1) Ese artículo 1236 PMCC 2009 guarda semejanza con el artículo 1321 CCI 1942, según el cual: «Nozione

Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale».

b.2) Artículo 1321 CCI 1942: «Noción

El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, modificar o extinguir entre ellos una regulación jurídica patrimonial» (traducción mía).

c) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, su artículo 521-1 tiene prácticamente la misma dicción que el artículo 1236 PMCC 2009.

Artículo 521-1 PCCAPPDC: «Concepto de contrato

Por el contrato dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales y establecen reglas para las mismas».

d) d.1) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, su artículo 1.1 dispone la noción o definición de contrato.

(autonomía de la voluntad y sus límites) [64] y 1239. I, primera regla, PMCC 2009

Artículo 1 P Bosch/Del Pozo/Vaquer: «El contrato

1. El contrato es un acuerdo de voluntades por el que dos o más personas se vinculan para crear, modificar o extinguir obligaciones, derechos reales u otros efectos jurídicos patrimoniales.

2. No hay contrato por el solo hecho de que una persona realice una prestación no solicitada a favor de otra, y esta permanezca en silencio o inactiva».

d.2) En su comentario a ese artículo 1 y para su apartado 1, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican: «Este artículo presenta una definición del contrato lo más sencilla y general posible, haciendo referencia tan solo a la base del contrato, que es el acuerdo de voluntades, y a sus efectos, que son la creación, la modificación o la extinción de obligaciones, de derechos reales y de otros efectos jurídicos patrimoniales. En esta línea de claridad y simplicidad se inscribe también el artículo II.-101 (1) DCFR, según el cual "*a contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect"* [cursiva del original].

En esta definición no es preciso hacer referencia a los elementos del contrato. Sí que lo hacen algunos códigos, como el español y el italiano (art. 1261 CCEsp y 1325 CCIta [este último artículo lo transcribo *infra* nota 73] respectivamente), que enumeran el consentimiento, el objeto y la causa. Del consentimiento ya habla el artículo que proponemos [Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy], al referirse al acuerdo de voluntades como elemento central del contrato. En cambio, no es necesario hacer referencia al objeto, ya que es evidente que el acuerdo de voluntades ha de recaer sobre una determinada materia o una conducta humana. Tampoco es preciso hacer ahora alusión a la causa o función, ya que, como veremos, […] es inherente al contrato mismo» [(2016) pp. 49-50].

c.3) Las «[c]oncordancias» del artículo 1 P Bosch/Del Pozo/Vaquer son:

«Artículos 1254 y 1261 CCEsp, 1101 CCFra, 1101 CCFra2016, 1321 y 1325 CCIta, 1378 y 1433 CCQue, 6:213.1 y 6:216 CCPB.

Artículos 2:101 PECL, II.-101, II.-3:401 y VIII.-2:304 DCFR, 1236 PMCC, 521-1 PAPDC» (p. 49).

e) Por último y para el derecho francés, *vid.* el artículo 1101 CCF, en el que se define al contrato y transcribo *infra* nota 205.

[64] a) Artículo 1237 PMCC 2009: «Las partes podrán obligarse mediante el contrato del modo que tengan por conveniente y establecer las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

[…] [lo transcribo *infra* nota 66]».

El equivalente al artículo 1237 PMCC 2009 es el artículo 1255 CC.

b) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, su artículo 521-2 es el equivalente al artículo 1237. I PMCC 2009.

Artículo 521-2 PCCAPPDC: «Libertad contractual

1. […].

2. Las partes pueden determinar el contenido del contrato del modo que tengan por conveniente, estableciendo las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no contravengan las leyes, la moral, la buena fe, ni el orden público».

c) c.1) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, su artículo 2 se ocupa de la autonomía de la voluntad y sus límites.

Artículo 2 P Bosch/Del Pozo/Vaquer: «La autonomía de la voluntad y sus límites

1. El contenido del contrato es el que los contratantes han expresado libremente y prevalece sobre cualquier fuente del Derecho, sin otros límites que las normas imperativas, la buena fe y el orden público.

2. En lo que las partes contratantes no hayan acordado, el contenido del contrato es el que establece la ley con carácter dispositivo en la regulación de los tipos contractuales que se adecuán al contenido contractual querido por las partes».

c.2) En su comentario a ese artículo 2 y para su apartado 1, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican: «Este artículo [2.1 Bosch/Del Pozo/Vaquer] recoge un principio fundamental del Derecho de obligaciones, como es el del reconocimiento de la autonomía privada

(perfección de los contratos mediante consentimiento, salvo que otra cosa dispongan la ley o las partes) [65]; artículo 1242 PMCC 2009, al que me he referido en el anterior párrafo de este [6] a) a propósito de que, si las partes están de acuerdo en los elementos esenciales y quieren vincularse, si hay algún punto pendiente de negociaciones, ello no impide la perfección del contrato, y que, una parte puede manifestar que no celebrará el contrato hasta que no se alcance un acuerdo sobre cierto punto o se suscriba un documento).

Otras normas se relacionan con el objeto (art. 1237. II, primera regla, PMCC 2009, «[l]as obligaciones establecidas en el contrato deben estar suficientemente determinadas» [66]; además y situado en otro capítulo, el artículo 1303

---

como fuente principal de los efectos jurídicos que las personas pretenden obtener. Este principio es una concreción en el ámbito contractual del principio, más general, de libertad civil recogido en el artículo 111-6 CCCat.

La redacción del artículo [2.1 Bosch/Del Pozo/Vaquer] –especialmente el término "libremente"– permite distinguir los dos ámbitos en los que, a nivel de principio general, se manifiesta la autonomía de la voluntad: la libertad de celebrar el contrato y la libertad de determinar su contenido. Lógicamente, esta libertad tiene como límite lo que establece la ley imperativa. También se incluyen como límites los conceptos tradicionales de buena fe contractual (más adecuado que el concepto de "moral") y de orden público, por su utilidad en la aplicación de la ley con flexibilidad, lo que puede resultar útil para evitar determinadas situaciones que, aun encajando en la estricta literalidad de la ley, pueden resultar abusivas o, dadas las circunstancias de un caso concreto, pueden dar lugar a un resultado inaceptable desde el punto de vista ético» [(2016) p. 55].

[65] a) Artículo 1239 PMCC 2009: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado, salvo que por ley o por voluntad de las partes se exija para su validez que conste por escrito u otro requisito adicional.

La manifestación de voluntad puede hacerse de modo expreso o resultar de actos concluyentes».

Los equivalentes al artículo 1239. I PMCC 2009 son los artículos 1258, primera regla, CC y 1278 CC.

b) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, su artículo 522-4, 1 y 2, es el equivalente al artículo 1239 PMCC.

Artículo 522-4 PCCAPPDC: «El consentimiento contractual

1. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento o concurso de la oferta y de la aceptación, cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado, salvo que por ley o por voluntad de las partes se exija para su validez que conste por escrito u otro requisito adicional».

2. […] [lo transcribo *supra* nota 62 b)].

3. […] [lo transcribo *supra* nota 62 b)].

c) Para la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, su artículo 9.1, *infra* nota 69 c).

[66] a) Artículo 1237 PMCC 2009: «[…] [lo transcribo *supra* nota 64].

Las obligaciones establecidas en el contrato deben estar suficientemente determinadas y su alcance y cumplimiento no pueden dejarse al mero arbitrio de uno de los contratantes».

b) Por otro lado, el equivalente a la última norma del artículo 1237. II PMCC 2009, que acabo de transcribir en la anterior a) de esta nota, es el artículo 1256 CC.

Y en la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, su artículo 3.2, que transcribo *supra* nota 62 c.1), es el artículo equivalente, para el cual Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican: «Esta norma se basa en el argumento clásico de que un contratante no puede estar a la vez obligado y no obligado, que es lo que resultaría si la implementación y ejecución de los efectos fundamentales del contrato se pudiesen dejar al mero arbitrio de uno de los contratantes. En efecto, hacer depender la vinculación de la mera voluntad de una persona equivale a no obligarse a nada» [(2016) p. 59].

PMCC 2009 se refiere a la imposibilidad y a la ausencia de poder disposición en el momento de la celebración del contrato [67]).

Otras normas se ocupan de la causa [art. 1238 PMCC 2009, en cuyos apartados 1, 2 y 4 se emplea el término «causa», ocupándose cada uno de esos apartados, respectivamente, de la causa ilícita y la causa torpe, de la presunción de licitud de la causa y de la causa falsa, y de los contratos mixtos y su regulación en función de la causa del contrato celebrado [68]).

---

[67] a) Fuera del aludido, en el cuerpo del texto, Capítulo I «Disposiciones generales» del contrato, y trasladándome al Capítulo IX «De la nulidad y anulación de los contratos», del Título II «De los contratos», del Libro IV «De la obligaciones y contratos» de la *Propuesta de 2009*, el artículo 1303 PMCC 2009 trata del objeto del contrato y dispone: «No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de algunas de las partes o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto del mismo».

En 2010 apunté: «Sobre el objeto del contrato […] la *Propuesta civil* (art. 1303 [primera regla, PMCC 2009]), sí que contiene importantes cambios en comparación con el Código civil (art. 1272). Mientras que en el Código civil, la imposibilidad originaria afecta a la validez del contrato –el contrato se considera nulo por falta de objeto (arts. 1261, 1271 [*sic*; 1272])–, en la *Propuesta civil* [*Propuesta de 2009*], la imposibilidad originaria no impide la validez del contrato (art. 1303). Media entre ambos textos [*Propuesta de 2009* y Código civil] un giro radical en el tratamiento jurídico de la imposibilidad originaria» [Fenoy Picón, *ADC* (2010) [54] [iv] p. 108].

b) b.1) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, su artículo 46.2 es el equivalente al artículo 1303 PMCC 2009.

Artículo 46 P Bosch/Del Pozo/Vaquer: «Contratos nulos

1. […] [lo transcribo en parte *infra* nota 68, d.2.1)].
2. Un contrato no es nulo por el solo hecho de que, en el momento en que se concluye, resulta imposible el cumplimiento de la obligación asumida, o porque algunas de las partes no tiene poder de disposición sobre los bienes objeto del contrato.
3. […]».

b.2) En su comentario a ese artículo 46.2, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican: «La regla del apartado 2 tiene la virtud de que permite la validez de aquellos contratos en los que, en el momento de concluirse, la prestación es de imposible cumplimiento, pero posteriormente, en el momento en que el contrato se debe cumplir, el cumplimiento se hace posible.

Uno de los supuestos en que la obligación asumida no puede ser inicialmente cumplida es cuando el contratante no tiene el poder de disposición sobre la cosa objeto del contrato. También en este supuesto el contrato es válido, hay que tener en cuenta que en este caso es posible que el contratante pueda adquirir el poder de disposición sobre la cosa en cuestión una vez se ha concluido el contrato» [(2016) p. 181].

[68] a) En 2010 y sobre la causa en la *Propuesta de 2009* apunté*:* «En la *Propuesta civil* [*Propuesta de 2009*] no se indica, que para que haya contrato se requiera de la «[c]ausa de la obligación que se establezca», como requiere el Código civil en el artículo 1261.3.º No obstante, no debe pensarse que en la *Propuesta civil* [*Propuesta de 2009*] la causa haya sido desterrada del mundo de los contratos. La causa está presente desempeñando una función de control del contenido del contrato (de la autonomía de la voluntad). En esta materia, la *Propuesta civil* [*Propuesta de 2009*] no rompe con el Código civil. Hay una continuidad. En la Exposición de Motivos de la *Propuesta civil* [*Propuesta de 2009*] se indica que, «aunque se mantiene la idea de que todo contrato debe estar fundado en una causa que sea lícita, no se dota al elemento causa del contrato del rigor que en el Derecho anterior parecía tener» (EM VII) [este texto de la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2009* lo transcribo en el cuerpo del texto, en este [6] a), siguiente [A.2]].

Además, [sigo indicando en 2010,] la *Propuesta civil* [*Propuesta de 2009*] recoge un conocido concepto para la civilística española: el del «propósito práctico del contrato», tomado del pensamiento de Federico de Castro y Bravo.

Esta caracterización, que acabo de realizar sobre la causa del contrato en la *Propuesta civil* [*Propuesta de 2009*], resulta del artículo 1238 PC [PMCC 2009] –ubicado en el Capítulo Primero, *«Disposiciones generales»,* del Título II, *«De los contratos»,* del Libro IV de la *Propuesta civil* [*Propuesta de 2009*]– y del artículo 1296 PC [PMCC 2009] –situado éste en el Capítulo IX, *«De la nulidad y anulación de los contratos»,* del mismo Título II, *«De los contratos»,* del Libro IV de la *Propuesta civil*–.

El artículo 1238 PC [PMCC 2009] dispone:

«1. Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral [cfr. artículo 1275 CC].

Ninguna de las partes a quien se impute en el mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo [cfr. artículo 1306 CC].

2. Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario [cfr. artículo 1277 CC].

La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita [cfr. artículo 1276 CC].

3. El régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de propósitos prácticos acordados por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado.

4. Cuando un contrato contenga elementos de diversos contratos típicos, se aplicarán conjuntamente las disposiciones relativas a estos contratos en aquello que se adecúe con la causa del contrato celebrado».

Por su parte, el artículo 1296 PC [PMCC 2009] preceptúa:

«1. La nulidad de pleno derecho de un contrato por carecer de causa o ser ésta ilícita o por ser contraria a una norma imperativa o prohibitiva, (…), se declarará a instancia de cualquier persona con interés legítimo. Esta acción es imprescriptible./ (…)» [cursiva del original; Fenoy Picón, *ADC* (2010) [54] [iii] pp. 106-108; transcribo este artículo 1296 PMCC 2009 en su totalidad, *infra* nota 777 c)].

b) Sobre la causa en la *Propuesta de 2009, vid.* las consideraciones de Morales Moreno, *infra* [38] a), y de Bosch Capdevila, *infra* nota 793 b).

c) c.1) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, su artículo 521-3 es el equivalente al artículo 1238, 3 y 4, PMCC 2009.

Artículo 521-3 PCCAPPDC: «Régimen jurídico de los contratos

1. El régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de prestaciones y al fin concreto acordado por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado.

2. Cuando un contrato contiene elementos de diversos contratos típicos, se aplican conjuntamente las disposiciones relativas a dichos contratos en aquello en que se adecua con la naturaleza de aquel y con la finalidad común».

Por otro lado, en la Exposición de motivos de la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil y para «[l]a cuestión de la causa de los contratos» (lo entrecomillados, negrita en el original) se explica:

«La causa es una noción ardua y difícil. La interpretación de los preceptos del Código civil es discutida y discutible. La PMCC decide mantener varias referencias a la noción de causa, a pesar de que, al igual que en nuestra Propuesta, se ha optado por no enumerar ni definir los requisitos esenciales del contrato. La exposición de motivos de la PMCC afirma que "aunque se mantiene la idea de que todo contrato debe estar fundada en una causa que sea lícita, no se dota al elemento causal del contrato del rigor que en el Derecho anterior parecía tener" [fragmento que también transcribo en el cuerpo del texto, en [A.2] de [6]. No obstante, el artículo 1238 de la PMCC declara la nulidad de los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral.

Nuestra doctrina ha destacado que la noción de causa cumple distintas funciones que, acaso, pueden alcanzarse a través de otros expedientes. Es indudable que la causa constituye una noción a la que acuden con frecuencia tanto la doctrina como la jurisprudencia como base o fundamento de su argumentación.

Dos son las fuciones asignadas a la causa: determinar la fuerza y la eficacia asignable a cada contrato y determinar la validez o invalidez del contrato. En el primer caso, la causa se usa con la finalidad de la calificación del contrato y equivale al conjunto de propósitos prácticos realmente perseguido por las partes; en el segundo, la causa se identifica con diferentes nociones: a veces significa legalidad del contrato entendido en su conjunto (causa ilícita); otras veces evoca la realidad del consentimiento (au-

sencia de causa o causa falsa). Pero todas estas funciones se pueden desempeñar sin conservar expresamente la noción de causa. De otro lado, también se ha tenido en cuenta que en los modelos de referencia del *soft law*, como los PECL y DCFR [sobre estos *infra* [38] a) [A.1] y [A.2]] no se contempla la causa. Tampoco se incluye en la reciente reforma del Código Civil francés de 2016 [para ese derecho *infra* nota 783]» [Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil (2018) pp. 203-204].

c.2) Además, el artículo 527-1. 1 PCCAPPDC es el equivalente al artículo 1296.1 PMCC 2009. Artículo 521-1.1 PCCAPPDC: «Nulidad del contrato

1. La nulidad de pleno derecho de un contrato por ser contrario a una norma imperativa o prohibitiva, o por razón de la ilicitud del fin perseguido por las partes, […], se declara a instancia de cualquier persona con interés legítimo. La acción declarativa de nulidad es imprescriptible./ […]».

d) d.1.1) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, su artículo 8 regula la causa.

Artículo 8 P Bosch/Del Pozo/Vaquer: «Causa del contrato

1. El acuerdo de voluntades comprende la función jurídica y económica que se pretende obtener con el contrato.

2. La causa del contrato se puede describir con la mera designación del tipo contractual que ha de determinar aquellos efectos del contrato que las partes no hayan regulado expresamente.

3. Si la función del contrato encaja en dos o más tipos contractuales, las reglas de estos se aplican de manera concurrente, en la medida en que sean compatibles y se ajusten a la finalidad perseguida por las partes».

d.1.2) En su comentario a dicho artículo 8, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy destacan la «[n]ecesidad de expresar la causa o función del contrato» [negrita en el original; (2016) p. 70) y, que «[n]o se hace referencia a la causa subjetiva, o motivos» (negrita en el original; p. 74). En concreto:

d.1.2.1) Para lo primero explican: «[…] el recurso a la figura de la causa, entendida como causa objetiva o función jurídica y económica que las partes pretenden obtener a través del contrato que celebran. En concreto, el acuerdo de voluntades que constituye la base del contrato debe incluir, de manera explícita o por la mera designación del tipo contractual, una referencia a la causa o función del contrato. En este aspecto, nuestra Propuesta [Bosch/Del Pozo/Vaquer] de Regulación se aleja de la regulación de algunos textos, como el DCFR (cfr. Principio núm. 56) que eluden la referencia a la causa. Sin embargo, entendemos [Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy] que la presencia de ese elemento en el acuerdo de voluntades resulta fundamental para la seguridad jurídica y económica que las partes persiguen mediante la celebración del contrato.

[…] Observemos las siguientes conductas de dos personas, A y B: A entrega un perro de caza a B, y B entrega 300 euros a A. Ante estos dos hechos, no tenemos ninguna información sobre las intenciones de A y B, ni sobre el alcance económico, jurídico y social que pretenden con sus conductas. Como estos actos pueden tener repercusiones no solamente entre los mismos A y B (por ejemplo, qué sucede si el perro está enfermo), sino también de cara a terceros (así, qué pasa si B tenía deudas contraídas antes de pagar los 300 euros), es preciso aclarar cuál es la configuración jurídica y económica de estas actuaciones de A y B.

Existen diferentes posibilidades, y todas ellas admiten matices y combinaciones:

Una primera posibilidad es que los actos de A y B sean totalmente independientes el uno del otro. En este caso nos hallamos, por ejemplo, ante dos donaciones. A pesar de la apariencia, no existe ninguna relación, dependencia ni reciprocidad entre uno y otro acto; así, A da el perro porque le molesta y B da el dinero a A como regalo de bodas. Lo mismo sucede si A devuelve el perro que le prestaron (es decir, cumple su obligación de restitución), mientras que B entrega a A el dinero que este dejó olvidado.

Otra posibilidad es que los actos de A y B estén vinculados, en el sentido de que uno existe porque el otro también existe: en el primero de los ejemplos citados, A entrega el perro porque, *a cambio* [cursiva del original], B le entrega el dinero, y viceversa. Aun siendo útil y esclarecedora, esta explicación todavía resulta insuficiente; es útil porque ahora ya sabemos que estamos ante un contrato, pero es insuficiente porque aún no sabemos de *qué tipo* [cursiva del original] se trata. En efecto, la entrega de una cosa a cambio de dinero responde tanto a la estructura de la compraventa, como a la del arrendamiento. Es necesario, en consecuencia, dar un paso más allá y preguntarse *por qué* [cursiva del original] se produce

Y otras normas tratan sobre la forma del contrato [art. 1239. I *in fine* PMCC 2009, que transcribo *supra* nota 65 a) y se refiere a que el contrato conste por escrito u otro requisito adicional para su validez, por ley o voluntad de las

---

este intercambio de prestaciones, es decir, cuál es la finalidad jurídica, económica y social que A y B pretenden con la celebración del contrato. Así, si A pretende transmitir la propiedad del perro a B, a cambio de adquirir la propiedad del dinero, diremos que estamos ante un contrato de compraventa. En cambio, si lo que A pretende no es transmitir la propiedad, sino tan solo ceder el uso del perro de manera temporal, a cambio de la adquisición, en este caso también definitiva, del dinero, diremos que se trata de un contrato de arrendamiento.

En conclusión, podemos definir la *causa o función* [cursiva del original] del contrato como la finalidad jurídica, económica y social que se pretende con la celebración de este negocio jurídico. Por tanto, la función forma parte del contrato, ya que determina y explica el conjunto de reglas que forman su contenido y que se han de aplicar a fin de conseguir los objetivos jurídicos, económicos y sociales que las partes pretenden con el contrato.

En esta línea, vemos que la utilidad de la causa o función es estructurar el contenido de las declaraciones de voluntad del contrato, lo que, en definitiva, puede comportar el establecimiento de determinados límites a la autonomía de la voluntad. Por ejemplo:

1.º Las partes no son absolutamente libres de escoger el tipo negocial. Así, la custodia de un inmueble no se puede calificar como contrato de depósito, ya que el artículo 1761 CCEsp establece que el depósito solo puede recaer sobre bienes muebles.

2.º Un determinado tipo de causa puede comportar la aplicación, ni que sea por analogía, de determinadas normas. Por ejemplo, las reglas del saneamiento son reglas propias de la causa onerosa, y las de inoficiosidad lo son de la causa gratuita» (pp. 71-73).

d.1.2.2) Y para lo segundo, dicen: «El artículo [8 P Bosch/Del Pozo/Vaquer] no hace referencia a la causa en sentido subjetivo, es decir, a los motivos que han impelido a las partes a celebrar el contrato. Si las partes quieren dar relevancia a los simples motivos, los pueden "causalizar" introduciéndolos explícitamente en la estructura del contrato (por ejemplo, mediante una condición) o, simplemente, expresando en el contrato la finalidad que pretenden. […]

En realidad, la única relevancia que pueden tener los motivos se produce si estos son ilícitos, en cuyo caso, las normas generales (art. 6.3 CCEsp) ya establecen que el acto al que se vinculan es un acto nulo, tanto si se trata de un contrato como de cualquier otro acto jurídico (por ejemplo, la donación que se hace para premiar la comisión de un crimen). Por tanto, no es necesario hacer referencia a la causa subjetiva o motivos en la regulación del contrato» (p. 74).

d.1.3) Las «[c]oncordancias» del artículo 8 P Bosch/Del Pozo/Vaquer son:

«Artículos 405.2 CCPor, 215 CCPB
Artículos II.-1:107 DCFR, 1238.3 y 4 PMCC, 521-3 PAPDC, 621-4 Pr200» (p. 70).

d.2) d.2.1) Y el otro artículo de la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer que ahora interesa es su artículo 46.1 c).

Artículo 46 P Bosch/Del Pozo/Vaquer: «Contratos nulos
Son nulos los contratos concluidos:

a) […]
b) […]
c) Sin que conste su causa
d) [...]

2. […] [lo transcribo *supra* nota 67, b.1)].
3. […]».

d.2.2) Sobre la letra c) de dicho artículo 46.1, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy comentan: «[…], posiblemente resulta innecesario y reiterativo el apartado c) de este artículo 46.1, que vuelve a aludir a la falta de constancia de la causa; sin embargo, se ha considerado oportuno hacer una mención explícita a la causa, a la que explícitamente se alude en el artículo 8 [P Bosch/Del Pozo/Vaquer, del que trato en esta nota en anterior d.1.1) a d.1.3)].

partes; artículo 1240 PMCC 2009 (constancia en documento público para la validez del contrato, y facultad de compelerse recíprocamente los contratantes a llenar una forma para determinados supuestos) [69] y artículo 1241 PMCC 2009

---

[69] a) Artículo 1240 PMCC 2009: «Habrán de constar para su validez en documento público los contratos para los que la ley así lo disponga expresamente.

En los demás casos, podrán los contratantes compelerse recíprocamente a llenar la forma de documento público u otra especial en cualquiera de los siguientes supuestos:

1.º Cuando la ley exija tal forma para que el contrato celebrado alcance determinados efectos y, en especial, cuando se trate de contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

2.º Que esté así estipulado en el contrato.

También las partes podrán compelerse recíprocamente a que conste por escrito, aunque sea privado, el contrato celebrado cuando la cuantía de cualquiera de las prestaciones exceda de la cantidad mínima de diez mil euros.

Serán de cargo de quien la exige los gastos de forma, salvo los casos en que el contrato o la ley establezca otra cosa».

Los equivalentes al artículo 1240 PMCC 2009 son los artículos 1279 y 1280 CC.

b) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, sus artículos 523-2 y 523-3 son los equivalentes al artículo 1240 PMCC 2009.

b.1) Artículo 523-2 PCCAPPDC: «Forma esencial

Los requisitos formales establecidos por la ley solo se consideran esenciales cuando la ley hace depender la validez del contrato de su concurrencia».

b.2) Artículo 523-3 PCCAPPDC: «Formalización

1. Fuera de los casos mencionados en el artículo anterior, los contratantes pueden compelerse recíprocamente a llenar la forma de documento público u otra especial en cualquiera de los siguientes supuestos:

a) Cuando la ley exige tal forma para que el contrato celebrado alcance determinados efectos y, en especial, cuando se trata de contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles.

b) Cuando así se ha pactado en el contrato.

2. También pueden las partes compelerse recíprocamente a que conste por escrito cuando la cuantía de cualquiera de las prestaciones excede de la cantidad de mil euros.

3. Si el contrato o la ley no establecen otra cosa, los gastos de formalización son de cargo de quien la exige, si bien en los contratos con consumidores, si este el que pide la formalización, los gastos son por mitad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 528-9-2».

c) c.1) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, su artículo 9 se ocupa de la forma.

Artículo 9 P Bosch/Del Pozo/Vaquer: «Forma

1. La conclusión del contrato no requiere ningún requisito de forma, salvo que la ley o los contratantes exijan el cumplimiento de alguna solemnidad.

2. La posibilidad de inscribir el contrato en un registro público permite a los contratantes compelerse recíprocamente a cumplir la forma requerida para la inscripción.

3. La forma requerida en un contrato ha de ser observada también en cualquier modificación que posteriormente se haga del mismo, salvo que se trate de la modificación de simples estipulaciones accesorias».

c.2) En su comentario a dicho artículo 9, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican para su apartado 1: «pone de manifiesto el principio de libertad de forma de los contratos, llevado incluso a su máxima expresión y con la misma claridad y contundencia. Por tanto, como principio la forma no es un elemento esencial del contrato, de manera que este es válido y plenamente eficaz sea cual sea el medio de exteriorización de la voluntad. Sin embargo, el principio de libertad de forma no excluye

(cláusula contractual exigiendo que la modificación o el mutuo disenso conste por escrito, e incidencia del posterior comportamiento sobre la modificación o la extinción contractual que ha generado confianza en el otro [70]).

Expuesto todo lo anterior, en esencia y según la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2009*, la reforma de la *Propuesta de 2009* consiste en apartarse del esquema formal y rígido del artículo 1261 CC, con la intención de «facilitar lo más posible la contratación y de suprimir muchas de las cortapisas con que puede encontrarse» dicha contratación, prefiriéndose entender celebrado el contrato si «ha existido un principio de ejecución del contrato».

---

que los contratantes o la ley puedan establecer requisitos formales, con los efectos que en cada caso se determinen; la primera consecuencia de ello es que los contratantes se pueden compeler recíprocamente a cumplir la forma exigida (apartado 2 del artículo).

No es útil y limita la autonomía de la voluntad hacer enumeraciones de contratos en los que las partes se pueden compeler al otorgamiento por escrito o en escritura pública, incluso estableciendo cuantías mínimas a partir de las cuales lo pueden hacer (así, artículos 1280.2 CCEsp, 1240.3 PMCC y 523-3.3 PAPDC). El argumento es que las partes ya llegarán "de manera natural" a un acuerdo sobre la forma que quieren dar al contrato, igual que llegan a un acuerdo sobre el precio y las otras condiciones del mismo» [(2016) pp. 75-76]

Para el apartado 2 de este artículo 9, indican ahora Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy : «La posibilidad de inscribir el contrato en un registro público ha de permitir a los contratantes exigirse recíprocamente el otorgamiento de la forma necesaria para la inscripción, ya que, en caso contrario, perjudicaría el correcto ejercicio de los derechos derivados del contrato (cfr. artículo 3 LH y 33 RH). Este argumento, llevado al extremo, es el que posibilita la inmatriculación forzosa en el Registro de la Propiedad (arts. 7.2 LH y 312 RH)» (pp. 77-78).

Y para el apartado 3 del citado artículo 9, apuntan Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy : «Esta norma es útil, ya que da viabilidad y seguridad jurídicas a modificaciones de poca importancia, para las que sería antieconómico exigir que constasen en escritura pública, por ejemplo, igual que el contrato inicial» (p. 78).

[70] a) Artículo 1241 PMCC 2009: «Un contrato que conste por escrito en el que exista una cláusula que exija que cualquier modificación o extinción del mismo por mutuo acuerdo se haga por escrito, no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, aquella de las partes que con su comportamiento en relación a la modificación o extinción del contrato haya generado en la otra una confianza legítima, no podrá invocar la citada cláusula».

Este artículo 1241 PMCC 2009 no tiene equivalente en la regulación del contrato en general del Código civil.

b) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, su artículo 523-5.2 es el equivalente al artículo 1241 PMCC 2009. Según el artículo 523 PCCAPPDC: «Pactos sobre la forma

1. Las partes pueden pactar para sus relaciones futuras las exigencias formales que tengan por conveniente. El incumplimiento de estas exigencias formales determina la ineficacia del acto a no ser que del pacto se desprenda que fue otra la voluntad de los contratantes.

2. Un contrato que conste por escrito en el que exista una cláusula que exija que cualquier modificación o extinción del mismo por mutuo acuerdo se haga por escrito, no puede modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, aquella de las partes que con su comportamiento en relación a la modificación o extinción del contrato haya generado en la otra una confianza legítima, no puede invocar la citada cláusula.

3. La disposición del apartado anterior no se aplica en los contratos entre empresarios y consumidores, en los cuales el consumidor siempre puede modificar o extinguir el contrato en la misma forma en que este se concertó».

[A] *Las explicaciones de la Exposición de motivos de la Propuesta de 2009 sobre los requisitos para la existencia de contrato*

[A.1] «Con independencia de los debates que en sede meramente teórica respecto de las diferentes concepciones de la figura del contrato se pueden mantener, parece cierto que los codificadores del siglo XIX, que tanto fiaron a la autonomía de la voluntad, no dejaron de sentir ciertos temores respecto de los peligros que la contratación podía acarrear, pues es cierto que todo contrato, abierto hacia un futuro siempre impredecible, presenta algo de aventura. En la medida en que el contrato se pensaba como una autolimitación de la libertad individual y como la aceptación de la constricción que toda obligación encierra, se multiplicaban los requisitos necesarios para entender el contrato como celebrado, de lo que es muy buena muestra el artículo 1261 Código Civil, y se exigía un casi perfecto encuentro de los consentimientos libres. No hay que decir que en esta concepción las posibles pretensiones de nulidad se multiplican.

En el mundo contemporáneo se entiende que, desde el punto de vista económico, la celebración y multiplicación de contratos es una buena medida de fomento del desarrollo que siempre se realiza a través o por medio de contratos de todo tipo. De aquí la conveniencia de facilitar lo más posible la contratación y de suprimir muchas de las cortapisas con que puede encontrarse. Contemplando las cosas desde otro punto de vista puede decirse, especialmente en aquellos casos en que ha existido un principio de ejecución del contrato, que es preferible considerar a éste como celebrado que organizar las pretensiones de enriquecimiento o de restitución que tendrían que ser lógica consecuencia de la nulidad. La presente reforma [de 2009] se inspira en esa misma idea: la existencia del contrato o el de hecho de que éste se considere celebrado desde el punto de vista jurídico, se facilita mediante una nueva regulación de los contratos, especialmente mediante el cruce de ofertas y aceptaciones, que está, sin duda, muy inspirada en la Convención de Viena y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Más se facilita también al aceptar la regla, que hoy parece ya haberse abierto camino definitivamente, según la cual la imposibilidad inicial de la prestación no hace nulo por sí sola el contrato con independencia de que pueda existir otros motivos de anulación» (VI de la EM) [71].

[A.2] «[…] [el contenido de los puntos suspensivos lo transcribo en este [6], *infra* b) [A.1]. Y aunque se mantiene la idea de que todo contrato debe estar fundado en una causa que sea lícita, no se dota al elemento causal del contrato del rigor que en el Derecho anterior parecía tener.

---

[71] a) COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL) (2009) pp. 20-21.

b) En la Exposición de motivos de la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil se explica en relación a la misma: «Quizá lo más llamativo de la sistemática que se propone sea la inexistencia de un Capítulo destinado a regular los elementos esenciales del contrato, a diferencia de nuestro Código Civil, que dedica a tales requisitos esenciales el Capítulo II del Título II del Libro cuarto, encabezado por el artículo 1261 que los enumera.

Pero, de otro lado, se trata de elementos que se desprenden de la propia noción de contrato, cuya elaboración parece más una tarea de la doctrina que del texto legal. Carece ya de sentido una norma que subordine la existencia del contrato a la concurrencia de estos requisitos. Sin perjuicio, naturalmente, de las consecuencias que haya de desencadenar la inexistencia o ilicitud de la causa» [ASOCIACIÓN DE PROFESORAS Y PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018) p. 202].

De todo ello resulta una construcción que parece armónica y que puede, como se ha dicho, facilitar la contratación» (VII de la EM) [72].

[B] *El modelo consistente en un artículo enumerador de los requisitos de validez del contrato y el modelo en el que no existe tal tipo de artículo, en el ámbito de los derechos continentales europeos*

De modo sintético, Christandl explica al respecto:

«Inspirado por Domat y Pothier, el *Code civil* francés de 1804 listó los siguientes cuatro requisitos para la formación del contrato en el artículo 1108 [que transcribo *infra* nota 76]: consentimiento de la parte que se obliga; capacidad para celebrar contratos; certeza del objeto, el cual constituye el contenido del acuerdo; y legalidad de la causa de la obligación. Una disposición general puede encontrarse más tarde en codificaciones de la familia legal romanista. El *Código civil* [español] requiere consentimiento entre las parts, certeza en el objeto del contrato, y una causa [art. 1261]. Del mismo modo, el artículo 1325 *Codice civile* [de 1942] lista el consentimiento entre las partes, una causa, y un objeto, mientras que la forma escrita se requiere solo si expresamente se establece por la ley [73]. La reforma francesa del derecho de obligaciones [reforma 2016-2018, de la que doy cuenta en el siguiente [C.1]] contiene un listado similar en el artículo 1128 *Code civil* [que transcribo en el siguiente [C.1] y nota 75], salvo para el elemento de la causa, la cual ha sido abandonada. Por contraste, la familia legal germánica, con el BGB como vanguardia suya, no lista los requisitos para la validez del contrato. Es común la visión de que la oferta debe contener los elementos esenciales del contrato, sin los cuales la mera aceptación no podría resultar en la celebración de un contrato. Además, el oferente debe tener la intención de vincularse con la aceptación; de otro modo, no hay oferta, sino una mera *invitatio ad offerendum.* Por consiguiente, los requisitos implícitos para la formación del contrato en el moderno derecho alemán son consentimiento, certeza, o al menos determinabilidad de los elementos esenciales del acuerdo, así como la intención del oferente de vincularse con la aceptación» [74].

---

[72] Comisión General de Codificación (Sección Civil) (2009) p. 22.

[73] Artículo 1325 CCI 1942: «Indicazione dei requisiti:

I requisiti del contratto sono:

1) l'accordo delle parti.
2) la causa
3) l'oggetto
4) la forma, quando resulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità».

Una traducción de este artículo 1325 CCI 1942 al español por Ugarte Godoy, *infra* nota 797 b).

[74] a) Christandl, «Introducción previa al artículo 2:101» (2018) 2, p. 233; traducción mía.

b) Christandl también se refiere al *common law* sobre el que, entre otros extremos, afirma que en el «moderno» «*common law*», «en los tratados sobre contratos, todavía se lista los siguientes requisitos para la celebración de un contrato; un acuerdo, generalmente en los términos de la aceptación de una oferta, intención de crear relaciones legales, y la» «consideration» (3, p. 233).

[C] *La existencia de un artículo preliminar enumerador de los requisitos de validez del contrato en los derechos francés y belga*

Como apunto en el título de este [C], en dichos derechos, y añado, en sus respectivos códigos civiles, se cuenta con ese artículo preliminar y enumerador. Cuestión distinta, de la que no me ocupo ahora, es cuáles son los concretos requisitos enumerados para la validez del contrato, comparando con sus respectivas y anteriores regulaciones. En este sentido y por ejemplo, si la causa es o no requisito del contrato [sobre esto *infra* [38] a)].

[C.1] *En el derecho francés*

a) El artículo 1128 CCF dispone: «Son necesarios para la validez de un contrato:

1.º El consentimiento de las partes;
2.º Su capacidad para contratar;
3.º Un contenido lícito y cierto» (traducción mía) [75].

b) Para el artículo 1128 CCF y con carácter general, explican Deshayes/Genicon/Laithier:

«El artículo 1128 que introduce la sección 2 consagrada a "la validez del contrato" es el sucesor modernizado del artículo 1108 antiguo [aCCF] [76], el cual tiene la misma importancia puesto que es el punto central técnico del capítulo II consagrado a "la formación del contrato". Pues enumerando todas las condiciones necesarias para que un contrato sea válido, el artículo 1128 da su efecto al artículo 1178 [I, primera regla, CCF] que enuncia que "un contrato que no cumple las condiciones requeridas para su validez es nulo" [77]. Son necesarias tres condiciones para la validez, que son el consentimiento de las partes, su capacidad de contratar y un contenido lícito y cierto dado por ellas al contrato. Cada subsec-

---

[75] Artículo 1128 CCF: «Sont nécessaires à la validité d'un contrat:
1.º Le consentement des parties;
2.º Leur capacité de contracter;
3.º Un contenu licite et certain».

[76] a) Artículo 1108 aCCF: «Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención:
El consentimiento de la parte que se obliga;
Su capacidad de contratar;
Un objeto cierto que forme la materia del contrato;
Un causa lícita de la obligación» (traducción mía).
b) Artículo 1108 aCCF: «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:
Le consentement de la partie qui s'oblige;
Sa capacité de contracter;
Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;
Une cause licite dans l'obligation».

[77] Artículo 1178. I primera regla CCF: «Un contrat qui ne rempli pas les conditions requises pour sa validité est nul. […]».

ción siguiente retoma cada una de estas condiciones para detallar las exigencias precisas que les son correspondientes […].

El consentimiento y la capacidad no llaman a un comentario en este momento: son las dos condiciones tradicionales que figuraban en el antiguo artículo 1108 [aCCF, que transcribo *supra* nota 76). Es bien seguro que la condición relativa al «contenido» del contrato la que atrae toda la atención. En lugar de incluir la célebre cuádriga (consentimiento, capacidad, causa, objeto), el artículo 1128 instala un tríptico en el que el último elemento, el contenido pues, sustituye a la causa y al objeto. Es poco decir que esta modificación suscita y suscitará todavía vivos debates y que es difícil de identificar las consecuencias de este cambio que no es necesariamente semántico» [78].

Similares consideraciones a las que acabo de exponer llevan a cabo Chatepie/Latina [79].

[C.2] *En el derecho belga*

a) Según el artículo 5.27 CCB: «Condiciones de validez:

«Para la validez de un contrato, las condiciones siguientes deben ser cumplidas:

1.º el consentimiento libre e ilustrado [consciente, con conocimiento] de cada parte;
2.º la capacidad de cada parte para contratar;
3.º un objeto determinable y lícito;
4.º una causa lícita.

Las condiciones de validez se aprecian en el momento de la celebración del contrato» (traducción mía) [80].

---

[78] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1128» (2018) p. 197; traducción mía.

[79] Para Chantepie/Latina: «El artículo 1128 del Código civil [que transcribo en el cuerpo del texto en [C.1] a), y *supra* nota 75] es la réplica deformada del antiguo artículo 1108 [aCCF, que transcribo *supra* nota 76]. Este último hace una lista de "cuatro condiciones (…) esenciales para la validez de una convención": "el consentimiento de la parte que se obliga, su capacidad de contratar, un objeto cierto que forma la materia del contrato, [y] una causa lícita de la obligación". Como el antiguo artículo 1108, el artículo 1128 es concebido como un simple texto que anuncia las diferentes condiciones, estudiadas en las subdivisiones de la sección consagrada a la "validez" del contrato. Su función normativa se limita a enunciar el carácter acumulativo de las condiciones desarrolladas ulteriormente. No escapará a nadie que el anuncio ha sido modificado por la reforma del derecho de contratos. Las nociones de objeto, y sobre todo de causa, han desaparecido, lo que una parte de la doctrina ha vivido dolorosamente. Ellos [objeto y causa] han sido fundidos en la noción más amplia de "contenido", que es objeto de una subsección 3, la cual no es definida» [«Artículo 1128» (2018) 283 pp. 244-245; traducción mía].

[80] Artículo 5.27 CCB: «Conditions de validité
Pour la validité d'un contrat, les conditions suivantes doivent être remplies:
1.º le consentement libre et éclairé de chaque partie;
2.º la capacité de chaque partie de contracter;

b) En el comentario oficial del artículo 5.27 CCB se explica que «[e]l párrafo 1.º de la disposición propuesta [el art. 5.27 CCB] confirma la necesidad de *cuatro* [cursiva del original] condiciones de validez, con el mantenimiento de la exigencia de una causa (conforme al artículo 1108 C.civ. [entonces vigente [81]], y contrariamente por ej. al artículo 1128 C.civ.fr [que transcribo en la anterior [C.1] y nota 75] que no retoma esta condición. En principio y salvo derogación legal, estas condiciones de validez se aplican igualmente a otros actos jurídicos, tales como obligaciones nacidas de actos jurídicos unilaterales […].

El párrafo 2 [del artículo 5.27 CCB] confirma una jurisprudencia constante […]» [82].

b) Centrándome en los vicios del consentimiento contractual, en las aludidas, en la anterior a) de este [6], «Disposiciones generales» para los contratos del Capítulo I, del Título II del Libro IV de la *Propuesta de 2009,* no hay un precepto como el del artículo 1265 CC que recoja, sin más, cuáles son los vicios del consentimiento contractual [*supra* [5] b)]. Para conocerlos ha de acudirse («saltarse») al Capítulo IX titulado «De la nulidad y la anulación de los contratos», del mismo Título II «De los contratos», del Libro IV «De las obligaciones y contratos» de la *Propuesta de 2009* (arts. 1296 a 1311). En este Capítulo IX, penúltimo de todos los que conforman ese Título II (arts. 1296 a 1399), se regulan tanto las causas de anulación por vicios del consentimiento contractual como el ejercicio de la anulación contractual, junto con otros extremos [83]. Este dato estructural de la *Propuesta de 2009*, lugar en dónde se

---

3.º un objet déterminable et licite;
4.º une cause licite.
Les conditions de validité sont appréciées au moment de la conclusión du contrat».

[81] a) Artículo 1108 aCCB: «Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención:
El consentimiento de la parte que se obliga;
Su capacidad para contratar;
Un objeto cierto que forme la materia del acuerdo;
Una causa lícita en la obligación» (traducción mía).
b) Artículo 1108 aCCB: «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:
Le consentement de la partie qui s'oblige;
Sa capacité de contracter;
Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;
Une cause licite dans l'obligation».

[82] *DOC* 55 1806/001, p. 31; traducción mía.

[83] Sobre esos otros extremos, dentro del mentado Capítulo IX de la *Propuesta de 2009:*
a) En el artículo 1296 PMCC 2009 se regula la nulidad de los contratos, disponiéndose las causas de nulidad y su régimen jurídico [cuyos apartados 1 y 2 transcribo *infra* nota 777 c)].
b) En el artículo 1297 PMCC 2009 se regula la legitimación activa para anular los contratos celebrados por persona sin capacidad de obrar necesaria y por personas que carezcan de la capacidad de entender [lo transcribo *infra* nota 938 a)].
c) En el artículo 1303 PMCC 2009 se ordena que no afecta a la validez del contrato la imposibilidad originaria de la prestación, ni la ausencia de facultad dispositiva del bien; sobre la imposibilidad originaria de la prestación, *supra*, nota 67.

ubican y regulan los vicios del consentimiento contractual, es una novedad frente a lo antes referido para el Código civil [*supra* [5] b)].

Señalado lo anterior, en la *Propuesta de 2009* se regulan los vicios del error [art. 1298 PMCC 2009, que transcribo *infra* nota 125 a)], de la violencia e intimidación (art. 1299 PMCC 2009) [84], del dolo (art. 1300 PMCC 2009, que

---

d) En los artículos 1304 y 1305 PMCC 2009 se regula el ejercicio de la anulación contractual; en el siguiente artículo 1307 PMCC 2009, la confirmación del contrato anulable; y en el artículo 1308 PMCC 2009 se contemplan otras causas por las que puede extinguirse la anulación contractual (pérdida de la cosa por dolo o culpa, etc.).

e) En el artículo 1306 PMCC 2009 se regulan los, en su caso, efectos restitutorios del contrato nulo y del anulado (norma común). Y en el artículo 1309 PMCC 2023, la nulidad parcial y la anulabilidad parcial.

[84] a) Artículo 1299 PMCC 2009:

«1. Podrá ser anulado el contrato por aquel de los contratantes que hubiera prestado su consentimiento por violencia o intimidación.

2. Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible.

3. Hay intimidación cuando se inspira injustamente a uno de los contratantes el temor racional y fundado de un mal inminente y grave.

4. Para calificar la intimidacion ha de atenderse a la edad y a la condición de la persona.

5 […] [lo transcribo *infra* [27]; adelanto que se dispone la misma norma que la del artículo 1268 CC]».

b) b.1) A diferencia del Código civil (art. 1267. I CC), en la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil no se considera vicio del consentimiento a la violencia, contemplándose solo la intimidación. Según el artículo 527-8 PCCAPPDC: «Intimidación

Puede anular el contrato la parte que haya sido intimidada para prestar su consentimiento, con una amenaza injusta, que provoque un temor racional y fundado de un mal inminente y grave, de acuerdo a las circunstancias, incluidas la edad y condición de la persona; siempre y cuando no haya tenido una alternativa razonable a la perfección del contrato».

b.2) A propósito de la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil y teniendo en cuenta al Código civil, Solé Feliu comenta: «Esta bipartición [entre violencia e intimidación del artículo 1267 CC] ha dado pie a la doctrina española a plantearse si la violencia que menciona el precepto [art. 1267 CC] se refiere a la *vis absoluta* (fuerza irresistible que anula la voluntad) o a la *vis compulsiva* (empleo de una fuerza que, sin anular la voluntad del sujeto, consigue determinarla); a plantearse si los dos vicios contemplados por el artículo 1267 CC constituyen dos figuras distintas; o si, en el caso de referirse la violencia que regula el artículo 1267.1 CC sólo a la *vis compulsiva* –posición que cuenta con sólido apoyo doctrinal–, la sede normativa para resolver los supuestos de *vis absoluta* debe buscarse en otro lugar como, por ejemplo, el artículo 1261.1 CC, al tratarse de un problema de falta de consentimiento y no de simple falta de libertad. Esta parece ser la opción tomada por los redactores de la reciente Propuesta de Código civil […], impulsada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, en cuya regulación de los vicios del consentimiento, junto con el error, el dolo y la ventaja excesiva, tan solo contempla la intimidación (Artículo 527-8 PCC [que transcribo en esta nota, anterior b.1)], definida como la "amenaza injusta, que provoque un temor racional y fundado de un mal inminente y grave, de acuerdo a las circunstancias, incluidas la edad y condición de la persona; siempre y cuando no haya tenido alternativa razonable a la perfección del contrato". La consecuencia de la intimidación es que "puede anular el contrato la parte que haya sido intimidada para prestar su consentimiento". Frente a ello, cabría entender que el empleo de una fuerza irresistible que anula la voluntad fundamentaría la nulidad de pleno derecho del contrato por "falta de consentimiento", de acuerdo con lo que dispone el artículo 527-1.1 PCC [que dispone: "1. La nulidad de pleno derecho de un contrato […], así como por la falta total de consentimiento […], se declara a instancia de cualquier persona con interés legítimo. […]"]. Ello no obstante, hay que tener en cuenta [señala Solé Feliu] que esta posición no es unánime, y que autorizada doctrina defiende que la violencia, entendida como fuerza irresistible, debe ser tratada como vicio del consentimiento y regirse por las normas que regulan la

transcribo *infra* nota 93) y de la ventaja excesiva (art. 1301 PMCC 2009, que transcribo *infra* [23] a) y nota 477).

[A] *Las explicaciones de la Exposición de motivos de la Propuesta de 2009 sobre los vicios de la voluntad*

[A.1] Poca información puede extraerse de ella, ni en lo que se refiere a las razones de la estructura adoptada, ni sobre la concreta regulación del error, dolo, violencia, intimidación y ventaja excesiva. En suma, la información es escasa y genérica. En concreto, en el VII de la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2009* solo se explica:

«Los llamados vicios de la voluntad se mantienen aunque también adoptando respecto de ellos una regulación que trata de compaginar o cohonestar el principio de la libre voluntad negocial real con los principios de autorresponsabilidad, confianza y buena fe. […] [transcribo el contenido de estos puntos suspensivos en este [6], *supra* a) [A.2]».

[A.2] Conectando con esa parquedad de la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2009,* ciertamente sorprende que en ella ni siquiera se destaque la importante novedad de que se regule la ventaja excesiva (art. 1301 PMCC 2009), lo que, por ejemplo, señalan Bosch Capdevila y Gómez Calle como sigue.

---

anulación del contrato, en la medida en que permiten acotar temporalmente el ejercicio de la acción de impugnación y, además limitan la legitimación para ejercitar la acción a la parte afectada por el vicio» [*InDret* (2016) p. 5].

c) c.1) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, la violencia tampoco se recoge entre los vicios del consentimiento y solo se regula el vicio de las «[a]menazas».

Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy comentan al respecto que, «[a] diferencia de lo que hace el CCEsp y también la PMCC [2009], que hablan de "violencia e intimidación", el precepto propuesto [art. 54 P Bosch/Del Pozo/Vaquer que transcribo en esta nota, siguiente c.2)], en la línea de las propuestas armonizadoras del Derecho contractual, utiliza la expresión "amenazas". La razón es que el concepto de "violencia" como fuerza física "irresistible" no supone una simple falta de libertad, sino una falta de consentimiento, y por tanto, no es un simple vicio del consentimiento, sino que no hay consentimiento, y en consecuencia el contrato no es anulable, sino radicalmente nulo» [(2016) p. 197].

c.2) Artículo 54 P Bosch/Del Pozo/Vaquer Aloy:

«1. Una parte puede anular un contrato cuando la otra le ha inducido a concluirlo mediante amenazas, de tal manera que, sin ellas, o no lo hubiera concluido, o lo hubiera concluido en unas condiciones diferentes.

2. Para que el contrato sea anulable, la amenaza debe ser explícita, y la persona amenazada no debe tener una alternativa razonable. La amenaza puede consistir en la realización de un mal que es ilícito causar, o en un mal que es ilícito utilizar como medio para concluir el contrato. El temor de desagradar a otras personas en el entorno familiar o laboral no constituye una amenaza, y no legitima la anulación del contrato».

c.3) Las «[c]oncordancias» del artículo 54 P Bosch/Del Pozo/Vaquer son:

Artículos 1267 y 1268 CCEsp, 1434 a 1437 CCIta, 1113 a 1115 CCFra, 255 y 256 CCPor, 1140 y 1141 CCFra2016.

Artículos 4:108 PECL, 3.9 PICC, 152 CEC, II.-7:206 DCFR, 50 CESL, 1299 PMCC, 527-8 PAPDC, 47 a 49 Pr. Terré» (p. 197).

> [A.2.1] Bosch Capdevila considera que, «[n]o se hace referencia expresa [en la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2009*] […] a una de las reglas que, en nuestra opinión [Bosch Capdevila], supone probablemente una de las mayores novedades que incorpora la Propuesta [de 2009]: la posibilidad de anulación del contrato por lo que se ha venido denominando "explotación injusta"» [85]. Para el autor, «[h]a sido la influencia del derecho comparado, así como [de] las propuestas armonizadoras del derecho contractual, las que probablemente han determinado la inclusión en la Propuesta de Armonización de la regla del artículo 1301 PM[CC 2009] que permite anular un contrato por explotación injusta» [86]. Por otro lado, apunta Bosch Capdevila, «[l]a explotación de la situación de necesidad de una de las partes sí aparece, en el derecho español, en la legislación represiva de la usura. El artículo 1 de la Ley contra la represión de la usura, de 23 de julio de 1908, […]. Este precepto sería, salvando las distancias, el antecedente en nuestro Derecho del artículo 1301 PM[CC 2009], en el que, […], se requiere, para la anulación del contrato, un requisito objetivo –la desproporción–, y uno de [*sic*] subjetivo –la situación de debilidad del perjudicado–» [87].
>
> [A.2.2] Según Gómez Calle, «[e]l artículo 1301 PMCC [2009] se sitúa inmediatamente después de los artículos que regulan los clásicos *vicios del consentimiento* en los contratos (error, violencia, intimidación y dolo). Con ellos comparte el efecto fundamental de ser causa de anulación del contrato y un buen número de normas comunes (relativas a la posible intervención de un tercero, al ejercicio y la extinción de la facultad de anulación y a los efectos de esta). En este punto es llamativo que la Exposición de Motivos de la PMCC [2009] no haga ninguna referencia a la novedad que supone la introducción de la regla del artículo 1301 y se limite a indicar que "los llamados vicios de la voluntad se mantienen" (apartado VII)» (cursiva del original) [88].

c) Por último, en la *Propuesta de 2009,* y al igual que en el Código civil [*supra* [5] c)], no se emplean las expresiones vicio del consentimiento (o de la voluntad) contractual [para la terminología, en derecho comparado europeo y continental, *supra* [5] c) [A]]. En cambio, en la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2009* se habla de «vicios de la voluntad» [en este [6], anterior b) [A.1]].

Entiendo (mera hipótesis mía), que el no empleo de la expresión vicios del consentimiento contractual en el artículado de la *Propuesta de 2009* por parte de sus redactores, se debe a la consideración de que, solo con la idea del vicio de la voluntad del contratante afectado, no se capta toda la problemática contractual implicada. Se trataría de una omisión consciente. No toda (cualquier) voluntad viciada del contratante afectado permite la anulación contrac-

---

[85] Bosch Capdevila (2012) p. 366
[86] Bosch Capdevila (2012) p. 368.
[87] Bosch Capdevila (2012) pp. 375-376.
[88] Gómez Calle (2018) pp. 127-128.

tual. Debe reunirse el umbral mínimo (los requisitos) que el legislador ha considerado precisos para poder anular el contrato. Y para esto, los redactores de la *Propuesta de 2009* habrán tenido en cuenta los intereses del contratante que padeció el problema en su formación de la voluntad contractual, también el interés del otro contratante (su posible confianza en la validez del contrato) y por último, el interés de proteger la seguridad del tráfico jurídico (la estabilidad de los contratos; por ejemplo, el interés de otros titulares de derechos de crédito o reales) [89]. A la hora de diseñar los requisitos del error, la violencia, la intimidación y el dolo jurídicamante relevantes está presente el anterior conjunto de intereses, con la intención de responder a la pregunta, ¿cuál es el equilibrio más adecuado para todos ellos? Y al respecto conviene reparar en el dato, sobre el cual suele llamarse la atención, de que la alteración, en el proceso de formación de la voluntad del contratante afectado, sea imputable al comportamiento del otro contratante. Por todo lo anterior, el término causa/causas de anulabilidad puede considerarse más preciso que el de vicios del consentimiento (o de la voluntad) contractual.

> [A] *El soft law: el agrupamiento del error, dolo, violencia, y ventaja injusta, y el equilibrio de los intereses implicados*
>
> Según Lohsse, «todas las reglas modelo [PECL, Principios UNIDROIT, DCFR, CESL] han adoptado el acercamiento continental de agrupar juntos los defectos del consentimiento. […] La generalizada colocación de categorías tales como el *error, dolus,* y la violencia en el moderno derecho debe por tanto ser comprendida como basada en una fundamentación sustantiva. Tal fundamentación, en particular, se deriva de la fundamental común creencia de que la autonomía privada requiere libertad en la formación de la voluntad de las partes. Esta libertad se cuestiona en todos los casos mencionados arriba, aunque de diferentes maneras. Mientras que los casos de *error* y *dolus* […] una parte ha operado bajo un error, en el caso de la violencia […] la parte perjudicada firmemente desea celebrar el contrato sobre el que no ha tenido ninguna creencia errónea. Sin embargo, incluso en este último caso, su voluntad ha sido interferida en el proceso de su formación […], y lo mismo es verdad para los casos que se tratan bajo el encabezamiento del excesivo beneficio o ventaja injusta […]. Si la libertad en la formación de la voluntad de las partes ha de garantizarse, todos esos casos demandan una respuesta legal. Tal respuesta, sin embargo, posiblemente interfiere con los legítimos intereses de la otra parte. Más importante, si un derecho a anular el contrato se considera que es una adecuada reacción, ello interferirá con la confianza de la otra parte en el contrato. *La cuestión decisiva*

[89] Para sus generales y críticas consideraciones sobre la construcción o concepción de los vicios del consentimiento del Código civil por Díez-Picazo y Ponce de León, y Morales Moreno, Fenoy Picón (2023) [14] y [15] pp. 83-87.

en todos los sistemas jurídicos con la que han de lidiar en el contexto de los defectos del consentimiento es la cuestión del equilibrio de los intereses de las partes» (esta cursiva mía) [90].

Ese equilibrio entre los intereses de las partes contratantes es diferente en los derechos nacionales y en las reglas modelo de los PECL, Principios UNIDROIT, DCFR y CESL. Al respecto, explica ahora Lohsse, «[l]a esencial diferencia entre los distintos sistemas jurídicos nacionales se relaciona con este equilibrio de intereses. Dejando al margen cualquier detalle por el momento, el equilibrio difiere principalmente en casos de *error.* La mayoría de las codificaciones continentales –en gran parte por razones históricas– limita la anulación a específicos tipos de error y así proporciona el equilibrio desde el punto de vista de la parte en error […]. El instituto del "common law" de la "misrepresentation" [lo que entrecomillo, opto por no traducirlo], en cambio, no hace restricciones sobre el tipo de error, sino más bien pregunta si la otra parte fue responsable del error; un acercamiento similar ha sido también adoptado en unos pocos sistemas continentales […]. Las reglas modelo [PECL, Principios UNIDROIT, DCFR, CESL] se basan igualmente en este acercamiento. En lo que concierne al derecho de anulación, el *error* ha sido alineado con la construcción del *dolus* y la violencia. En estos casos [dolo y violencia], de acuerdo con todos los derechos nacionales, es el comportamiento de la otra parte lo que impide confiar en que el contrato se ha concluido; lo mismo es verdad en el contexto de la anulación por explotación injusta como prevé el artículo 4:109 [que transcribo *infra* nota 396] y las correspondientes disposiciones en otras reglas modelo […]. *Así, hasta cierto punto al menos, la reglas modelo* [PECL, Principios UNIDROIT, DCFR, CESL] *han, de hecho, encontrado una concepción uniforme para los defectos del consentimiento: mientras que los defectos en la libertad de formación de la voluntad de la parte dan lugar a la cuestión de si la anulación debe ser posible, la respuesta se deriva, en gran parte, del comportamiento de la otra parte»* (cursiva mía) [91].

Sin embargo, advierte Lohsse, *otra cuestión es la terminología empleada en las reglas modelo* [PECL, Principios UNIDROIT, DCFR, CESL], *en lo que, «desafortunadamente, la general concepción que subyace en las reglas modelo* [PECL, Principios UNIDROIT, DCFR, CESL] *en el acercamiento a los defectos del consentimiento, no se refleja en su terminología»* (cursiva mía) [92].

---

[90] Lohsse, «Introducción previa al artículo 4:101» (2018) 3, pp. 650-651; traducción mía.

[91] Lohsse, «Introducción previa al artículo 4:101» (2018) 4, p. 651; traducción mía.

[92] Lohsse, «Introducción previa al artículo 4:101» (2018) 5, p. 651; traducción mía.

Continúa Lohsse: «Mientras las respectivas secciones o capítulos en el DCFR y en el CESL se refieren a "vitiated consent" o "defects in consent" y así, revelan la similitud de los casos abarcados, los PICC y los PECL son más bien oscuros acerca de lo quieren referirse con "grounds for avoidance" y "validity". Además, con "fraud", "threat" y "unfair exploitation/unfair advantage taking/excessive benefit", todas las reglas modelo naturalmente se refieren al comportamiento de la otra parte como criterio de crucial importancia en el equilibrio de los intereses de las partes. Todavía, ellas [las reglas modelo] no reflejan terminológicamente la progesividad de su acercamiento al *error*, el cual, asimismo, es basado en el comportamiento de la otra parte. De hecho, el "mistake" se refiere simplemente a la parte equivocada y así se

2. EL DOLO Y LA VENTAJA INJUSTA (CÓDIGO CIVIL)/VENTAJA EXCESIVA *(PROPUESTA DE 2009):* SU CONCEPTO Y REQUISITOS

2.1 **Una previa advertencia sobre la estructura expositiva**

[7] Puesto que dos son los vicios del consentimiento contractual de los que trato en este trabajo, un posible diseño expositivo consistiría en ocuparme primero de uno, por ejemplo, del dolo, y luego del que resta, la ventaja injusta (en el Código civil)/ventaja excesiva (en la *Propuesta de 2009)*. Entiendo que este diseño expositivo es en el que más inmediatamente puede pensarse. Sin embargo, no opto por él.

Lo que hago (por lo que opto) consiste en explicar el vicio del dolo y, en un concreto punto de su exposición, inserto la explicación del vicio de la ventaja injusta (en el Código civil)/ventaja excesiva (en la *Propuesta de 2009*) (en *infra* [20]-[21] y [23]-[24], respectivamente). Su justificación estriba en que, como *supra* [3] c) señalé, hasta la reforma de la Ley 8/2021, en el Código civil solo se contemplaban los vicios del error, violencia, intimidación y dolo y, supuestos que encajan en la ventaja injusta (en el Código civil)/ventaja excesiva (en la *Propuesta de* 2009) los solucionaban algunos autores con el dolo, al acoger la denominada tesis amplia del dolo. Cuándo en 2021, en el Código civil se incluye la ventaja injusta (arts. 1302.3, 1304 y 1314. III CC), no se hace, recuerdo, con carácter general, sino solo para el concreto supuesto de la persona con discapacidad como contratante, por lo que, adelantando mi opinión, la tesis amplia del dolo puede seguir acogiéndose si se partidario de ella (*infra* [24]).

2.2 **La presentación del artículo 1300 PMCC 2009: sus tres apartados**

[8] El artículo 1300 PMCC 2009 regula el dolo y consta de tres apartados [93].

---

oculta que el comportamiento de la otra parte es de decisiva importancia, en lugar del tipo o naturaleza del error. Además, la referencia al error es engañosa por el riesgo de confusión con el concepto inglés de error, que solo se refiere a los errores comunes. "Misrepresentation" o "causation of mistake" hubieran sido, en cualquier caso, mejores elecciones» (lo entrecomillado en el interior del texto que traduzco, he optado por reproducirlo en su original inglés; 5, p. 651).

Sobre las denominaciones empleadas para agrupar a los vicios del consentimiento, y los vicios que se regulan en los PECL, DCFR, CESL y Principios UNIDROIT 2016, *supra* nota 58.

[93] Artículo 1300 PMCC 2009:

«1. Hay dolo cuando uno de los contratantes induce al otro a prestar su consentimiento con palabras o maquinaciones insidiosas o mediante la ocultación maliciosa de alguna información que, teniendo en cuenta las circunstancias y conforme a la buena fe, debería haberle comunicado.

Brevemente, en su apartado 1 se define al dolo y se exige que proceda del otro contratante; en su apartado 2, aunque no se le denomine, se refiere al dolo causal (aquel que permite la anulación contractual) y se exige la reunión de determinados requisitos; por último, en su apartado 3 se hace referencia al dolo incidental (ahora, sí se emplea la oportuna denominación), disponiéndose su único efecto, la indemnización de daños y perjuicios. [94]

---

2. Para que haga anulable el contrato, el dolo deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes.

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

[94] a) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil:

a.1) Artículo 527-7 PCCAPPDC: «Dolo

1. Puede anular el contrato la parte que ha sufrido un error esencial a causa de una actuación dolosa de la contraparte, con la intención de engañar. Puede existir dolo por acción y también por omisión consciente de información que, conforme a ley, pactos o usos, debería haberse comunicado.

2. Para que haga anulable el contrato, el dolo debe ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes.

3. El dolo incidental solo obliga a quien lo emplea a la indemnización de los daños y perjuicios causados, o a la reducción del precio cuando se proyecte sobre cualidades que afecten a la conformidad de la prestación».

a.2) Este artículo 527-7 PCCAPPDC se encuentra en la Subsección 1.ª «De los vicios del consentimiento contractual», de la Sección 2.ª «De la anulación de los contratos», del Capítulo VII «De la ineficacia de los contratos», del Título II «De los contratos en general» del Libro Quinto «De las obligaciones y contratos» de la *Propuesta de Código civil.*

De dicho Título II son «*Coordinadores del grupo:* Joaquín Ataz López e Isabel González Pacanowska/ *Componentes del grupo:* María Belén Andreu Martínez, Carmen Leonor García Pérez, Gabriel Macanás Vicente y María del Carmen Plana Arnaldos./ Capítulo II (salvo la Sección 2.ª): Juana Marco Molina» [Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil (2018) p. 10].

b) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer:

b.1) Artículo 53 P Bosch/Del Pozo/Vaquer: «Engaño

1. El contrato es anulable por engaño cuando el error es provocado dolosamente por la otra parte.

2. El error que permite la anulación del contrato por engaño se provoca mediante una declaración dolosa, sea de palabra o de acto, o por la ocultación dolosa de alguna información que debería haberse comunicado si se hubiera actuado de acuerdo con los principios de buena fe y honradez en los tratos o se hubiera cumplido el deber de información precontractual.

3. Una declaración es dolosa si se hace con el conocimiento o en la creencia de que la declaración es falsa y su finalidad es que el destinatario incurra en un error. La ocultación de información es dolosa si se hace con el propósito de inducir a la persona a la que se oculta a que cometa un error.

4. El error ocasionado por una declaración dolosa de la otra parte siempre es excusable. Si el error lo provoca la ocultación dolosa de información, debe atenderse a todas las circunstancias, entre ellas:

a) Si la persona que incurre en el error tiene conocimiento especializados sobre la materia.

b) El coste que le supondría obtener la información relevante al respecto.

c) Si podía razonablemente obtener la información por otros medios.

5. El error debe ser esencial para la persona que incurre en el mismo, de tal manera que, sin el error, o no hubiese contratado, o hubiera concluido el contrato en otras condiciones. Si el error no es esencial no legitima la anulación del contrato pero sí el derecho a reclamar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

6. Si las dos partes del contrato han actuado dolosamente, ninguna de ellas puede anular el contrato» [Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy (2016) pp. 194-195].

[9] Para Bosch Capdevila, la regulación del dolo del artículo 1300 PMCC 2009 es una mezcla entre la regulación del dolo del Código civil (arts. 1269 y 1270) y la del dolo del *soft law* europeo [95].

Y efectivamente, lo que Bosch Capdevila asevera es cierto. Y así, en esta primera, general y básica presentación del artículo 1300 PMCC, puede afirmarse que en su apartado 1 se reconoce claramente la influencia del artículo 4:107 (1) PECL [96], además de la del artículo 1269 CC; que su apartado 2 se corresponde con el artículo 1270. I CC; y su apartado 3 es equivalente al artículo 1270.II CC. O dicho de otro modo y solo en relación con el *soft law* y el CESL, los apartados 2 y 3 del artículo 1300 PMCC 2009 no cuentan con un precepto equivalente en la regulación que del dolo se realiza en el artículo 4:107 PECL (que transcribo *supra* nota 96), ni con la que se

---

b.2) El artículo 53 P Bosch/Del Pozo/Vaquer se encuentra en la Sección Segunda «La anulabilidad del contrato» del Capítulo Cuarto «La ineficacia del contrato» de la P Bosch/Del Pozo/Vaquer.

b.3) Las «[c]oncordancias» del artículo 53 P Bosch/Del Pozo/Vaquer son:

Artículos 1269 y 1270 CCEsp, 1439 y 1440 CCIta, 1116 CCFra, 253 y 254 CCPor, 1137 a 1139 CCFra2016.

Artículos 4:107 PECL, 3.8 PICC, II.-7:205 DCFR, 49 CESL, 1300 PMCC, 527–7 PAPDC, 43 a 46 Pr. Terré» (p. 195).

[95] Según Bosch Capdevila: «[e]l dolo se encuentra regulado en el artículo 1300 PMCC [de 2009], que ha unificado en un solo artículo el contenido de los artículos 1269 y 1270 CC […]. Observamos [Bosch Capdevila] tanto la influencia de las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo, como también vestigios de la regulación del CC vigente» [«II.-7:205» (2012) p. 486].

[96] a) Artículo 4:107 PECL: «Fraud

(1) A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party's fraudulent representation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith or fair dealing it should have disclosed.

(2) A party's representation or non-disclosure is fraudulent if it was intended to deceive.

(3) In determining whether good faith and fair dealing required that a party disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:

(a) whether the party had special expertise;
(b) the cost to it of acquiring the relevant information;
(c) whether the other party could reasonably acquire the information for itself; and
(d) the apparent importance of the information to the other party».

b) Artículo 4:107 PECL: «Dolo

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

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

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

(a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia;
(b) el coste de obtener dicha información;
(c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y
(d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte» [Barres Benlloch/Embid Irujo/Martínez Sanz (2003) p. 360; otra traducción, Díez-Picazo/Roca Trias/Morales (2002) p. 43].

hace en los artículos II.-7:205 DCFR [97], 49 CESL [98], y 3.2.5 Principios UNIDROIT 2016 [99].

---

[97] a) Artículo II.-7:205 DCFR: «Fraud

(1) A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by fraudulent misrepresentation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual information duty, required that party to disclose.

(2) A misrepresentation is fraudulent if it is made with knowledge or belief that the representation is false and is intended to induce the recipient to make a mistake. A non-disclosure is fraudulent if it is intended to induce the person from whom the information is withheld to make a mistake.

(3) In determining whether good faith and fair dealing required a party to disclose particular information, regard should be had to all circumstances, including:

(a) whether the party had special expertise;
(b) the cost to the party of acquiring the relevant information;
(c) whether the other party could reasonably acquire the information by the other means; and
(d) the apparent importance of the information to the other party» [«Artículo II.-7:205», Von Bar/Clive (ed.) (2009) p. 492].

b) Artículo II.-7:205 DCFR: «Dolo

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

(2) Una declaración falsa es dolosa si se hace con el conocimiento o en la creencia de que la declaración es falsa y su finalidad es que el destinatario incurra en un error. La ocultación de información es dolosa si se hace con el propósito de inducir a la persona a la que se oculta a que cometa un error.

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

(a) si la parte tenía conocimientos especializados sobre la materia;
(b) el coste para la parte de obtener la información relevante al respecto;
(c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por otros medios; y
(d) la importancia que, aparentemente, tenía dicha información para la otra parte» [revisión Bosch Capdevila (2015) p. 105].

[98] Artículo 49 CESL: «Dolo

1. Una parte podrá anular un contrato cuando la otra la haya inducido a celebrarlo mediante una declaración dolosa, sea de palabra o de acto, o porque le haya ocultado dolosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado conforme a los principios de buena fe contractual o hubiera cumplido con su deber de información precontractual.

2. Una declaración es dolosa si se hace con el conocimiento o en la creencia de que la declaración es falsa, o temerariamente en cuanto a su condición de verdadera o falsa, y su finalidad es que el destinatario incurra en un error. La ocultación de información es dolosa si se hace con el propósito de inducir a la persona a la que se oculta a que cometa un error.

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

(a) si la parte tenía conocimientos especializados sobre la materia;
(b) el coste que supone para la parte obtener la información pertinente;
(c) la facilidad con la que la otra parte podría haber obtenido la información por otros medios;
(d) la naturaleza de la información;
(e) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte;
y (f) en los contratos entre comerciantes, las buenas prácticas comerciales en la situación en cuestión».

[99] Artículo 3.2.5 Principios UNIDROIT 2016: «*(Dolo)*

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

2.3 **El apartado 1 del artículo 1300 PMCC 2009: cuándo existe dolo. El artículo 1302.3 CC (la ventaja injusta)/el artículo 1301 PMCC 2009 (ventaja excesiva). El artículo 1302 PMC 2009: el dolo de tercero**

[10] Comparando el artículo 1269 CC con el artículo 1300.1 PMCC 2009, en este último:

a) Se continúa reconociendo la distinción legal dolo causal e incidental.

b) Dentro del elemento objetivo o material del dolo, junto al dolo activo, se incorpora expresa y legalmente el complemento del dolo omisivo. Por otro lado, en la *Propuesta de 2009* no se contiene una general y específica regulación del deber precontractual de información (aunque pueda construírsele con apoyo en el artículo 1245 PMCC 2009). Y, se sigue requiriendo el elemento subjetivo del dolo, ahora, tanto para el dolo activo como para el omisivo.

c) Puede seguir acogiéndose la tesis amplia del dolo, si es partidario de ella, y esto, aunque en la *Propuesta de 2009* se regule expresamente el supuesto de la ventaja excesiva.

d) Se sigue exigiendo que el dolo provenga del (otro) contratante (dolo de parte). Pero lo anterior se completa con la novedad de la expresa regulación de supuestos en los que, interviniendo un tercero, el dolo ha de asumirlo el (otro) contratante.

A) Se continúa reconociendo la distinción legal dolo causal e incidental

[11] Cuando en el artículo 1300.1 PMCC 2009 se dispone que «[h]ay dolo cuando uno de los contratantes induce al otro a prestar su consentimiento con palabras o maquinaciones insidiosas […]», se viene esencialmente a reiterar el «[h]ay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato» del artículo 1269 CC. En cambio, en ese mismo artículo 1300.1 PMCC 2009 se omite el «que, sin ellas, no hubiera hecho» el contrato, expresamente ordenado en la parte final del artículo 1269 CC [100]. Aunque el Código civil no lo diga

[100] a) Omisión que también apuntan Sánchez-Calero Arribas (2016) p. 430, y Bosch Capdevila, «II.-7:205» (2012) p. 486.

b) b.1) En otro ámbito, recuerdo que en el artículo 1116 aCCF se disponía: «El dolo es una causa de nulidad de la convención cuando las maniobras practicadas por una de las partes son tales, *que es evidente que, sin las maniobras, la otra parte no habría contratado.*

El dolo no se presume, y debe probarse» (traducción y cursiva mía).

expresamente, con dicha expresión final del artículo 1269 CC se entiende que se está refiriendo al dolo causal (o principal) [101]. En contraste con lo anterior, el Código civil menciona expresamente al dolo incidental (art. 1270. II) [102].

El anterior dato de que en el artículo 1300.1 PMCC 2009 no se incluya el «que, sin ellas, no hubiera hecho» el contrato del artículo 1269 CC, ¿significa que en la *Propuesta de 2009* desaparece la distinción dolo causal e incidental [103]? En mi opinión, no.

Justifico y apoyo mi respuesta en los apartados 2 y 3 del artículo 1300 PMCC 2009. Por un lado, ese apartado 2, aunque no se emplee la expresión dolo causal, se le evoca al apuntarse al dolo que hace «anulable el contrato». Por otro lado, en aquel apartado 3 se menciona expresamente al dolo incidental. Realmente, lo que parece (lo que creo que puede entenderse) es que, con la norma del artículo 1300.1 PMCC 2009 quiere disponerse una formulación general que defina (o caracterice) al dolo, consistiendo este en que uno de los contratantes intencionadamente induce al otro contratante a que preste su consentimiento contractual, lo sea a la celebración del contrato (no lo hubiera celebrado; dolo causal), lo sea en algún contenido de la regla contractual (dolo incidental) [104].

---

b.2) Artículo 1116 aCCF: «Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, *qu'il est évident que, sans manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.*

Il ne se présume pas, et doit être prouvé» (cursiva mía).

[101] Sobre cómo nuestros autores han entendido la noción de dolo causal, Fenoy Picón (2023) [56]-[57] pp. 260-267.

[102] Sobre cómo nuestros autores han entendido la noción de dolo incidental, Fenoy Picón (2023) [56]-[57] pp. 260-267.

[103] Sobre el dolo causal e incidental, estas breves notas:

a) En nuestro derecho, dicha distinción puede calificarse de tradicional. En este sentido, se contempla en la P 5.5.57, está presente en los autores del siglo xix (Escriche, Gutiérrez Fernández, Gómez de la Serna, Salvador del Viso), también en los proyectos de Código civil de 1836 y de 1851, en el anteproyecto de Código civil de 1882-1888, y en los primeros comentaristas del Código civil (como Manresa y Navarro, Scaevola). Sobre esto, Fenoy Picón (2023) [58]-[60] pp. 267-274.

Para la valoración que la distinción dolo causal e incidental del Código civil ha merecido a De Cossío y Corral, Fuenteseca, Morales Moreno, Rojo Ajuria, De Verda y Beamonte, y Carrasco Perera, Fenoy Picón (2023) [61] pp. 279-282.

b) La distinción dolo causal e incidental no existía en el derecho romano y tiene origen en los glosadores; *vid.* Zimmermann, Fenoy Picón, *ADC* (2020) [25] [A], pp. 1370-1372.

c) Y no todos los derechos europeos admiten la distinción dolo causal e incidental; Fenoy Picón, *ADC* (2020) [25] [B], p. 1372-1374 y notas 183 y 184, y (2023) [61] [A] y [B].

[104] a) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, en su artículo 527-7 [que transcribo *supra* nota 94 a.1)] se acoge la distinción dolo causal e incidental. Ahora bien, si bien en dicho artículo 527-7 se emplea la expresión dolo incidental (en su apartado 3), no se emplea en cambio la de dolo causal. Para este último, se habla del error esencial causado por la actuación dolosa de la otra parte con intención de engañar, lo que permite la anulación contractual (apartado 1, primera regla).

b) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, en su artículo 53 [que transcribo *supra* nota 94 b.1)], también se conoce la distinción dolo causal e incidental, pero no se emplean

B) El dolo activo y el complemento expreso y legal del dolo omisivo (elemento objetivo o material del dolo). Sobre el deber de información precontractual (art. 1245 PMCC 2009). El elemento subjetivo del dolo

[12] En el artículo 1269 CC se está pensando en el dolo activo. En él se mencionan a las «palabras o maquinaciones», medios estos empleados por el contratante con el fin de inducir al otro contratante a la celebración del contrato, e incluyen la mentira y el actuar del hombre (dolo activo) [105]. Aunque en el artículo 1269 CC no se menciona al dolo omisivo, no se duda de su acogida y relevancia jurídica tanto por los autores como por el Tribunal Supremo, este último en reiterada y consolidada jurisprudencia [106]. Situándome en el denominado elemento material u objetivo del dolo, puede decirse que en el artículo 1269 CC, simplemente, se recogería una de las posibles manifestaciones del dolo (el activo), no excluyéndose otras posibles (el dolo omisivo).

Por otro lado, el dolo omisivo supone la infracción del deber de informar sobre algo concreto, a propósito del contenido contractual y por parte de un contratante en relación con el otro, deber de información (precontractual) que los autores fundamentan con carácter general en la buena fe (arts. 1258, 7 CC) [107], aparte y además de los posibles y concretos deberes legales que puedan existir.

Pues bien, como avancé *supra* [10] b), el artículo 1300.1 PMCC 2009 incorpora expresamente a la regulación legal del dolo algo no discutido para el dolo del artículo 1269 CC. Que el dolo, además del activo, incluye el omisivo. Después de referirse al dolo activo («palabras o maquinacines», se dice), en el artículo 1300.1 PMCC 2009 se dispone «o mediante la ocultación maliciosa de alguna información que, teniendo en cuenta las circunstancias y conforme a la buena fe, debería haberle comunicado» [108].

---

tales denominaciones En el apartado 5 de dicho artículo 53 se diferencia entre el error esencial, que permite la anulación contractual, y el error no esencial, que da derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios.

[105] Para el dolo activo, Fenoy Picón (2023) [44] p. 207; sobre la manifestación de una opinión, [45] pp. 207-208; para la jurisprudencia del Tribunal Supremo, [46] pp. 208-210; y en el ámbito del contrato de seguro y el artículo 10 LCS y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, [47] pp. 210-216.

[106] Para el dolo omisivo y autores, Fenoy Picón (2023) [50] pp. 228-231; para la jurisprudencia del Tribunal Supremo, [54]-[55] pp. 239-260.

[107] Sobre el fundamento del deber de informar, con apoyo en la buena fe, según la doctrina de los autores, Fenoy Picón (2023) [51] pp. 231-233; para el deber legal de información del artículo 60.1 TRLGDCU, [51] [A] pp. 233-235; acerca de qué ha de informarse para evitar el dolo, [52] pp. 236-239; y en relación con la donación, [53] p. 239.

[108] a) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, se incluye el dolo activo y el omisivo. Recuerdo que según su artículo 527-7.1, segunda regla: «[p]uede existir dolo por acción y también por omisión consciente de información que, conforme a ley, pactos o usos, debería haberse comunicado» [lo transcribo *supra* nota 94 a.1)].

[13] Otros autores también han resaltado la incorporación expresa y legal del dolo omisivo en la regulación de la *Propuesta de 2009*.

En este sentido, por ejemplo, García Rubio recuerda que el artículo 1269 CC «no hace referencia a la ocultación de información» y que el artículo 1300.1 PMCC 2009 «se inspira claramente en el artículo 4.107 de los PECL [que transcribo *supra,* nota 96]» en el que sí aparece el dolo omisivo [109]. Por su parte, Delgado Echeverría/Parra Lucán afirman que «[l]a Propuesta [de 2009], al menos en el dolo omisivo, parece asumir la función de *Restatement* de las reglas y principios efectivamente aplicados por los Tribunales», aunque la definición del dolo omisivo del artículo 1300.1 PMCC 2009 se hace, consideran, «en términos demasiados amplios» [110]. Por último, Bosch Capdevila considera que «la influencia de las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo [del *soft law* europeo]» consiste en que en el artículo 1300.1 PMCC se «incorpora la matización de que el dolo puede proceder de la "ocultación maliciosa de alguna información", matiz que, […], ya venía contemplado en la jurisprudencia del TS» [111].

[14] Sobre la posible fuente del deber de información precontractual en relación con el dolo, en el artículo 1300.1 PMCC 2009 solo se hace referencia, para el dolo omisivo, a la buena fe, además de que hayan de tenerse en cuenta las circunstancias [112]. No se menciona como fuente de deberes de información precontractual a los usos del tráfico, fuente reconocida por el Tribunal Supremo para con el dolo [113]. Tampoco se mencionan los deberes de información precontractual derivados de la ley. [114]

---

b) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo /Vaquer, se incluye el dolo activo y el omisivo. En su artículo 53.2 se especifica que el engaño puede provocarse «mediante una declaración dolosa, sea de palabra o de acto, o por la ocultación dolosa de alguna información que debería haberse comunicado si se hubiera actuado de acuerdo con los principios de la buena fe y honradez en los tratos o se hubiera cumplido el deber de información precontractual» (lo transcribo *supra* nota 94 b.1)].

En su comentario a dicho artículo 53.2, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy tan solo dicen que «[e]l engaño puede venir provocado por una declaración (dolosa) de la otra parte, o por la ocultación de información. En el primer caso, se puede producir el engaño por medio de palabras o por una conducta» [(2016) p. 196].

[109] García Rubio, *ADC* (2010) nota 46 de p. 1637; añade que «cabe decir [sobre el artículo 1300.1 PMCC 2009], como respecto de éste [art. 4:107 PECL], que la trascendencia de la falta de información se coloca bajo el manto de su relación con la buena fe y la lealtad, de manera que existirá dolo negativo o dolo reticente, cuando la buena fe y la lealtad lo impongan, y no lo habrá en caso contrario».

[110] Delgado Echeverría/Parra Lucán, *CCJC* (2011) p. 678 y p. 677.

[111] Bosch Capdevila, «II.-7:205» (2012) p. 486.

Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el dolo omisivo, la referencia bibliográfica indicada *supra*, nota 106.

[112] García Rubio se refiere a la buena fe y a la lealtad, *supra* nota 109.

[113] Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *supra* nota 106.

[114] a) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, en su artículo 527-7.1 segunda regla [que transcribo *supra* nota 94 a.1)], para el dolo omisivo se mencionan como fuentes de deberes de información, expresamente, a la ley y a los usos; es también otra fuente de deberes de información el «pacto».

Pero yendo más allá de lo anterior, es decir, del específico campo del dolo omisivo y del deber de información, la *Propuesta de 2009* ¿regula expresamente y con carácter general una obligación precontractual de información? No. ¿Puede encontrarse algún apoyo general e implícito para la misma (esto es, construirse)? Sí, en el artículo 1245.2 PMCC 2009, aplicando a su infracción la consecuencia indemnizatoria del artículo 1245.5 PMCC 2009. Me explico.

El artículo 1245 PMCC 2009, no muy sistematizado estructuralmente, se ocupa de la fase previa a la celebración del contrato («De las negociaciones» [115]). Contiene distintas normas. Son las siguientes: una, la libertad de las partes para negociar la formación del contrato, y para abandonar o romper dichas negociaciones en cualquier momento (art. 1245.1 PMCC [116]); dos, en la nego-

---

b) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo /Vaquer, en su artículo 53.2 [que transcribo *supra* nota 94 b.1)], para el dolo omisivo se mencionan como fuentes de deberes de información, expresamente, a «los principios de buena fe y honradez en los tratos» y «el deber de información precontractual».

[115] «De las negociaciones» es precisamente la denominación de la Sección Primera, del Capítulo II «De la formación del contrato», del Título II «De los contratos», del Libro IV «De las obligaciones y contratos» de la *Propuesta de 2009.*

El artículo 1245 PMCC 2009 es artículo único en dicha Sección Primera.

[116] a) Artículo 1245.1 PMCC 2009: «Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento».

b) b.1) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, su artículo 18 dispone: «Libertad para negociar y buena fe

1. Las partes son libres para iniciar, desarrollar o romper las negociaciones dirigidas a concluir un contrato, siempre de acuerdo con las exigencias de la buena fe.

2. Actúa de manera contraria a la buena fe la parte que inicia o continúa las negociaciones sin la intención de concluir el contrato, y también la que, habiendo creado en la otra parte una confianza razonable respecto a la conclusión del contrato, rompe las negociaciones sin causa justificada».

b.2) En su comentario a dicho artículo 18, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican y ejemplifican casos en los que se actúa, y no se actúa, en contra de las exigencias de la buena fe, así como sobre la ruptura «sin justa causa». En concreto:

«[E]l inicio de las negociaciones implica que debe existir una intención real de llegar a un acuerdo con la otra parte para concluir el contrato. Por ello, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo, como por ejemplo cuando se inician las negociaciones con el único fin de entorpecer otra negociación en marcha con un tercero, o para obtener una cierta información que de otro modo sería difícil de conseguir. Y también es contrario a la buena fe el continuar las negociaciones sin intención de llegar a un acuerdo; es decir, si hay inicialmente intención de contratar, pero una de las partes, durante el transcurso de las negociaciones, aprecia que estas no llegarán a fructificar, debe abandonar inmediatamente las mismas, sin prolongarlas injustificadamente.

Asimismo, también es contrario a la buena fe el abandono injustificado de las negociaciones. Se trataría del caso en el que inicialmente existe la intención de contratar, por lo que se entablan las negociaciones, pero estas se interrumpen sin "causa justificada". En este caso puede resultar difícil discernir si la causa del abandono es justificada o no, o mejor dicho, si es contraria o no a la buena fe. No es causa justificada, por ejemplo, que el abandono se produzca por el cese del interés de un competidor en el mismo contrato. Sí lo es si tiene lugar un cambio en la situación económica particular del contratante. Más dudoso es el caso en que el cambio se produce por un nuevo vaticinio sobre las perspectivas económicas generales.

En cualquier caso, no siempre que se abandonan las negociaciones sin causa justificada se considera que se actúa de manera contraria a la buena fe. Todo contratante tiene derecho a cambiar de opinión en el curso de [la] negociación. Si, por ejemplo, se está en negociaciones para la adquisición de un determinado

ciación del contrato las partes han de actuar de conformidad con la buena fe (art. 1245.2 PMCC 2009 [117]); tres, en relación con la información precontractual confidencial, el que la recibió solo puede revelarla o utilizarla según resulte del contenido del contrato celebrado (art. 1245.3 PMCC 2009 [118]); cuarto, si una parte de mala fe entabló o rompió negociaciones, responde de los daños

---

piso, el hipotético comprador puede legítimamente romper las negociaciones, ya sea porque encuentra otro piso a mejor precio, otro más confortable, o simplemente porque cambia de opinión sin más. Esta ruptura de negociaciones "sin causa justificada" solamente se considera que es de mala fe en el caso en el que se haya creado en la "otra parte una confianza razonable respecto a la conclusión del contrato"» [(2016) pp. 104-105].

b.3) Las «[c]oncordancias» del artículo 18 P Bosch/Del Pozo/Vaquer son:

«Artículos 7 CCEsp, 111-7 CCCat, 227 CCPor, 1337 CCIta, 1112 CCFra2016.

Artículos 2:301 PECL, 2.1.15 PICC, II.-3:301 DCFR, 6 CEC, 1245 PMCC, 522-1 PAPDC, 1104(1) Pr. Catala, 24 Pr. Terré» (p. 104).

[117] a) Artículo 1245.2 PMCC 2009: «En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe».

b) Para la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, *infra* nota 122 a).

[118] a) a.1) Artículo 1245.3 PMCC 2009: «Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido sólo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse».

a.2) Sobre la confidencialidad y el «que hubiera llegado a celebrarse [el contrato]» del artículo 1245.3 PMCC 2009, García Rubio entiende que «[a] pesar de este tenor literal», «no llegándose a celebrar ningún contrato, la información dada como confidencial en el curso de las negociaciones no puede revelarse ni utilizarse en ninguna medida, suponiendo lo contrario un caso concreto de actuación contraria a la buena fe […]. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de que se haya celebrado un acuerdo expreso de confidencialidad que también prevea las consecuencias de su incumplimiento, lo que ni mucho menos es infrecuente en determinadas transacciones comerciales de relevancia económica, planteándose entonces una situación de genuina responsabilidad contractual» [*ADC* (2010) p. 1632].

a.3) Además, según García Rubio, «[r]especto al alcance de la indemnización en este caso [del incumplimiento del deber de confidencialidad], el artículo 1245 de la Propuesta [de 2009] resulta un poco oscuro» (p. 1632); «[n]o deja de ser sorprendente que la Propuesta [de 2009] no incluya esta regla de restitución de beneficios que también es reconocida en ordenamientos como el alemán o en el derecho norteamericano. Más si se tiene en cuenta que en las relaciones entre ciertos empresarios este tipo de violaciones muchas veces pueden llegar a implicar la devaluación de la propiedad industrial de la parte agraviada que verá así mermada en gran medida su inversión en investigación, razón por la cual el fundamento restitutorio del beneficio obtenido no parece descabellado. Por añadidura debe considerarse que el remedio indemnizatorio puede ser en ocasiones insuficiente, por ejemplo, porque el cálculo de los daños efectivamente causados en este tipo de casos puede resultar muy difícil o porque incluso pueden existir casos de ruptura del deber de confidencialidad en los que no quepa apreciar la existencia de daños en sentido estricto o en los que éstos sean muy inferiores al enriquecimiento de la otra parte./ Todo ello hace aconsejable a mi juicio [García Rubio] una modificación de esta regla de la Propuesta [de 2009] para que se incluya la posible restitución de los beneficios obtenidos por la otra parte» (pp. 1633-1634).

b) Para la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, *infra* nota 122 a).

c) c.1) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, su artículo 20 se ocupa del deber de confidencialidad:

Artículo 20 P Bosch/Del Pozo/Vaquer: «Deber de confidencialidad

1. Si, en el transcurso de las negociaciones, una de las partes comunica a la otra alguna información de carácter confidencial, esta parte no puede divulgarla ni utilizarla en su provecho, si el contrato no se llega a concluir. Si el contrato se concluye, solo puede utilizar la información en la medida que establezca el contrato.

que hubiera causado a la otra, considerándose contrario a la buena fe entrar o continuar negociaciones sin intención de llegar a un acuerdo (art. 1245.4 PMCC 2009 [119]); y quinto, la infracción de los anteriores deberes da lugar a la

---

2. Una información es confidencial, cuando se comunica con este carácter, y cuando, por la naturaleza o circunstancias de la información, la parte que la recibe conoce o puede razonablemente conocer que es confidencial para la otra.

3. Si una parte tiene motivos razonables para prever un incumplimiento del deber de confidencialidad, puede obtener una orden judicial que lo evite.

4. Si una parte infringe el deber de confidencialidad, la otra puede exigirle una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, o el abono de las ganancias que ha obtenido a raíz del incumplimiento».

c.2) En su comentario al artículo 20, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican que dicho artículo «aclara que no toda información es confidencial. Lo será en virtud de su naturaleza (por ejemplo, la información que facilita el franquiciador al potencial franquiciado para el ejercicio de la actividad comercial), por las circunstancias en que se obtuvo, o porque una de las partes comunica a la otra el carácter secreto o reservado de la información.

El deber de confidencialidad se puede infringir con independencia de si el contrato se llega a concluir o no; es decir, el hecho de concluir el contrato no exime del deber de confidencialidad […]

La parte que ha facilitado la información confidencial puede actuar preventivamente, y puede actuar también una vez se ha producido ya el incumplimiento del deber de confidencialidad:

a) La actuación preventiva es la que mejor protege sus intereses; ante el fundado temor del incumplimiento del deber de confidencialidad, puede acudir al juez para que decrete las medidas preventivas oportunas.

b) Si no se han solicitado medidas preventivas, o estas son ineficaces, y se infringe el deber de confidencialidad, se prevé una doble sanción para el infractor: la reparación del daño ocasionado, y el abono de los beneficios obtenidos por el infractor. Así lo contemplan la mayoría de propuestas armonizadoras del Derecho contractual. La parte perjudicada podrá optar entre exigir una u otro, pero no ambos. Es decir, aunque los beneficios obtenidos por el infractor no alcancen el valor de los daños sufridos, se pueden exigir estos íntegramente. Y si los beneficios superan a los daños, aquellos se pueden exigir íntegramente» [(2016] pp. 108-109].

c.3) Las «[c]oncordancias» del artículo 20 P Bosch/Del Pozo/Vaquer son:

«Artículo 1112-2 CCFra2016.

Artículos 2:302 PECL, 2.1.16 PICC, 8 CEC, II.-3:302 DCFR, 1245.3 PMCC, 522-1.3 PAPDC, 25 Pr. Terré» (p. 108).

[119] a) a.1) Artículo 1245.4 PMCC 2009: «La parte que hubiera procedido con mala mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra.

En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo».

a.2) Analizando «los aspectos estructurales [del artículo 1245 PMCC 2009, García Rubio considera que,] tal vez sea preferible seguir la senda de los textos comparados y colocar el supuesto de ruptura de las negociaciones de forma contraria a la buena fe [art. 1245.4 PMCC 2009] antes que el de ruptura de la confidencialidad [art. 1245.3 PMCC 2009] o incluso, como se hace también en estos textos, situar este último caso [de ruptura de confidencialidad] en un precepto separado, toda vez que, […], puede que las consecuencias jurídicas de una y otra ruptura [de los tratos previos y de la confidencialidad] no sean idénticas» [*ADC* (2010) p. 1627].

b) Para la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, *infra* nota 122 a).

c) c.1) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, sus artículos 18.2 y 19 serían los artículos equivalentes. Del primero, artículo 18.2, he dado cuenta *supra* nota 116 b); del segundo, artículo 19, me ocupo en esta nota.

Artículo 19 P Bosch/Del Pozo/Vaquer: «Responsabilidad por *culpa in contrahendo*

1. La parte que inicia, continúa o rompe las negociaciones infringiendo las exigencias de la buena fe está obligada a indemnizar el daño causado a la otra parte.

indemnización de daños y perjuicios, y, en las negociaciones entabladas o interrumpidas de mala fe, la indemnización consiste en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones (art. 1245.5 PMCC 2009 [120]).

---

2. La indemnización incluye los gastos originados para concluir el contrato, y las pérdidas causadas por la merma de oportunidades de negocio similares, pero no comprende las pérdidas de las ganancias que hubiera originado el contrato concluido».

c.2) En su comentario a dicho artículo 19, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy destacan:

«[l]a cuestión más debatida es la medida de dicha indemnación» y, «[[p]odrían existir tres conceptos indemnizables:

a) Los gastos efectivamente realizados durante las negociaciones, como por ejemplo el coste de desplazamientos y alojamientos, o el pago de asesores.

b) Los perjuicios derivados de la pérdida de oportunidades de negocio. Pongamos el ejemplo siguiente: A negocia con B la venta de una casa, y el acuerdo está muy avanzado por 150.000 euros; por ello, A rechaza una oferta de C que le ofrecía 140.000 euros. Sin embargo, B rompe con mala fe las negociaciones, y cuando A se dirige a C para negociar, resulta que C ya no está interesado por haber llevado a cabo otra operación. Por ello, A vende la casa a D, por un precio inferior, 125.000 euros. La actitud de B ha causado a A una pérdida de 15.000 euros (la diferencia entre la oportunidad perdida ante la oferta de C, y la cantidad por la que ha vendido la casa a D). Por ello, B debería, además, indemnizar a A por la pérdida de 15.000 euros sufrida.

c) Y también podría ser indemnizable el denominado "interés positivo", esto es, la pérdida de los beneficios que hubiera originado el contrato no concluido, que en el ejemplo propuesto se traducirían en la diferencia entre el acuerdo frustrado de 150.000, y el precio finalmente obtenido (125.000 euros); por tanto, una indemnización de 25.000 euros» [(2016) p. 107]

Tras lo cual, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican que, «[e]n los modelos comparados existe una práctica unanimidad en incluir en la indemnización el primer concepto (los gastos realizados) y excluir el tercero (el interés positivo)» y, «[e]n cuanto a la pérdida de oportunidades de contratar, la opinión dominante es que también deben ser indemnizadas, y así se establece en la Propuesta [de Bosch/Del Pozo/Carrascosa]», siendo «[l]a razón […] que se trata de un perjuicio que la parte que actúa de buena fe no tiene la obligación de soportar; ahora bien, es el lesionado quien deberá correr con la carga de la prueba del perjuicio y su medida» (p. 107).

c.3) Las «[c]oncordancias» del artículo 19 P Bosch/Del Pozo/Vaquer son:

«Artículo [*sic;* artículos] 227 CCPor, 1112 CCFra 2016.

Artículos 2:301(2) PECL, 2.1.15(2) PICC, 6.4 CEC, II.-3:301(3) DCFR, 1245 PMCC, 522-1.3 PAPDC, 24 Pr. Terré» (p. 106).

[120] a) a.1) Artículo 1245.5 PMCC 2009: «La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones».

a.2) «[A] mi entender [García Rubio], existe una cierta reiteración entre el contenido del punto primero del párrafo 4 de este artículo 1245 [PMCC 2009 que transcribo *supra* nota 119 a)] y los párrafos 2 y 5 [del artículo 1245 PMCC 2009 que transcribo, respectivamente, *supra* nota 117, y anterior a) de esta nota]: el supuesto de entablar o interrumpir las negociaciones con mala fe es un caso claro de actuación contraria a la buena fe del párrafo 2 y la responsabilidad por daños ya se contiene con carácter general en el párrafo 5. A mi juicio [García Rubio], el contenido normativo del precepto [art. 1245 PMCC 2009] sería el mismo si desapareciese este punto primero del párrafo 4 [del artículo 1245 PMCC 2009] [*ADC* (2010) p. 1627].

a.3) Además, según García Rubio, «[v]iene siendo un lugar común en la literatura jurídica el señalar que la indemnización debida por ruptura de las negociaciones contraria a la buena fe alcanza al interés en la confianza o interés negativo, que coloca al dañado en la misma situación en la que estaría de no haber iniciado las negociaciones, de suerte que no le corresponde (con algunas excepciones como las

Sobre este artículo 1245 PMCC 2009, García Rubio apunta que no se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad que contempla (si contractual, extracontractual, o *tertius genus*), ni sobre «la posible responsabilidad de terceros en los supuestos de responsabilidad por ruptura de las negociaciones o del deber de confidencialidad», cuestiones ambas que «tienen interés para nuestro Derecho interno» [121] [122].

---

mencionadas para el caso holandés) ni la imposición del contrato ni la indemnización por el interés positivo o interés derivado de la celebración y posterior cumplimiento del contrato frustrado. Esto es precisamente lo que recoge nuestra Propuesta [de 2009]. Ocurre, sin embargo, que no existe acuerdo a la hora de considerar qué queda incluido y qué no dentro de ese interés negativo. Desde luego que lo están los gastos realizados por la parte perjudicada con vistas a la celebración del contrato frustrado, pero queda por ver si también lo estarían, por ejemplo, las pérdidas de otras oportunidades de contratar. […]. En mi opinión [García Rubio], el interés negativo incluye tanto los gastos efectivamente realizados y que deben ser reembolsados, como la frustración de ganancias o lucros cesantes, que se concretan sustancialmente en la pérdida de otras oportunidades de contratar con un tercero, si bien he de reconocer [García Rubio] que con ello queda abierta la cuestión de decidir qué tipo de oportunidades han de ser estas alternativas y, en definitiva, si a la postre no se está reconociendo así un resarcimiento integral o por el interés positivo, aunque sea por una vía oblicua. Cosa distinta es que existan dificultades probatorias –la carga incumbe al lesionado–, para demostrar su existencia efectiva y no sustentada por meras conjeturas de esas otras oportunidades de negocio; pero esta es una dificultad común a la prueba de todos los lucros cesantes» [*ADC* (2010) pp. 1630-1631].

b) Para la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, la nota inmediatamente anterior a esta, en c.2).

[121] García Rubio, *ADC* (2010) pp. 1634-1635.

[122] a) a.1) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, al igual que en la *Propuesta de 2009* (art. 1245), en un único artículo se contemplan los tres supuestos de ruptura injustificada de las negociaciones, incumplimiento del deber de confidencialidad, e incumplimiento del deber de información, y sus consecuencias (art. 522-1).

Artículo 522-1 PCCAPPDC: «Buena fe en la negociación de los contratos

1. En la negociación de los contratos las partes deben comportarse de conformidad a las exigencias de la buena fe. Aunque no se incurre en responsabilidad por su solo abandono, tampoco pueden romperse las negociaciones en contravención de dicho principio. En particular, deben:

a) Informarse recíprocamente sobre las características de los bienes o servicios que puedan ser objeto del futuro contrato y sobre las circunstancias de este, en especial sobre la incorporación de condiciones generales de la contratación. Si el contrato proyectado es de consumo, la extensión del deber de información y las consecuencias de su infracción se sujetan a lo previsto en la legislación de consumo.

b) Conservar con la diligencia o cuidado propios de una persona razonable los bienes que alguna de las partes haya aceptado recibir para su valoración o examen, a fin de permitir su eventual restitución.

c) No revelar ni utilizar en provecho propio la información que alguna de las partes proporcione a la otra manifestándole su carácter confidencial.

2. Se considera en todo caso contrario a la buena fe entablar o continuar las negociaciones sin intención de concluir contrato alguno.

3. La parte que durante las negociaciones o al romperlas haya infringido cualesquiera de los deberes comprendidos en los apartados precedentes debe indemnizar a la otra, dejándola en la misma situación que tendría de no haber entrado en ellas. En los casos del apartado 2 la indemnización puede dirigirse, además, a reparar la pérdida derivada de la imposibilidad de celebrar otros contratos. Cuando la responsabilidad deriva de la infracción del deber de confidencialidad, además de la indemnización, puede pedirse la restitución o compensación del beneficio que haya obtenido el infractor por utilizar la información reservada» [Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil (2018) p. 671].

Por lo hasta ahora expuesto sobre el artículo 1245 PMCC 2009 (esto es, en suma), se constata que, en él, no se ordena una particular norma para los deberes de información precontractual. Sin embargo, dado que estos deberes de información pueden derivar de la buena fe, que expresamente opera en la fase previa a la celebración del contrato [art. 1245.2 PMCC 2009 que transcribo *supra* nota 117 a)], puede considerarse que los deberes de información precontractual encuentran ahí su anclaje jurídico. Y la respuesta a su infracción es la indemnización de daños y perjuicios [art. 1245.5, primera regla, PMCC 2009, que transcribo *supra* nota 120 a)].

[15] Por su parte, Delgado Echeverría/Parra Lucán, que se han ocupado de los deberes de información precontractual, apuntan que «[n]o hay en la propuesta [de 2009] –o no hemos encontrado [Delgado Echeverría/Parra Lucán]– una regulación de la información debida en sede de formación del contrato (*vid.* artículo 1245[.2] de la Propuesta [de 2009, que transcribo *supra* nota 117 a)], en el que sí se dice que "en las negociaciones de los contratos, las

---

a.2) El artículo 522-1 PCCAPPDC se encuentra en la Sección 1.ª «De los tratos preliminares», del Capítulo II «De la formación del contrato», del Título II «De los contratos en general», del Libro Quinto «De las obligaciones y contratos» de la *Propuesta de Código civil*. De este «Capítulo II (salvo la Sección 2.ª)» se ha encargado «Juana Marco Molina» [(2018) p. 10].

b) b.1) A diferencia de la *Propuesta de 2009* y de la *Propuesta de Código civil,* en la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer se disponen distintos artículos para la ruptura injustificada de negociaciones (arts. 18 y 19), incumplimiento del deber de confidencialidad (art. 20) e infracción del deber de información (art. 21). De los artículos 18, 19 y 20 he dado cuenta *supra* notas 116 b), 118 c), 119 c). Me queda el artículo 21 P Bosch/Del Pozo/Vaquer.

Artículo 21 P Bosch/Del Pozo/Capdevila: «Deber de información

1. En el transcurso de las negociaciones, las partes deben informarse mutuamente de cualquier circunstancia, de hecho o de derecho, que, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, es razonable considerar que se debe conocer para decidir sobre la conveniencia o no de concluir el contrato.

2. La infracción del deber de información, si no se anula el contrato por error o engaño, legitima a la parte perjudicada para exigir una indemnización por los daños y perjuicios que se le han ocasionado».

b.2) En el comentario a dicho artículo 21, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican: «El principio general de la buena fe obliga a las partes a informarse recíprocamente de cualquier circunstancia que se considere relevante para decidir acerca de la conclusión o no de un contrato. La omisión de la información puede dar lugar a error (art. 51) o a engaño (art. 53, si la ocultación de información es dolosa), y a la consiguiente anulación del contrato.

En el caso en que no se den los requisitos para anular el contrato por alguno de estos vicios del consentimiento (por ejemplo, porque el error no es esencial), la parte perjudicada puede exigir a la otra la indemnización de los daños y perjuicios que se le han ocasionado.

Mientras el resto de deberes mencionados en los artículos precedentes [arts. 18, 19 y 20 P Bosch/Del Pozo/Vaquer] pueden dar lugar a responsabilidad en el caso de que el contrato no llegue a celebrarse, el deber de información adquirirá trascendencia, por regla general, cuando el contrato se concluya. Si las partes proporcionan una información no veraz, o incompleta, será generalmente para inducir a contratar, y no para conseguir el efecto contrario» [(2016) p. 110].

b.3) Las «[c]oncordancias» del artículo 21 P Bosch/Del Pozo/Capdevila son:

«Artículo 1112-1 CCFra2016.

Artículos 7 CEC, II.-3:101 ss. DCFR, 13 ss. CESL, 522-1.1.a) PAPDC» (p. 110).

partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe")» [123]. Entienden que esa «ausencia es razonable si se considera que el incumplimiento de los deberes precontractuales de información no afecta a la perfección de los contratos, y sus consecuencias deben analizarse en el ámbito de la integración del contrato (art. 1258 CC., [cuyo equivalente es el] art. 1243 de la Propuesta [de 2009] [124]), [en el ámbito] de la culpa *in contrahendo* (art. 1245.4 de la Propuesta [2009, que transcribo *supra* nota 120 a)]) o [en el ámbito] de la nulidad por vicios del consentimiento (arts. 1265 y 1300 Cc., [cuyos equivalentes son los] arts. 1298 [que regula el error] [125] y 1300 [que regula el dolo y transcribo *supra* nota 93] de la Propuesta [de 2009])» [126].

[16] Por último, y situándome ahora en el elemento subjetivo del dolo, es decir, sobre la intención de engañar al otro contratante [tesis estricta (o restringida) del dolo] o sobre la intención de captar su voluntad (tesis amplia del

---

[123] Delgado Echeverría/Parra Lucán, *CCJC* (2011) p. 677.

[124] Artículo 1243 PMCC 2009: «Los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

[125] a) Artículo 1298 PMCC 2009:

«1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte contratante.

2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció.

3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error.

2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas.

3. Los contratos no serán anulables por error cuando éste sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error.

4. Tampoco podrá anularse el contrato cuando la otra parte contratante, tras ser informada del error, comunique sin dilación su voluntad de ejecutarlo en los términos pretendidos por la parte que lo ha sufrido.

5. […]».

b) En 2017 analicé el error de la *Propuesta de 2009* [Fenoy Picón, *ADC* (2017) [231]-[245] pp. 685-698].

[126] a) Delgado Echeverría/Parra Lucán, *CCJC* (2011) p. 677.

b) Delgado Echeverría/Parra Lucán se plantean además, cómo conecta el dolo omisivo con la regulación que de la compraventa se hace en la *Propuesta de 2009.* Dicen:

«Por otra parte, parece verosímil que los mismos casos de "dolo omisivo", o al menos algunos de ellos, cuando el contrato sea de compraventa, estarían sujetos a la regulación de la "falta de conformidad" (¿concurso de acciones?): el art. 1475 de la Propuesta (especialmente su núm. 4.º: *si no es apta para el uso al que habitualmente se destinan bienes del mismo tipo …)* se aplicaría también a la venta de cosa inmueble específica (vid. art. 1477 de la Propuesta [de 2009]), con la precisión de que se considerará que no existe falta de conformidad si el vendedor [*sic;* el comprador la conocía o *no podía fundadamente ignorarla* (art. 1478 de la Propuesta [de 2009]); y consecuencias muy distintas a las acarreadas por el dolo vicio del consentimiento (art. 1482 de la Propuesta [de 2009]: cumplimiento, reducción del precio, resolución del contrato)» (cursiva del original; pp. 677-678).

dolo; para ambas tesis, *infra* [17]-[19]), el artículo 1300.1 PMCC 2009 lo exige para el dolo activo («insidiosas», igual que en el artículo 1269 CC) y para el dolo omisivo («ocultación maliciosa»). Para el dolo del artículo 1269 CC, su elemento subjetivo ha sido ampliado por algunos autores al supuesto en que se es consciente del engaño o de la captación de voluntad [127]. Pese a la dicción del artículo 1300.1 PMCC 2009, considero que lo mismo puede interpretarse para él [128].

Y más allá de lo anterior, para el dolo del artículo 1269 CC no se requiere que el contratante, autor del mismo, tenga intención de dañar o beneficiar al otro contratante, o de beneficiarse (lucrarse) a sí mismo [129]. Para el dolo del artículo 1300.1 PMCC 2009, tampoco se requiere.

C) La continuidad en el posible acogimiento de la tesis amplia del dolo, si es partidario de ella. La ventaja injusta (art. 1302.3 CC)/la ventaja excesiva (art. 1300.1 PMCC 2009). El derecho comparado

[17] El artículo 1269 CC se refiere a las «palabras o maquinaciones insidiosas de parte uno de los contratantes [...] [por las que] es inducido el otro a celebrar un contrato». Esta descripción legal del dolo se interpreta con un distinto alcance, en función de que el autor, que se consulte, sea partidario de la tesis estricta (o restringida) del dolo, o de la tesis amplia del dolo. Tales tesis consisten en lo siguiente.

---

[127] Fenoy Picón (2023) [37] pp. 185-187; para la jurisprudencia del Tribunal Supremo, [38] p. 188.

[128] a) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, su artículo 527-7.1, que transcribo *supra* nota 94 a.1), diferencia si el dolo es activo, exigiendo «la intención de engañar», y si es omisivo, exigiendo la «omisión consciente de información».

b) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, su artículo 53.2, que transcribo *supra* nota 94 b.1), exige o «una declaración dolosa», o una «ocultación dolosa de alguna información», y, según su artículo 53.3, la «declaración es dolosa si se hace con el conocimiento o en la creencia de que la declaración es falsa» siendo su «finalidad […] que el destinatario incurra en un error», mientras que «[l]a ocultación de información es dolosa si se hace con el propósito de inducir a la persona a la que se oculta a que cometa un error».

En su comentario a dicho artículo 53, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy solo indican: «Lo que distingue el error vicio del engaño es que en este la declaración engañosa se hace con el fin de que el destinatario incurra en un error. Hay un elemento subjetivo en la otra parte, consistente en la intención de engañar, que hace que el régimen sea mucho más severo» [(2016) p. 195]; «2.º El dolo, es decir, la intención de engañar de la otra parte. El engaño es la razón por la que, por norma general, el error de la víctima da lugar a la posibilidad de anular el contrato. No se trata solo de que el error haya sido provocado por la otra parte contratante, sino que la finalidad de la declaración dolosa es que el destinatario incurra en un error. Lo mismo cabe decir respecto a la ocultación de información: será dolosa si se pretende inducir a la persona a la que se oculta a que cometa un error» (p. 196).

[129] Para la doctrina de los autores, Fenoy Picón (2023) [39]-[40] pp. 188-194, y para la jurisprudencia del Tribunal Supremo, [41]-[43] pp. 194-207.

a) Para la tesis estricta (o restrictiva) del dolo, el dolo consiste en un engaño que provoca el error del otro contratante (o se le mantiene en el error que de antes padecía) y este error es el que le induce a la celebración del contrato. La defienden, por ejemplo, Manresa y Navarro, Scaevola, De Cossío y Corral, Albaladejo, Espín Cánovas, Quiñonero Cervantes, Vaquer Aloy, Fuenteseca, De Verda y Beamonte, Rojo Ajuria, y Carrasco Perera [130] [131].

> [A] *Los derechos suizo, portugués, alemán, italiano, belga y de los Países Bajos*
>
> [A.1] Antes de analizarlos en la siguiente [A.2] y a modo de primera aproximación a la cuestión, conviene que recuerde estas palabras de «Zweigert/Kötz [...] [, según los cuales,] el error y el engaño (el dolo) tienen *en común* que la parte engañada celebra el contrato *bajo un error*, residiendo la *diferencia* en que, en el *engaño* (en el dolo), *el error se causó deliberadamente por la otra parte.* De

---

[130] Fenoy Picón (2023) [17] pp. 88-90 y [19] pp. 105-116.

[131] a) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, en su artículo 527-7.1, primera regla [que transcribo *supra* nota 94 a.1)] se entiende que el dolo consiste en «un error esencial a causa de una actuación dolosa de la contraparte, con la intención de engañar». Con tal definición, es claro que en la *Propuesta de Código civil* se acoge la tesis estricta del dolo.

b) b.1) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer también se acoge la tesis estricta del dolo. Al respecto, la rúbrica de su artículo 53 [que transcribo *supra* nota 94 b.1)] es «[e]gaño» y en él, se hace continua referencia al error provocado: «[e]l contrato es anulable por engaño cuando el error es provocado […]» (apartado 1); «[e]l error que permite la anulación del contrato por engaño […]» (apartado 2); «y su finalidad es que el destinatario incurra en un error. […] con el propósito de inducir a la persona a la que se oculta a que cometa un error» (apartado 3); «[e] error ocasionado por […]. Si el error lo provoca […]/ a) Si la persona que incurre en el error […]»; y «[e]l error debe ser esencial […]. Si el error no es esencial […]» (apartado 5).

b.2) En su comentario al artículo 53, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican: «Se utiliza el término engaño [leyenda del artículo 53 P Bosch/Del Pozo/Vaquer] para designar lo que conocemos como dolo, esto es, el error provocado voluntariamente por la otra parte.

El precepto [art. 53] regula los requisitos necesarios para poder anular un contrato por engaño. La víctima incurre en un error provocado por el otro contratante, error que le lleva a concluir el contrato en unos términos que, si no fuera por el engaño, probablemente no habría aceptado. Lo que distingue el error vicio [del artículo 51 P Bosch/Del Pozo/Vaquer] del engaño es que en este la declaración engañosa se hace con el fin de que el destinatario incurra en un error. Hay un elemento subjetivo en la otra parte, consistente en la intención de engañar, que hace que el régimen sea mucho más severo.

Los requisitos para la anulación del contrato por engaño son los siguientes:

1.º El error de la víctima. Al igual que en el error vicio del artículo 51, en el dolo hay un conocimiento equivocado de la realidad por una de las partes. […]

2.º El dolo, es decir, la intención de engañar de la otra parte. El engaño es la razón por la que, por norma general, el error de la víctima da lugar a la posibilidad de anular el contrato. No se trata solo de que el error haya sido provocado por la otra parte contratante, sino que la finalidad de la declaración dolosa es que el destinatario incurra en un error. Lo mismo cabe decir respecto a la ocultación dolosa de información: será dolosa si se pretende inducir a la persona a la que se oculta a que cometa un error» [(2016) pp. 195-196].

c) En el texto que reproduzco en la anterior b.2) de esta nota menciono al artículo 51 P Bosch/Del Pozo/Vaquer, que regula el error. En 2017 analicé los artículos 51 («Error») y 52 («Error en la declaración»] [Fenoy Picón, *ADC* (2017) [267]-[270] pp. 721-727].

ahí que los casos de engaño (de dolo) puedan verse *como un supuesto especial de "error causado" (de error provocado)»* (cursiva del original) [132].

[A.2] *Los modelos definidores (descriptivos) del dolo y la tendencia a concebirlo como supuesto de error provocado (o de error mantenido)*

Dejando al margen el derecho francés del que doy cuenta en la siguiente [B] y centrándome en los derechos que indico en el título de la anterior [A], los autores suelen destacar que en el dolo existe un error del contratante que lo padece. Sin embargo, las concretas regulaciones del dolo difieren entre sí, y al menos pueden señalarse los tres siguientes modelos legales.

a) En algunas regulaciones se menciona el error del que sufrió el dolo (primer modelo).

a.1) Por ejemplo, en el derecho suizo, el artículo 28.1 CO 1911 dispone que «[l]a parte inducida a contratar por el dolo de la otra no quedará obligada, incluso aunque su error no fuera esencial» [133]. Engel explica que «[e]l dolo consiste en inducir intencionalmente a una persona a error, en mantenerlo o en confirmarlo en el error, para determinarle a hacer una declaración de voluntad, por ejemplo un acto jurídico» [134]. Dice también este autor, que «[e]l dolo implica un engaño» [135].

a.2) Otro ejemplo es el derecho portugués, en el que, según el artículo 253.1 CCP 1966, el dolo es cualquier sugestión o artificio que alguien emplea con la intención o consciencia de inducir o mantener en error al autor de la declaración, así como la disimulación por el destinatario de la declaración o por el tercero, del error del declarante [136]. Hörster/Moreira Da Silva afirman que el dolo «presupone un error por parte del declarante, error ese determinado intencionalmente por otro (por el propio destinatario [de la declaración] o por un tercero)» y «[p]or esto, la víctima del dolo no solo se engaña (como en el caso del

---

[132] Fenoy Picón, *ADC* (2020) [14] pp. 1353-1354.

[133] a) Traducción de Mateo Villa (2022) p. 683; el autor hace esta anotación: «En cuanto al ap. primero, nótese el doble requisito: en cuanto al (i) sujeto –parte contractual e inducida no *con* sino *por* dolo– y la (ii) condición de que el sujeto sea la otra parte contractual y no un tercero» (cursiva del original; nota 32 de p. 683). El dolo de tercero se regula en el artículo 28.2 CO 1911 y sobre este, *infra* [27] b) [A.2].

b) Artículo 28 CO 1911:

«1. La partie induite à contracter par le dol de l'autre n'est pas obligée, même si son erreur n'est pas essentielle.

2. […] [lo transcribo *infra* nota 600]».

[134] Engel (1997) p. 349; traducción mía.

[135] Engel (1997) p. 349; traducción mía. Por otro lado, sobre el dolo, requisitos y efectos, Engel, pp. 349-355.

[136] Artículo 253.1 CCP 1966: «1. Entende-se por dolo qualquer sugestão ou artifício que alguém empregue com a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração, bem como a dissimulacão, pelo declaratário ou terceiro, do erro do declarante».

error), sino que ella es, además, engañada» [137]. De ahí, continúan Hörster/Moreira Da Silva, que «el dolo puede también designarse como un error cualificado» [138].

Por su parte y tras destacar que la noción de dolo se encuentra en el artículo 253.1 CCP 1966, Da Mota Pinto apunta, que el dolo «se trata de un error determinado por un cierto comportamiento de la otra parte» [139]. E igualmente Pires de Lima/Antunes Varela destacan el error que existe en el dolo [140].

b) En otras regulaciones se alude al engaño llevado a cabo, a lo cual añado por mi parte, del engaño se deriva el error del que padece el dolo (segundo modelo).

b.1) Por ejemplo, en el derecho alemán, el § 123.1 BGB dispone, en lo que interesa, que «[q]uien ha sido inducido a emitir una declaración de voluntad mediante engaño doloso […] puede impugnar la declaración» [141]. Flume explica

---

[137] Hörster/Moreira Da Silva (2023) 1002, p. 650; traducción mía.

[138] a) Hörster/Moreira Da Silva (2023) 1002, p. 650, traducción mía; con anterioridad, dicen:

«Hay dolo siempre que el medio engañoso es empleado con consciencia de que, con él, el declarante es determinado a hacer una declaración que no habría emitido sin aquel engaño. En la mayor parte de los casos existirá también la consciencia de que el engañado sufrirá un perjuicio. Quiere decir, quien comete el dolo sabe y quiere que el engañado preste la declaración que, de otro modo, no prestaría. Existe un nexo de causalidad entre el dolo y la declaración. Así y todo, la consciencia por parte de quien actúa dolosamente de que el engañado sufrirá un perjuicio no pertenece a los presupuestos legales del dolo» (pp. 649-650).

b) También según Hörster/Moreira Da Silva: «Para que haya dolo, activo u omisivo, relevante en términos jurídicos, haciendo la declaración anulable, son indispensables, simultáneamente, los siguientes presupuestos:

1.º que el declarante esté en error;

2.º que el declarante haya sido inducido o mantenido en este error por el propio destinatario [de la declaración] o por un tercero; o en contra de un deber de informar, que este error haya sido disimulado por destinatario [de la declaración] o por un tercero (de modo que se puede decir que ellos provocaron el error del declarante);

3.º que el destinatario [de la declaración] (o un tercero) haya recurrido, para el efecto, ilícitamente, a cualquier artificio, sugestión, embuste, etc.» [(2023) 1000, p. 648].

[139] Da Mota Pinto (2005) p. 521; traducción mía; *vid.* hasta p. 523.

[140] Explican Pires De Lima/Antunes Varela : «El dolo supone un error que es inducido o disimulado por el destinatario [de la declaración] o por el tercero. Para que haya *dolo* [cursiva del original] son necesarios los siguientes requisitos: a) que el declarante estuviera en error; b) que el error haya sido provocado o disimulado por el destinatario [de la declaración] o por el tercero; c) que el destinatario [de la declaración] o el tercero (deceptor) haya recurrido, para el efecto, a cualquier artificio, sugestión, embuste, etc. […]» [«Artículo 253» (1982) p. 236; traducción mía].

[141] a) § 123 BGB: «Impugnabilidad por causa de engaño o intimidación

(1) Quien ha sido inducido a emitir una declaración de voluntad mediante engaño doloso o ilícitamente por intimidación puede impugnar la declaración.

(2) […] [transcribo la primera y la segunda regla del § 123.2 BGB, *infra* [27] b) [A.1]]» [traducción de Arroyo Amayuelas, revisión de la traducción por Beckmann (2008) p. 55].

b) Una traducción al inglés del § 123.1 BGB: «Voidability on the grounds of deceit or duress

(1) A person who has been induced to make a declaration of intent by deceit or unlawfully by duress may avoid his declaration

(2) […] [transcribo la primera y la segunda regla del § 123.2 BGB, *infra* notas 593 b) y 596 b), respectivamente]» [Wais, «§ 123 BGB» (2020) p. 150].

que «[e]s cierto que el engaño doloso puede conducir a que el engañado emita una declaración afectada por un error en la declaración, como cuando se le pasa un documento destinado a un tercero oculto entre otros para que lo firme. Pero, por regla general, el error producido por el engaño doloso es un error en los motivos. Por tanto, dejando a un lado el caso en que se da al mismo tiempo un error en la declaración, de lo que se trata en los supuestos de […] engañoso doloso, al contrario que en los de error en la declaración, es de que la declaración de voluntad se expresa consciente e intencionadamente por el […] engañado, aunque no libremente» [142]. Y más adelante, según Flume, «[e]ngaño en el sentido del § 123 es todo comportamiento mediante el cual conscientemente se sugiere, refuerza o mantiene en otro una representación incorrecta. La acción engañosa puede consistir en una comunicación de palabra, en la ocultación o encubrimiento de circunstancias o en la simple omisión de informaciones sobre el estado de cosas, o sea, en un silencio. En el último caso sólo hay un engaño que deba entenderse como acción ilícita a los efectos del § 123 si existe un deber de hablar. Savigny [apellido, mayúsculas en el original] dice al respecto: "Por regla general el engaño se ejerce mediante una actuación positiva. Pero también es posible mediante una conducta simplemente pasiva, esto es, por tolerar consciente, tácitamente, el error ajeno que nosotros mismos no hemos provocado. Este último, sin embargo, sólo es posible presuponiendo una relación contractual tal, que en ella el otro esté legitimado para esperar de nosotros franqueza, de modo que en este caso callar y hablar han de considerarse como un todo inseparable"» [143].

Wais apunta para el engaño del § 123 BGB, que se requiere «que el propósito del engaño sea la causación o perpetuación de un error en la persona que hace la declaración de voluntad» [144].

b.2) El derecho italiano es otro ejemplo en el que también se alude al engaño. De conformidad con el artículo 1439. I CCI 1942, «el dolo es causa de anulación del contrato cuando los engaños empleados por uno de los contratantes son tales que, sin ellos, la otra parte no habría contratado» (traducción mía) [145].

---

[142] Flume (1992, 1998 de la traducción de Miquel González/Gómez Calle) p. 623.

[143] Flume (1992; 1998 de la traducción de Miquel González/Gómez Calle) pp. 635-636.

[144] Wais, «§ 123» (2020) 4, p. 151, traducción mía; añade que el § 123.1 BGB «no se aplica si el que engaña no sabe la posible naturaleza engañosa de su declaración», y sí «se aplica, sin embargo, si una persona señala un hecho incluso aunque él sepa que desconoce si es verdad o falso» (4, p. 151). La carga de la prueba de los requisitos del § 123 BGB corresponde a la persona que invoca la anulación de su declaración de voluntad (14, p. 154).

[145] a) Artículo 1439 CCI 1942: «Dolo

Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato.

[…] [lo transcribo *infra* nota 607]».

b) b.1) El engaño también se señala para el dolo incidental. Según el artículo 1449 CCI 1942: «Dolo incidental. Si los engaños no han sido tales como para determinar el consentimiento, el contrato es válido, aunque sin ellos se hubiera celebrado con condiciones diversas; pero, el contratante de mala fe responde de los daños» (traducción mía).

b.2) Artículo 1440 CCI 1942: «Dolo incidente

Se i raggieri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni».

Cataudella, «citando a Allara, añade que, en rigor, el dolo, más que ser un vicio autónomo de la voluntad, constituye, como autorizadamente se ha apuntado, "una particular causa de un vicio de la voluntad (el error)"» y, según Gazzoni, «el error también puede ser fruto de engaños llevados a cabo por la contraparte o por un tercero, y en tal caso se habla de dolo contractual o negocial» [146]. Para Stanzione/Naddeo, el dolo «consiste en el engaño urdido por un sujeto frente a otro con el fin de inducirlo a error y empujarlo a concluir un contrato»; «[e]l proceso de formación de la voluntad negocial del sujeto engañado resulta por tanto alterado, pues ha sido condicionado por los engaños de los que ha sido víctima» [147]. Por último, para Trimarchi, «[e]n materia de formación del negocio jurídico, el término "*dolo"* [cursiva del original] significa *engaño* [esta otra cursiva, negrita en el original]. […]/ Más precisamente, constituye dolo el engaño, el artificio engañoso, o también la simple mentira empleada para inducir a una persona a error y así deteminarla a estipular el negocio»; «[e]l dolo vicia la voluntad negocial en cuanto determina un error»; «[p]ara que el dolo sea jurídicamente relevante, es necesario que sea idóneo para inducir a una persona sensata» [148].

b.3) Por último, el ejemplo del derecho belga (reforma de 2022; entrada en vigor, el 01.01.2023) [149]. Según el artículo 5.35. I CCB, «[e]l dolo no es una causa de nulidad sino cuando una parte ha sido engañada por las maniobras que su cocontratante ha practicado intencionalmente» y, «[u]na maniobra puede con-

---

[146] Fenoy Picón, *ADC* (2020) [14] y nota 95, p. 1354.

[147] Stanzione/Naddeo (2017) p. 203; traducción mía.

[148] Trimarchi (2014) p. 184; traducción mía.

[149] a) Por lo reciente, recuerdo que el derecho belga se encuentra inmerso en un importante proceso de reforma de su Código civil. En relación a las materias de las que me ocupo en este trabajo, estas se regulan en el Libro 5 «Las obligaciones» (Livre 5 «Les obligations») del (nuevo) Código civil belga. El Libro 5 fue aprobado por *Loi 28.04.2022*, publicada en el *Moniteur Belga* del 01.07.2022 y entró en vigor el 01.01.2023 [Wéry (2022) p. 10]. Informa además Wéry, que «[t]ras la entrada en vigor de la ley de 13 de abril de 2019, el Código civil de 1804 se llama el antiguo Código civil» (p. 10) y señala que «[l]as líneas fuertes del libro 5 sostienen tres grandes ideas./*Primo*, al respecto, este libro constituye, en numerosos puntos, una codificación de la jurisprudencia de derecho constante ["droit constant"], con preocupaciones de orden legislativo que habrán de asegurar una mayor accesibilidad del derecho de obligaciones./ *Secundo,* el libro 5 se inscribe en la modernidad por una serie de innovaciones, que eran demandadas por deseo de la doctrina./ *Tertio,* la reforma se quiere equilibrada: […] lleva a cabo un compromiso entre la autonomía de la voluntad y el papel del juez en tanto que guardian de los intereses de la parte débil» (p. 19). Según Wéry, «los autores del libro 5 van más allá de» esa «codificación de la jurisprudencia de derecho constante» y «han, en efecto, completado lagunas del antiguo código las cuales la jurisprudencia no había remediado», y para hacerlo, «la comisión de expertos se ha inspirado en el ejemplo de derechos nacionales extranjeros –tales como Francia, Países Bajos, o aun Alemania. Ella [la comisión de expertos] igualmente ha obtenido su inspiración en una serie de instrumentos internacionales –se piensa, en particular, en codificaciones sabias, tales como los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, los Principios europeos de derecho de contratos o el Proyecto de Marco común de referencia» (p. 25). En pp. 17-36, Wéry ofrece una visión de conjunto del Libro 5 del Código civil belga.

En 2020 informé del entonces proceso de reforma del derecho de obligaciones [Fenoy Picón, *ADC* (2020) [5] pp. 1339-1346].

b) En cuanto al derecho transitorio, en el artículo 64 de la citada, en la anterior a) de esta nota, *Loi 28.04.2022,* se ordena:

«Las disposiciones del Libro 5 del código civil se aplican a los actos jurídicos y a los hechos jurídicos ocurridos tras la entrada en vigor de la presente ley.

sistir en una retención intencional de información de la que se dispone y debe comunicarse en virtud del artículo 5.16» (traducción mía) [150]. El comentario oficial [151] del artículo 5.35 CCB se inicia con la explicación de que «[e]l dolo es un

---

Salvo acuerdo en contrario de las partes, ellas [las disposiciones del Libro 5] no se aplican y las reglas anteriores permanecen aplicables:

1.º a los efectos futuros de actos jurídicos y hechos jurídicos ocurridos antes de la entrada en vigor de la presente ley;

2.º por derogación del párrafo 1.º, a los actos jurídicos y hechos jurídicos ocurridos tras la entrada en vigor de la presente ley que se relacionen con una obligación nacida de un acto jurídico o de un hecho jurídico ocurrido antes de la entrada en vigor de la presente ley» (traducción mía; para el texto del artículo en francés, Wéry, p. 36).

Expone Wéry, que «[l]os trabajos preparatorios del artículo 64 suministran valiosas explicaciones sobre el asunto», y así, […] «"[l]as disposiciones transitorias en fase de proyecto [para el Libro 5 del Código civil belga] se inspiran, para su formulación, en las que figuran en el artículo 127, § 1, del Código de derecho internacional privado […]. Ellas [las disposiciones transitorias] se redactan de modo que se asegure una seguridad jurídica máxima, preservando la aplicación del derecho anterior a la totalidad de las consecuencias de los actos jurídicos y hechos jurídicos que se producen antes de la entrada en vigor del nuevo libro 5. […]/ Según el 1.º [del párrafo II del reproducido art. 64], las disposiciones nuevas no se aplican a los efectos futuros de actos jurídicos y hechos jurídicos ocurridos antes de la entrada en vigor del libro 5. Esta precisión es necesaria pues, según las reglas ordinarias del derecho transitorio, la ley nueva se aplica en principio a los efectos futuros de situaciones nacidas bajo el imperio de la ley anterior […]. Una excepción es, ciertamente, hecha en materia contractual, pues la ley nueva se aplica, sin embargo, inmediatamente si la ley es imperativa o de orden público […]. Por el contrario, con la finalidad de la seguridad jurídica, la disposición en fase de proyecto toma partido por excluir totalmente la aplicación de la ley nueva a los efectos futuros de situaciones anteriores, incluso aunque esta conlleve disposiciones imperativas o de orden público. […]"» (pp. 36-37; *vid.* hasta p. 38).

Sobre el derecho transitorio, muy brevemente, Jannsens (2022) pp. 42-43.

[150] a) Artículo 5.35. I CCB: «Dol

Le dol n'est une cause de nullité que lorsqu'une partie a été trompée par les manoeuvres que son cocontractant a pratiquées intentionnellement. Une manoeuvre peut consister en une rétention intentionnelle d'informations dont on dispose et que l'on devait communiquer en vertu de l'article 5.16.

[…]».

Para unas básicas explicaciones sobre el dolo del artículo 5.35 CCB, Janssens (2022) pp. 49-51.

En 2020 analicé el entonces proyectado artículo 5.39, equivalente a este artículo 5.35 CCB y de igual dicción, de la *Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «les obligations» dans le nouveau Code civil* de 2019, junto con los efectos del dolo [Fenoy Picón, *ADC* (2020) [89]-[97] pp. 1460-1471; *vid.* [5] pp. 1339-1346].

b) En el antiguo Código civil belga [*vid.* la nota inmediatamente anterior a esta, en a)], su artículo 1116. I disponía: «El dolo es una causa de nulidad de la convención, cuando las maniobras practicadas por una de las partes son tales, que es evidente que, sin estas maniobras, la otra parte no habría contratado» (traducción mía; «Le dol est une cause de nullité de la convention, lorsque les manoeuvres practiquées par l'une des parties son telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté»).

En 2020 decía para el antiguo Código civil belga (para el artículo 1116) que, «De Page define el dolo como todo *engaño* cometido en la conclusión de los actos jurídicos. Para su víctima, el dolo consiste en hacerle creer algo que no existe, u ocultarle un hecho que sí existe, y esto vicia su voluntad (hay un *error provocado).* En el Derecho belga, al *error provocado* por dolo se le contrapone el *error espontáneo*, regulado este último en el artículo 1110 CCB (del mismo tenor literal que el derogado artículo 1110 CCF […]). La contraposición entre el error provocado por dolo y el error espontáneo encajable en el error vicio la recogen Wéry, Wekkers, y De Page; está también presente en las explicaciones de Van Ommeslaghe» [cursiva del original; Fenoy Picón, *ADC* (2020) [72] p. 1439; para su análisis y estudio [72]-[85] pp. 1439-1458].

[151] Llamo comentario oficial al comentario de los artículos del documento *DOC* 55 1806/001 de la *Chambre des représentats de Belgique, 24 février 2021, Proposition de Loi portant le Livre 5 «Les obliga-*

error provocado intencionalmente por el cocontratante, cualquiera que sea la naturaleza y el objeto del error […]. El error resultante del dolo debe necesariamente haber sido provocado por maniobras del cocontratrante, contrariamente al error, vicio del consentimiento» [152]. Y sobre el párrafo I del artículo 5.35 CCB, según el comentario oficial, se «enuncian las condiciones del dolo desarrolladas en la jurisprudencia de la Corte de casación […]: el error es necesariamente provocado por *maniobras* (elemento material) practicadas *intencionalmente* (elemento intencional o moral) *por el cocontratante* y que han sido *determinantes* para el consentimiento de la persona engañada (art. 1116 C. civ.; véase igualmente: artículo 3:44.3 NBW; artículo 4:107 (1) PECL; artículo II.-7:205 (1) y (2) DCFR; artículo 3.2.5 PICC)» (cursiva del original) [153].

c) Finalmente, en otras regulaciones se describe el comportamiento doloso, señalando que el dolo tiene lugar si intencionalmente se suministra una información incorrecta, o se oculta un hecho que había de comunicarse, o por cualquier otro artificio, induciéndose a otro a la celebración del contrato (tercer modelo).

c.1) En este sentido el derecho de los Países Bajos, en el que según el artículo 3:44.3, primera regla, BW, el «[d]olo existe, cuando alguien mueve a otro para realizar un acto jurídico determinado por alguna comunicación falsa hecha intencionadamente a tal fin, o por callarse intencionadamente a tal fin, de algún hecho que el que se calló estuviera obligado a comunicar, o por otro artificio» [154]. Van Rossum explica que «en el Derecho de los Países Bajos, el dolo y el error se encuentran estrechamente conectados y de hecho, es el comportamiento doloso (fraudulento) el que causa el error. De conformidad con el Derecho de los Países Bajos, no es el dolo (el fraude) lo que, en sí mismo, constituye un defecto de voluntad, sino más bien el error provocado por el acto jurídico doloso (fraudulento) de la parte que engaña»; y para Hartkamp, «el *dolo causa (provoca) un error*» (cursiva del original)» [155].

---

tions» du Code civil (déposée par MM. Koen Geens et Khalil Aouasti, Mmes Nathalie Gilson, Claire Hugon et Katja Gabriëls et MM. Ben Segers et Stefaan Van Hecke).

[152] *DOC* 55 1806/001, p. 41; traducción mía.

[153] *DOC* 55 1806/001, p. 41; traducción mía.

También del comentario oficial del artículo 5.35 CCB: «Existe igualmente numerosas controversias en cuanto al contenido de la noción [de dolo]. Es por estas razones que se ha juzgado útil definir el vicio del consentimiento del dolo y precisar sus condiciones de aplicación: el vicio del consentimiento reside en el hecho de que una parte ha sido engañada por las maniobras intencionales por parte de su cocontratante» (p. 43).

[154] a) Continúa el artículo 3:44.3 BW: «3. […] Alabanzas en términos generales, aunque no sean verdad, no producen por sí mismas dolo» [traducción de Van Reigersberg Versluys (1996); no tiene paginación el libro]

b) Artículo 3:44.3 BW (traducción inglesa): «3. Fraud occurs where a person induces another to perform a specific juridical act by intentionally providing him with inaccurate information, by intentionally concealing any fact he was obliged to communicate, or by any other artifice. Representations in general terms, even if they are untrue, do not, as such, constitute fraud» [traducción de Warendorf/Thomas/Curry-Sumner (2013) p. 452].

[155] Fenoy Picón, *ADC* (2020) [14] y nota 94, p. 1354.

[B] *El particular caso del derecho francés: ¿es posible admitir un dolo sin que exista error en su víctima?*

En el derecho francés se cuenta con los tradicionales vicios del consentimiento del error, dolo y violencia (art. 1130 CCF [156]). En cuanto al dolo, este se regula específicamente en los artículos 1137 a 1139 CCF.

En virtud del artículo 1137, I y II, CCF, «[e]l dolo es el hecho por el que un contratante obtiene el consentimiento del otro mediante maniobras o mentiras», y «[c]onstituye igualmente dolo la disimulación intencional por uno de los contratantes de una información de la que sabe su carácter determinante para la otra parte» (traducción mía) [157]. Teniendo solo en cuenta la dicción del artículo 1137, I y II, CCF, el derecho francés se incardinaría en el tercer modelo legal de dolo al que me he referido en la anterior [A.2] c), en donde incluí el derecho de los Países Bajos. Sin embargo y por otro lado, el artículo 1139, primera regla, CCF alude expresamente al error, preceptuando que «[e]l error que resulta de un dolo siempre es excusable» (traducción mía) [158].

Expuesta la normativa que me interesa, para Chantepie/Latina, «*el dolo engendra un error en el espíritu de la víctima del dolo y ese error es el que vicia su consentimiento, no el dolo, en sí mismo*», y apuntan además, «que *el artículo 1139 CCF es claro al respecto,* al referirse a "l'erreur *qui* résulte de dol […]"» (cursiva del original) [159]. También Mauger-Vielpeau, y Fages consideran que el dolo es un error provocado [160].

Sin embargo, otros autores consideran la posibilidad de incluir en el dolo más supuestos que aquel del error de la víctima del dolo; esto es, supuestos en los que la persona no padeció error cuando celebró el contrato, ni tampoco tuvo temor o sufrió amenaza. Teniendo solo presente la dicción del artículo 1137 CCF, Deshayes/Genicon/Laithier señalan que este artículo «*no exige expresamente,* como hace la tesis tradicional mayoritaria, *que la maniobra provoque un error en*

---

[156] a) Artículo 1130 CCF: «El error, el dolo y la violencia vician el consentimiento cuando son de tal naturaleza que, sin ellos, una de las partes no habría contratado o habría contratado en condiciones sustancialmente diferentes.

Su carácter determinante se aprecia en relación a las personas y a las circunstancias en las cuales el consentimiento ha sido dado» (traducción mía).

b) Artículo 1130 CCF: «L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.

Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné».

[157] Artículo 1137, I y II, CCF: «Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manoeuvres ou des mensoges.

Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractans d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.

[…]».

[158] Artículo 1139 primera regla CCF: «L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable; […]».

[159] Fenoy Picón, *ADC* (2020) [47] p. 1399.

[160] Fenoy Picón, *ADC* (2020) [47] p. 1399 y notas 256 y 257 de p. 1399.

la víctima del dolo» [161], por lo «que el artículo 1137 CCF *no permite cerrar el debate "del dolo sin error"»* (cursiva del original) [162]. Recuerdan Deshayes/Genicon/Laithier que, «autores *minoritarios* apuntaban la hipótesis en la que, "en ausencia de error, […] las maniobras desleales no tienen por objeto alterar el carácter claro del consentimiento, sino su libertad", y en tal hipótesis *(y a diferencia de la violencia)*, "la libertad de consentimiento [estaba] fuera de todo temor o de toda amenaza", cediendo finalmente la víctima "con perfecto conocimiento de causa" por "lasitud, a consecuencia de las maniobras empleadas"», y añaden, que «[s]e trata de una figura particularmente adaptada a los conocidos casos de *captación* y de *sugestión*, frecuentemente evocada en el derecho de liberalidades, *y que el derecho moderno vuelve a vincular al dolo»* (cursiva del original) [163].

Pues bien, y adelantado algo de lo que *infra* [18] b) [B] expongo con detenimiento*,* en la reforma 2016-2018 del derecho francés se ha regulado, en el vicio de violencia, la violencia del abuso del estado de dependencia (art. 1143 CCF). Esta última requiere, expuesto ahora en apretada síntesis, que una parte abuse del estado de dependencia en la que se encuentra la otra en relación con ella, la cual celebra un contrato que sin la existencia de la coacción no habría celebrado y la parte que abusa obtiene del contrato una ventaja manifiestamente excesiva. En opinión de Deshayes/Genicon/Laithier *«la necesidad de reconducir el "dolo sin error" al dolo, habiendo el sustituto de la figura del abuso del estado de dependencia* [del artículo 1143 CCF]*, es algo que se siente menos, aunque, dados los requisitos de aplicación del abuso del estado de dependencia, los autores acaban concluyendo que hay un fuerte riesgo de que el dolo vuelva*

---

[161] a) En 2020, sobre el dolo y el derogado derecho francés informaba: «Según Flour/Aubert/Savaux, el dolo *es palabra que designa el comportamiento destinado a inducir a error a una persona, a fin de que esta última se decida a celebrar el contrato* –esto es, *la víctima del dolo sufre un error provocado*[–]; por otro lado, frente al *error provocado* por *dolo* (art. 1116 CCF [que transcribo *supra* nota 100 b)]), se encuentra el *error espontáneo* del artículo 1110 CCF» [cursiva del original; Fenoy Picón, *ADC* (2020) [14] p. 1353; *vid.* en particular la nota 90 de p. 1353].

[162] a) Fenoy Picón, *ADC* (2020) [47] p. 1395.

b) En 2020, sobre el dolo y el derogado derecho francés informaba:

b.1) «Sentado que el dolo supone un error provocado, ¿puede tener mayor alcance aplicativo? ¿Puede haber dolo sin error? No.

Al respecto, Malinvaud/Fenouillet/Mekki recuerdan que la *S 30.01.1970* de la *Cour de Colmar amplió la noción de dolo a supuestos en los que, de modo abusivo, se insiste a una persona anciana, o enferma, a fin de obtener su consentimiento.* En concreto, la *Cour de Colmar* había señalado la nulidad, por dolo, de una donación consentida por la donadora en condiciones muy sospechosas (había estado manifiestamente "chambrée"). Los autores [Malinvaud/Fenouillet/Mekki] opinan que esa decisión supone *desconocer* la definición de dolo –de que se trata de un error provocado– *pues la donadora había cedido a una cierta forma de violencia, sin realmente haber sufrido un error.* Malinvaud/Fenouillet/Mekki señalan que, posteriormente, la *Cour de Cassation* ha tenido ocasión de *condenar* la apuntada deriva de la noción de dolo. En la misma línea de que el dolo se limita al error provocado se manifiestan Fabre-Magnan» [cursiva del original; Fenoy Picón, *ADC* (2020) [15] pp. 1354-1355; y en nota 99 de p. 1355, la descripción de Llobet I Aguado de los hechos sucedidos y solución de la citada *S 30.01.1970* de la *Cour de Colmar*].

b.2) «Sobre la *jurisprudencia,* Deshayes/Genicon/Laithier indican que esta no era totalmente clara, pues, si mayoritariamente hacía del error una condición del dolo, al menos desde la *S 10.07.1995* de la primera *chambre civile*, no siempre aquella mostraba tal firmeza» (cursiva del original; [46] p. 1395]

[163] Fenoy Picón, *ADC* (2020) [47] p. 1395.

a resultar atractivo» (cursiva del original) [164]. Según Deshayes/Genicon/Laithier, los requisitos que el artículo 1143 CCF exige *«no siempre existirán en las hipótesis clásicas del dolo sin error»* y «[a]sí, el abuso del estado de dependencia exige la previa caracterización de "un estado de dependencia" y supone, en tanto que acto de violencia, "el miedo […] de un mal considerable" (art. 1140), circunstancias las anteriores *que no siempre se encuentran en las hipótesis de captación o de sugestión»,* «[a]demás, [de que] quien contrata con la víctima del abuso del estado de dependencia debe obtener del contrato "una ventaja manifiestamente excesiva" y esto no se da, por ejemplo, en una venta, en la que el vendedor cede en contra de su verdadera voluntad, cansado de luchar, pero a un justo precio» (cursiva del original) [165].

[C] *El* soft law *y el CESL: el dolo, realización del engaño y causación de error*

[C.1] Cuando se analiza la regulación del dolo de los PECL, DCFR y CESL, llama la atención que la *primera regla* dispuesta en sus respectivos artículos sobre el dolo no se refiere al error del que lo sufrió. Recuerdo la dicción del artículo 4:107 (1) PECL (que transcribo *supra* nota 96), «una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haberle comunicado si hubiera actuado de buena fe». Similares redacciones normativas se encuentran en los artículos II.-7:205 (1) DCFR y 49.1 CESL (que transcribo *supra* notas 97 y 98 respectivamente).

Lohsse, que también destaca que «[l]as reglas modelo sobre fraude [dolo], […], no se refieren expresamente al error como un prerrequisito para la anulación» contractual, entiende que ello «parece ser la consecuencia de un original intento de incluir lo que en el derecho francés es referido como *maniobras dolosas* [cursiva del original], permitiendo la anulación por fraude [por dolo] si una parte a sabiendas ha explotado la debilidad de la otra parte» [166] [derecho francés (vigente y anterior) del que he dado cuenta en la anterior [B] y oportunas notas]. Al margen de esta consideración de Lhosse, lo cierto es, añado por mi parte, que esas reglas sobre el dolo de los PECL, DCFR y CESL también recuerdan al derecho de los Países Bajos que expuse en la anterior [A.2] c.1), siendo los autores los que señalan que el dolo supone un error en el otro contratante.

Pero, apuntado lo anterior, en la *segunda regla* de los PECL, DCFR y CESL sí aparece el engaño o el error, reglas estas otras que vienen a aclarar en qué consiste la actuación o el silencio doloso o en qué consiste la declaración u ocultación de información dolosa, por parte del que lo lleva a cabo. Así, la finali-

[164] Fenoy Picón, *ADC* (2020) [47] p. 1396.
[165] Fenoy Picón, *ADC* (2020) [47] pp. 1398-1399.
[166] Lohsse «Artículo 4:107» (2018) nota 5 de p. 691.
También según Lohsse: «Como el *Code civil* [francés] –al margen de preservar la *laesio enormis* para algunas áreas– no dispone de reglas especiales, los tribunales recurren a una amplia interpretación del fraude (*dol*) extendiendo este concepto a casos donde una parte ha, a sabiendas, explotado la debilidad de la otra parte» [«Artículo 4:109» (2018) 3, p. 704].

dad de engañar se encuentra en los PECL que, recuerdo, en virtud de su artículo 4:107 (2), «[l]a actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar» (lo transcribo *supra* nota 96) [167]. En cuanto al artículo II.-7:205 (2) DCFR, y recordando de nuevo su dicción, se ordena que «[u]na declaración falsa es dolosa si se hace con el conocimiento o en la creencia de que la declaración es falsa y su finalidad es que el destinatario incurra en un error. La ocultación de información es dolosa si se hace con el propósito de inducir a la persona a la que se oculta a que cometa un error» (lo transcribo *supra* nota 97) [168]. Con la salvedad

---

[167] En el *Comment A* del artículo 4:107 PECL, titulado «[f]raude» (dolo), se explica que «[u]na parte a la cual le ha sido dada una incorrecta información por la otra parte debería tener derecho a anular el contrato, si la otra parte fue fraudulenta [dolosa], es decir/ (i) sabía que la información dada era incorrecta, o fue temerario en cuanto que sabía que no sabía si [dicha información] era correcta o no,/ y/ (ii) tuvo la intención de engañar, o fue temerario en cuanto al engaño, de la primera parte» [traducción mía; «Artículo 4:107», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 252].

Se añade que bajo las anteriores «condiciones no hay razón para proteger cualquier interés de la parte fraudulenta [dolosa] en el mantenimiento del contrato; ni [razón] para que el riesgo de ser deliberadamente o temerariamente engañado, haya de esperarse que sea soportado por una parte» (traducción mía; p. 252).

[168] a) En el *Comment D* del artículo II.-7:205 DCFR, titulado el «[f]raude [el dolo] debe ser intencional», se expone que «[e]l efecto del párrafo 2 [de este artículo II.-7:205 DCFR] es que la falsa representación o la no revelación [no información] es fraudulenta [dolosa] si fue hecha con la intención de engañar –esto es, para causar a la otra parte que cometa un error. Esto está en conformidad con la definición de fraudulento [de doloso] para otros propósitos de las reglas modelo. No hay fraude [dolo], sin embargo, si se omite señalar algún hecho, el cual es ignorado por la otra parte si no había intención de engaño» [«Artículo II-7:205», VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) p. 493; traducción mía].

Y en el *Comment F,* titulado «no-revelación» (no información), se indica que «[a] una parte no debería normalmente permitírsele permanecer en silencio, con la deliberada intención de engañar a la otra parte sobre algún punto, el cual podría influir en la decisión de la otra parte sobre si, o no, celebra el contrato. Salvo que haya una buena razón para permitir que la parte permanezca en silencio, el silencio es incompatible con la buena fe y dará derecho a la otra parte para anular el contrato bajo este Artículo [II.-7:205 DCFR]» (traducción mía; p. 494). Además, «[f]recuentemente una parte a quien un hecho fundamental no le ha sido revelado tendrá derecho a anular el contrato por error. Puede también haber un derecho a daños [a la indemnización de daños]. Por otro lado, no hay un deber general de señalar a la otra parte posibles hechos desventajosos, aún así una parte no debería normalmente tener derecho a mantenerse en silencio con la intención de engañar a la otra parte» (traducción mía; p. 494).

b) Sobre el dolo del artículo II.-7:205 DCFR, BOSCH CAPDEVILA destaca que este da lugar a un error del contratante y se diferencie del error del artículo II.-7:201 DCFR. Dice:

«El artículo II.-7:205 regula los requisitos necesarios para poder anular un contrato por dolo. El dolo supone un engaño de una de las partes del contrato a la otra. La víctima incurre en un error provocado por el otro contratante, error que le lleva a celebrar el contrato en unos términos que, si no fuese por el engaño, probablemente no habría aceptado. Dado que en el error vicio regulado por el artículo II.-7:201 la equivocación también puede venir ocasionada por la otra parte, es preciso en primer lugar distinguir el error del dolo. El artículo II.-7:205 caracteriza al dolo porque la declaración engañosa se hace con la finalidad de que "el destinatario incurra en un error". Existe un elemento subjetivo, consistente en la intención de engañar. En cambio, en el error, si bien puede también haber sido causado por una declaración de la otra parte contratante, no se exige la voluntad de engañar, sino que el declarante puede desconocer la inexactitud de la información suministrada.

Más borrosa es la frontera entre uno y otro cuando el error o el dolo se causan por el silencio del otro contratante. Respecto al error, el apartado (2) del artículo II.-7:201 habla de permitir "que el contrato fuese celebrado con error sin advertir a la víctima del error, de manera contraria a la buena fe y al principio de honradez en los tratos", mientras que el apartado (1) del artículo II.-7:205 entiende que hay dolo cuando se oculta "dolosamente alguna información que conforme a la buena fe o a la honradez en los tratos

del añadido «o temerariamente en cuanto a su condición de verdadera o falsa», similar tenor normativo al artículo II.-7:205 (2) DCFR se encuentra en el artículo 49.2 CESL (que transcribo *supra* nota 79) [169]. Por último, bajo el título de «el dolo como un caso especial de error causado» [170], Lohsse explica que «las reglas modelo [PECL, DCFR, CESL] […] han optado por un acercamiento uniforme para el error y el fraude [el dolo]. Esta uniformidad tiene su fundamento conceptual en el acercamiento de las reglas modelo al derecho a anular por error. Considerando que este derecho [a anular] se basa, en principio, en la causación

---

[…] le hubiera debido revelar", aclarando el apartado siguiente [del artículo II-7:205 DCFR] que "la ocultación de información es dolosa si se pretende inducir a la persona a la que se oculta a que cometa un error". La referencia a la buena fe y al principio de honradez en los tratos se da en ambos casos [error y dolo]. La sutil distinción podría estar en que la "ocultación de información" es maliciosa en el dolo, mientras que en el error simplemente no se advierte a la víctima de su error, por descuido o negligencia, pero sin malicia. En cualquier caso, se puede apreciar, como decíamos [Bosch Capdevila], que los límites entre una y otra figura son, en algunos casos, francamente difusos. Además, el hecho de que, para que un contrato se pueda anular por error, se atienda no solamente al conocimiento equivocado de la víctima, sino también a los hechos y circunstancias de la otra parte (véase el punto b) del apartado 1) del artículo II.-7:201), acerca el error al dolo» [«II.-7:205» (2012) p. 482; *vid.* hasta p. 483].

[169] En lo que interesa, según Pfeiffer, que comenta el artículo 49 CESL:

a) «El fraude [dolo] resulta, en sí, mismo un defecto del consentimiento el cual constituye base suficiente para la anulación del contrato. […]. Es propósito del artículo 49 proteger a las partes contra el engaño fraudulento [doloso] para celebrar el contrato. Indirectamente, el artículo 49 también significa volver al dolo no atractivo como método de negocio y mercadotecnia» (2, pp. 265-266).

b) «La definición del término fraudulento [doloso] incluye aquella conducta que pretende inducir a error. Si acaso, el artículo 49 se refiere al artículo 48. Sin embargo, el artículo 49 no declara expresamente que, de hecho, el fraude [dolo] tiene por resultado un error, por lo que puede ser dudoso si un error propiamente dicho es necesario. Sin embargo, sin error, el fraude [dolo] difícilmente puede ser la causa de la celebración del contrato por parte de la víctima del fraude [dolo]» (3, p. 266).

c) «La falsa representación tiene que ser fraudulenta [dolosa]. Este es el caso si dos requisitos subjetivos son reunidos. El primero se refiere al conocimiento de la parte fraudulenta [dolosa]. En orden a actuar fraudulentamente [dolosamente], una parte ha de tener un conocimiento positivo de que la declaración es falsa o se ha actuado temerariamente en relación con la exactitud de los hechos. Una parte es temeraria si hace una declaración y no tiene cuidado sobre su exactitud, en particular si es o debe ser consciente que no tiene una base fiable para la declaración (una parte declara circunstancias de las que no tiene personal conocimiento, el caso de un "disparo en la oscuridad"). La mera negligencia o la crasa negligencia no es suficiente. El artículo 49 no se dirige expresamente al problema de si, bajo excepcionales circunstancias, una deliberada falsa representación puede estar justificada, en particular si la parte responde a una cuestión la cual es legalmente inadmisible –el problema del denominado *"derecho a mentir"* [esta cursiva, negrita en el original]–. Sin embargo, esta laguna no significa que tal "derecho" no pueda ser reconocido bajo el artículo 49, si otra regla legal aplicable lo dispone. Segundo, el fraude [dolo] requiere que una parte tenga la intención de inducir al receptor a tener un error en el sentido del artículo 48 [que regula el error]. Aunque la redacción no es clara a este respecto, la temeridad con relación a tal efecto ha sido aceptada a este respecto como un equivalente de la intención» (16, pp. 268-269).

d) «La no revelación [de información] tiene que ser *fraudulenta* [esta cursiva, del original]: la parte obligada debe tener la intención de inducir a un error a la otra parte o a mantener o reforzar un error ya hecho» (28, p. 271). Todas las anteriores citas de «Artículo 49» (2012) y traducción mía.

Por otro lado, Pfeiffer informa que el «art. 49 es tomado del *artículo II.-7:205 DCFR* [esta cursiva, negrita en el original]. Aparte de una leve diferencia en la enumeración de criterios en el párrafo 3, el contenido de estas disposiciones es idéntico. El artículo II.-7:205 DCFR se deriva del artículo 4:107 PECL con un insignificante cambio de redacción solo» (10, p. 267).

[170] Es el título de un apartado; Lohsse «Artículo 4:107» (2018) 3, p. 691; traducción mía.

> del error por la otra parte, el error y el fraude [dolo] se diferencian principalmente desde el punto de vista del grado de culpa del otro contratante: la inocente y la negligente causación del error desencadenan un derecho a anular por error, mientras que la causación fraudulenta [por dolo] del error da lugar a la anulación por fraude [dolo]» [171].
>
> [C.2] Por lo que respecta a los Principios UNIDROIT 2016, su artículo 3.2.5 solo dispone, recuerdo su redacción, que «[u]na parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial» (lo transcribo *supra* nota 99). Es esta una norma similar a la de los antes referidos artículos 4:107 (1) PECL, II.-7:205 (1) DCFR y 49.1 CESL, en el anterior [C.1]. En el comentario oficial del artículo 3.2.5 Principios UNIDROIT 2016 se aclara que el dolo supone un error de su víctima [172].

b) En cuanto a la tesis amplia del dolo, se entiende que este incluye el antes señalado supuesto de error provocado (así como el del error mantenido de antes) de la tesis estricta (o restringida) del dolo, y además los (genéricos y en ocasiones imprecisos) supuestos de influencia indebida o de abuso de posición/de situación (relación de dependencia/confianza, situación de peligro/de necesidad, ignorancia/inexperiencia, etc.), en los que hubo un comportamiento desleal (inducción, persuasión, presión o/y aprovechamiento); esto es, existió un comportamiento contrario a la buena fe, lográndose captar el consentimiento contractual del contratante que padeció (estuvo en) aquellas situaciones (y, la formación de su consentimiento contractual adoleció de problemas de consciencia/conocimiento o/y de libertad). Dentro de la concepción amplia del dolo (con mayores o menores precisiones, matices) pueden incluirse, por ejemplo, a De Castro y Bravo, Morales Moreno, Llobet

---

[171] Lohsse «Artículo 4:107» (2018) 3, p. 691; traducción mía.

[172] a) Según el comentario 1, titulado «Dolo y error», «[l]a anulación de un contrato por dolo guarda alguna semejanza con la nulidad por cierta clase de error. El dolo puede ser considerado un supuesto de error causado por la otra parte. El dolo, como el error, puede incluir manifestaciones, expresas o tácitas, de hechos falsos u ocultamiento de hechos ciertos» (p. 117).

b) Según el comentario 2, titulado «Concepto de dolo», «[l]a distinción más importante entre el dolo y el error radica en la naturaleza y fin de las maniobras u ocultamientos de la parte que comete el dolo. La víctima del dolo se encuentra habilitada para anular el contrato en base a las manifestaciones "dolosas" o al ocultamiento de hechos relevantes. Dicha conducta es dolosa al pretender inducir a error a la otra parte [para] obtener, por ello, cierta ventaja en detrimento de dicha parte. El carácter reprochable de la conducta dolosa es razón suficiente para anular el contrato, sin necesidad de que concurran los requisitos adicionales establecidos en el Artículo 3.2.2 para que el error se considere determinante.

Las meras exageraciones típicas de la propaganda o negociaciones no son suficientes para configurar un supuesto de dolo» (p. 117).

Las citas de «Artículo 3.2.5», UNIDROIT (2018).

I Aguado, Díez-Picazo y Ponce de León (este último, de modo más matizado) y M. J. Marín López [173].

[A] *La explicación y argumentación de De Castro y Bravo en su defensa de la tesis amplia del dolo*

A modo de mero y relevante exponente de la tesis amplia del dolo, De Castro y Bravo explica que, «"examinando con atención las decisiones de los tribunales, antiguas y modernas", se advierte "que se consideran viciados por dolo negocios jurídicos en los que no hubo error, sino indebida influencia sobre la voluntad de quien declara" […], el tenor del artículo 1269 CC "no requiere que se limite el dolo a las maquinaciones que produzcan error; pues el mismo calificativo que se les ha puesto, "insidiosas", antes alude a las emboscadas ("in-sidire"), con sus implicaciones de peligros e intimidación, que al mismo engaño". "[D]e la manera como en el antiguo Derecho se usara la "exceptio dolis generalis", "[s]e ha hecho posible atender debidamente a la mala fe en la conclusión de los contratos y, así, considerar anulables contratos que no eran impugnables por error, violencia o temor, pero que, eso sí, se habían consentido en virtud de un maquinación inductora de error (sin los requisitos del artículo 1266) o que provoca o aprovecha una situación de temor o de falta de libertad (sin las notas del artículo 1267)" […] el dolo sirve "para potenciar aquellos [vicios del consentimiento] que, por sí mismos, no producirían la anulación del contrato"» [174].

Sobre el temor ambiental, «De Castro y Bravo apunta [que] la exigencia del carácter determinante de la intimidación "se ha tenido en cuenta por los tribunales para rechazar las muchas peticiones de anulación de los contratos realizados en un ambiente inconcreto de temores (guerra civil), y respecto de los que no se había probado la existencia de una intimidación dirigida a la celebración directa y concreta del contrato impugnado […]. En otras sentencias, sin embargo, se ha tenido en cuenta la existencia de una "situación de terror", dado el "ambiente revolucionario", para la anulación de los contratos. Estas decisiones no parece que deba entenderse que significan el abandono de la doctrina antes referida. Más que a la intimidación, atienden a la conducta dolosa (art. 1269) de quien "se propuso aprovechar, para obtener ventajas injustas, el temor insuperable que racionalmente pensando había de producir en el espíritu del denunciante" […]» (cursiva del original) [175].

Por último, sobre el estado de peligro o necesidad, «De Castro y Bravo apunta que, *"[s]iguiendo la dirección romanista, no se considera impugnable el contrato celebrado en estado de peligro o de necesidad, aunque éste suponga una situación de grave temor; por ejemplo, contrato de servicios o de donación remuneratoria, para ser liberado de bandidos, extraído de un pozo, ocultado en un momento de persecución*. Tan solo en el Derecho marítimo existe una disposición al respecto. […] *Ello no obstante, será posible impugnar los otros contra-*

[173] Fenoy Picón (2023) [18] pp. 90-105 y nota 236, c) de p. 133.
[174] Fenoy Picón (2023) [18] pp. 90-92.
[175] Fenoy Picón (2023) [18] [A.1] a) p. 92.

tos celebrados en estado de peligro o necesidad si hubiera dolo (art. 1269) o ilicitud en la causa (art. 1275)» (cursiva del original) [176].

[18] Una vez que he expuesto en el anterior [17] las dos tesis sobre el dolo, puede concluirse, lo que resulta sin más evidente, que la tesis amplia del dolo sobre el artículo 1269 CC abarca mayor número de supuestos que la tesis estricta sobre el dolo del artículo 1269 CC. Por ejemplo, la donante, que creía que iba a la notaría a donar una finca a su hijo y se encuentra sorpresivamente que donaba varias fincas al mismo y además a dos nietos, cede (dona) por la presión de la situación, presión que no llega a la amenaza, y además no sufrió un error sobre el contenido de su donación; con la tesis amplia del dolo, que no con la tesis estricta (o restringida) del dolo, la donante podrá anular la donación [177].

Ahora bien, para esos otros casos que la tesis estricta del dolo no alcanza con su noción y bajo el presupuesto de considerar que el contratante que pade-

---

[176] Fenoy Picón (2023) [18] [A.1] b) pp. 93-94.

[177] a) El referido en el cuerpo del texto es el caso de la *STS, 1.ª, 28.09.2011 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller)* en donde, en mi opinión, hubo «un puro caso de captación de voluntad» [Fenoy Picón (2023) [23] p. 140] y el Tribunal Supremo aplicó la tesis amplia del dolo.

Los hechos de dicha *STS, 1.ª, 28.09.2011* expuestos más detenidamente son:

«En esencia, la donante (Enriqueta), de avanzada edad, pensaba, cuando iba a la notaría, que donaría solo un inmueble a su hijo (Remigio), encontrándose en la notaria que donaba varios inmuebles (diversos pisos y un local) y asismismo donaba a dos nietos suyos (Rómulo y Segismundo) presentes también en la notaría. Remigio se había encargado de la preparación de las escrituras públicas de donación y ante la sorpresa y presión por la situación, Enriqueta consiente a las donaciones. Enriqueta demanda a Remigio y a Rómulo y Segismundo y pide la nulidad de las donaciones por error, y por dolo de Remigio; también demanda a Juan María y Magdalena como posteriores adquirentes de uno de los inmuebles donados a su hijo, por considerar que no fueron terceros de buena fe. En primera instancia se estima en parte la demanda y se declaran nulas las donaciones por dolo. En segunda instancia se considera que no hubo dolo de Remigio (se viene a apuntar a la tesis estricta del dolo, entre otros razonamientos) y se desestima la demanda de Enriqueta, absolviéndose a Remigio, Rómulo y Segismundo. Enriqueta recurre en casación y alega haber padecido dolo. El Tribunal Supremo considera que sí lo hubo y casa (y confirma la sentencia de primera instancia)» (p. 147, *vid.* hasta p. 150).

b) Minero Alejandre comenta la anterior sentencia «y en su comentario, sucesivamente, desgrana y analiza si el caso encaja en el error, en la intimidación, en la violencia, o en el dolo» y «*considera que encaja en el dolo y no en los otros vicios del consentimiento*» (cursiva del original; [23] [D.4] p. 150). Para Minero Alejandre, «"el presente caso […] [de la *STS, 1.ª, 28.09.2011*] es uno de esos ejemplos en los que el dolo existe con independencia del error –que no se aprecia, […], o que se aprecia en su grado de inexcusable o negligente–"» (p. 152, *vid.* hasta p. 153; en pp. 150-152, se ocupa del error, de la intimidación, y de la violencia, los cuales, ya he dicho, descarta para el caso del que conoce).

El anterior comentario de sentencia de Minero Alejandre es un ejemplo en el que, conociéndose de un caso en el que hubo un comportamiento contrario a la buena fe, un comportamiento desleal, por parte de uno de los donatarios (Remigio, el hijo de Enriqueta), aparecen dificultades a la hora de calificarlo en alguno de los tradicionales vicios del consentimiento del error, dolo, violencia, intimidación, si estos se interpretan estrictamente, algo que también sucede en otros derechos. Los *derogados* derechos francés y belga ilustran esto que indico como expongo *infra,* en el cuerpo del texto, en este [18] a) [A] y [B], en los que se intentó el encaje del estado de necesidad en la violencia. Otro ejemplo, ahora dentro del ámbito latinoamericano y para la ventaja injusta, es el derecho chileno, del que doy cuenta en la nota inmediatamente siguiente.

ció el problema merece ser protegido, puede intentar dárseles una solución acudiendo a otras vías jurídicas.

a) En ese sentido, una posible vía alternativa de solución al dolo consiste en acudir a otros vicios del consentimiento [178]. Por ejemplo, se ha propuesto acudir

[178] a) Conectando con la última frase de la nota inmediatamente anterior, De La Maza Gazmuri/López Díaz exploran los vicios del consentimiento del Código civil chileno para constatar si estos pueden, o no, ofrecer una solución al supuesto de la ventaja injusta y, si pueden ofrecerla, en qué medida. Dicen: «ofrecemos [De La Maza Gazmuri/López Díaz] otro dispositivo que no ha sido considerado por los autores y autoras nacionales: los vicios del consentimiento» [*Revista Chilena de Derecho* (2023) p. 31; *vid.* además p. 43]. Con ello, pretenden «contribuir al examen acerca de si resulta posible acogerla [a la ventaja injusta] en el derecho común de los contratos sin modificaciones legales», y «[s]e trata de un desafío relevante en ordenamientos jurídicos como el nuestro [el derecho chileno] en que ella [la ventaja injusta] no se contempla y en que no se avizora, al menos en el corto plazo, una reforma legal del Código Civil destinada a incorporarla» (p. 31).

Los supuestos en los que De La Maza Gazmuri/López Díaz se centran son los de: «una *apremiante necesidad de contratar* (así, la venta por imperiosa necesidad de dinero y la contratación de un servicio por una necesidad urgente)», «una *cierta ignorancia* (así la compra con inexperiencia, confianza o ignorancia y el aprovechamiento de inferioridad cultural en los pactos prematrimoniales)», y la «*dependencia emocional»* (de esta manera las donaciones despropocionadas y la constitución de garantías)» (p. 48). Pues bien, según De La Maza Gazmuri/López Díaz:

a.1) En relacion con el error (arts. 1453 a 1455 CCCh), para el grupo de la *«necesidad apremiante»*, consideran que «el error no tendría utilidad», ya que «lo definitorio de este grupo es tal necesidad apremiante, no la ignorancia de ciertos aspectos de la realidad»; «[l]a voluntad de quien contrató no se encuentra constreñida por la falta de información relevante, sino que por una necesidad que debe satisfacerse impostergablemente» (p. 49).

Para la «*dependencia emocional»* sucede lo mismo, «no es un problema de ignorancia» y «por lo mismo se encuentra más allá del campo de aplicación del error» (p. 49).

Para el grupo de «*la ignorancia»*, este «se acomoda, en principio al menos, a la fisonomía del error», pero ha de tratarse de los errores «considerados entre los artículos 1453 a 1455 [CCCh]». Además, al incluirse en este grupo de la ignorancia a «*la falta de experiencia y* [a] *la confianza»,* ha de atenderse «al requisito de la *excusabilidad del error»* y, «[s]i se considera la excusabilidad» «como requisito relativo a la *diligencia* que debe emplearse en los propios negocios», «la falta de experiencia y la confianza excesiva parecen encontrar fácil acomodo como ejemplos de inexcusabilidad [del error]» (p. 49). En cambio, si se considera la excusabilidad con «un enfoque más relacional, considerándola como un dispositivo para *distribuir el riesgo de la información defectuosa* que pondera comparativamente la conducta de las partes», «la falta de experiencia o la confianza excesiva no necesariamente determinan la inexcusabilidad del error», pero «exigen preguntarse si la otra parte debía proteger a quien padecía de inexperiencia o había confiado excesivamente» (p. 49).

a.2) En relación con el dolo, consideran De La Maza Gazmuri/López Díaz, que para «la *necesidad apremiante de contratar* si se asume que el dolo es una inducción al error, la única posibilidad sería que tal necesidad fuera un error al que indujo el otro contratante. Si no es así, lo que habría de calificar como doloso sería el *aprovechamiento* de la necesidad apremiante. Sin embargo, tratándose de la ventaja injusta [...], la discusión acerca del aprovechamiento enseña que por éste se entiende el simple conocimiento de la situación de necesidad apremiante. Como resulta evidente, ese conocimiento no puede estimarse como una maquinación. Queda […] la cuestión del *dolo por omisión*, pero, en ese caso, la omisión consiste en no informar, de manera que tampoco procedería. En nuestra opinión [De La Maza Gazmuri/López Díaz], […], salvo que se induzca a error sobre la existencia de la necesidad apremiante, no resulta posible acudir a la disciplina del dolo» (p. 50).

Para «la *dependencia emocional,* esta no ha sido creada por uno de los contratantes para lograr la voluntad de otro, en cuyo caso podría configurar un supuesto de dolo vicio del consentimiento, siempre y cuando se aceptara una noción de dolo *más amplia* de la que parece aceptarse en Chile. En este sentido

a la violencia del artículo 1267. I CC, que permite la anulación del contrato, enten-

---

Federico de Castro [del que por mi parte he dado cuenta *supra* [17] b) [A]] sugirió que el alcance de la expresión no se limita a la provocación del engaño, sino que alcanza a otras maniobras ilícitas destinadas a *capturar la voluntad negocial*. Pero, si el caso es que la dependencia no se ha creado con ese fin, […], no existe una maquinación fraudulenta. Sin embargo, respecto del dolo por omisión las cosas pueden cambiar […] existe *dolo por omisión* cuando, deliberadamente, con la intención, de que se manifieste una voluntad negocial, se omite la entrega de información que la ley o el principio general de la buena fe exigen suministrar. Pues bien, uno de los criterios que se emplea para justificar deberes de información precontractual derivados de la buena fe es la existencia de una *relación de confianza.* Si se asume que la dependencia emocional se da en una situación en la que existe una relación de confianza entre las partes, entonces habrá que preguntarse si aquella que se beneficia del desequilibrio debía informárselo a la otra. Nuestra respuesta [De La Maza Gazmuri/López Díaz] es, al menos en general, sí. En la medida en que exista la confianza, existe una *expectativa legítima* de que la otra parte comunique [que] el contrato que se está celebrando es ruinoso para quien lo padece y extremadamente beneficioso para la parte que calla» (pp. 50-51).

Para «la *ignorancia* […]. Si la ignorancia fue provocada por quien se va a beneficiar de la ventaja injusta, […] la situación encaja perfectamente con la definición de dolo aceptada en Chile. Si […] se trata de dolo por omisión, la pregunta es si existía un deber de informar que se infringió deliberadamente. La respuesta a esta pregunta puede resultar más o menos *compleja* según si es que el deber de informar se encuentra tipificado o en la ley o, […], hay que extraerlo de las exigencias que impone a las partes el principio general de buena fe mientras negocian un contrato. Si se trata de un deber legal […] la solución es sencilla, pero, si deriva de las exigencias de la buena fe […], resulta necesario mostrar que la buena fe, en ese caso particular, imponía tal deber» (p. 51).

a.3) En relación con la fuerza, apuntan De La Maza Gazmuri/López Díaz que, para «la *necesidad apremiante de contratar,* parece evidente que si ella se explica por la amenaza que la otra parte o un tercero ha formulado a quien manifiesta su voluntad con la intención de inducirlo a contratar, existirá un supuesto de fuerza como vicio del consentimiento. ¿Qué sucede […] si la presión no proviene de la amenaza de personas? A propósito del origen de la fuerza, se ha planteado en Chile la cuestión del *estado de necesidad*. […] en el derecho francés, aun antes de la modificación de 2016 –y con el mismo tono del artículo 1457 [CCCh], es decir, la aparente exigencia de que la fuerza haya sido empleada por otra persona– se había fallado que el estado de necesidad recibía su adecuado encaje en la disciplina de la *fuerza.* En el ámbito nacional, recuerda Domínguez, esa solución fue defendida por Ducci y señala que el tenor de dicho artículo no impide aplicar la disciplina de la fuerza a este tipo de casos pues/ «(…) la regla no hace referencia a que sea requisito de la fuerza que provenga solo de un acto humano. […] [esto en caja y letra más pequeña en el original]/ Se trata, sin duda, de un argumento ingenioso, sin embargo, podría resultar algo desaprensivo con la historia de la regla que instancia el precepto pues, como ha notado De Castro respecto al Código Civil español, en el derecho romano "no se considera impugnable el contrato celebrado en estado de peligro o de necesidad aunque éste suponga una situación de grave temor" [sobre esto y por mi parte, *supra* [17] b) [A]]./ Por otra parte, aun si se acepta la asimilación, debe hacerse con cuidado, pues como previenen Flour, Aubert y Savaux [para estos autores, en este [18] a), siguiente [A.1] del cuerpo del texto]:/ «la asimilación del estado de necesidad a la violencia debe considerarse la regla general, pero sólo si el otro contratante se aprovechó de esas circunstancias para pactar condiciones abusivamente favorables a él» [esto en caja y letra más pequeña en el original]./ Domínguez aconseja otra cautela: […]/ «la aceptación de la presión de circunstancias económicas como situación asimilable a la fuerza no puede hacerse sino con precaución puesto que (…) no se puede impedir a los débiles que contraten con los fuertes [esto en caja y letra más pequeña en el original]» (pp. 51-52).

Para «la *dependencia emocional,* ella parece lejana a la amenaza de un mal grave, sin embargo, podría asumirse que el mal que se percibe como grave consiste en desagradar a la persona respecto en quien se confía. El problema con esa maniobra es que, aun cuando resulte pausible considerar eso como un mal grave, al hacerlo lleva en dirección al *temor reverencial,* siempre que se trate de una persona a quien se debe sumisión y respeto, y habrá que advertir que el legislador ha estimado que, con independencia de la impresión que produzca en quien declara la voluntad, el temor reverencial *no vicia el consentimiento»* (art. 1456. II CCCh), por lo que, «por intenso que sea dicho temor, no basta para viciar el consentimiento» (p. 53). Además, «respecto del temor reverencial, Domínguez ha señalado que su exclusión determinaría la improcedencia de la influencia indebida en el ámbito nacional [chileno]» (p. 53).

diéndose que en su regulación no se requiere que la violencia proceda de una concreta persona (del cocontratante o del tercero; artículo 1268 CC) y admitiéndo-

---

Y para *«la ignorancia,* claramente se encuentra más allá del alcance de la fuerza como vicio del consentimiento» (p. 53). Todas las cursivas del original.

b) Y, situándose fuera de los vicios del consentimiento, De La Maza Gazmuri/López Díaz recuerdan y explican en qué consisten otras vías, exploradas por la doctrina de los autores, para acoger a la ventaja injusta. Sintetizando su exposición, De La Maza Gazmuri/López Díaz se refieren a: la interrelación con la lesión enorme (López Díaz), con la nulidad como causa de ineficacia (Jarufe); fuerza económica y abuso de la posición de debilidad de la otra parte (Barros), contrariedad a las buenas costumbres (Schopf); extrapolación del modelo de vinculación contractual del derecho del consumo al Código civil chileno, ampliando la protección a la parte débil más allá del consumidor (Momberg); justificación de la tutela del contratante débil desde una moderna lectura de la confianza legítima y equilibrio contractual (Munita); y contravención con la buena fe, orden público y buenas costumbres (objeto ilícito) (Campos) (pp. 44-45; *vid.* hasta p. 46).

c) Para el contrato celebrado en estado de necesidad y el derecho chileno, Ugarte Godoy expone los *«autores contrarios a considerar que puede constituir vicio de fuerza el estado de necesidad»* y sus respectivas explicaciones (Claro Solar, Alessandri, Víctor Vial, Hernán Corral, Rodrigo Barcia, y Alessandri Bresa) [cursiva del original; (2024) 513, pp. 190-192] y los *«autores partidarios de admitir que el estado de necesidad puede constituir el vicio de fuerza»* y sus explicaciones (Ramón Domínguez Águila, Carlos Ducci) (cursiva del original; 514, p. 192).

Para Ugarte Godoy, «[d]ecidamente afirmamos que la fuerza derivada del estado de necesidad, aprovechado por quien presta auxilio, vicia el consentimiento» (p. 192). Explica: «[…] si la intimidación es causada por la contraparte o un tercero con el propósito de arrancar el consentimiento, y el acto o contrato resulta perjudicial para la víctima, ella, en vista de la injusticia cometida, tiene derecho a la anulación o rescisión de él.

[…] Estimamos [Ugarte Godoy] que yerran al dejarlos de lado Josserand en Francia y Carlos Ducci entre nosotros, que piensan que la fuerza puede provenir simplemente de las circunstancias, no siendo necesario que sea obra de la contraparte o del beneficiario o de un tercero, y ejercida con el propósito preciso de arrancar el consentimiento […].

Pero por otra parte, la explotación del estado de necesidad que aflige a alguien para obtener ventajas exorbitantes, enormemente desmedidas, no puede ser aceptada por el derecho, es repudiada por el sentir general, y si el derecho no pudiera remediarla serviría de bien poco. Hay que encontrar entonces los argumentos que, partiendo de las expresadas premisas, que son conceptualmente inamovibles, demuestren que si se da el vicio de fuerza, fuerza que ejerce el que quiere sacar provecho de la debilidad ajena.

La solución que proponemos [Ugarte Godoy] es ésta: hay un abuso o ejercicio abusivo del derecho de no prestar auxilio: quien puede proporcionarlo, el posible salvador, no está obligado a ello: tiene el derecho de omitirlo, salvo que se trate de casos en que la ley excepcionalmente obligue a socorrer al prójimo. Pero no puede amenazar con el ejercicio de ese derecho, o comenzar a ejercerlo, como medio para obtener una ventaja indebida: indebida en la parte en que la compensación que se hace prometer es evidemente exorbitante.

En realidad, se trata de un caso de ejercicio abusivo de un derecho como constitutivo de violencia […].

Con esta explicación, la intimidación producida por el estado de necesidad de que tratamos cumple, nos parece [Ugarte Godoy], con los requisitos legales del vicio de fuerza, pues proviene de la contraparte en el contrato de salvamento, que la produce con el preciso fin de obtener el consentimiento, y es injusta: contraria a las buenas costumbres, *adversus bonos mores,* como se dice en el Digesto […]» (515 pp. 193-194).

Y «[e]n cuanto a la subsistencia de la parte no excesiva de la compensación pactada, no obstante la anulación por violencia, que algunos autores ven como ilógica, o que se funda en el principio que condena el enriquecimiento sin causa, nosotros [Ugarte Godoy] pensamos que la explicación es muy sencilla: se trata de una nulidad parcial, como la que tiene lugar en el mutuo con intereses usurarios, en que sólo se anula el contrato en cuanto el interés excede del límite legal (art. 2206 del Código Civil): aquí no hay un límite legal taxativo, pero sí el impuesto por el carácter conmutativo del contrato, que se establecerá prudencialmente en cada caso» (515, p. 194).

se la violencia con origen en hechos externos, con lo que los denominados contratos celebrados en estado de peligro/de necesidad podrán incluirse en aquel artículo 1267. I CC. Esto lo han defendido Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy/Bosch Capdevila [179], y anteriormente Bosch Capdevila [180] (y en los *derogados* derecho francés y belga también se ha acudido a la violencia, como explico en las siguientes [A] y [B] respectivamente [181]). Por supuesto, otros autores niegan la posibilidad de acudir a la violencia o a la intimidación para solucionar los contratos celebrados en estado de peligro/de necesidad (así, Rogel Vide, Carrasco Perera) [182].

---

[179] En 2023, explicaba para los citados Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy/Bosch Capdevila:

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

Por otro lado, Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Capdevila recuerdan que «[l]os contratos concluidos en una situación de necesidad pueden anularse, en muchos ordenamientos jurídicos, acudiendo al concepto de explotación injusta, recogido en las propuestas armonizadoras del Derecho de contratos (arts. 4:109 PECL, II.-7:207 DCFR […], 51 CESL [que transcribo *infra* notas 396, 435 y 437 respectivamente]), y en el artículo 621-45 CCCat (se trata en este caso de un supuesto de rescisión del contrato [que transcribo *supra* [3] c) [A.1]). Ahora bien, "[e]n el Código Civil español, *el concepto que hemos propuesto* [Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy/Bosch Capdevila] *de violencia, junto a la interpretación inspirada en la realidad social actual (art. 3.1 CCEsp) –léanse las propuestas armonizadoras del Derecho contractual–* puede permitir anular un contrato en el que la amenaza *constituya una 'fuerza irresistible' aunque tal amenaza no haya sido provocada ni por el otro contratante ni por un tercero, y aunque no recaiga sobre la persona o el patrimonio del contratante que sufre el vicio, o de su cónyuge, ascendientes o descendientes. Lo esencial y lo que caracteriza a la violencia es la 'fuerza irresistible', con independencia de quien amenace o sufra el mal con el que se amenaza"* (cursiva mía)». Fenoy Picón (2023) pp. 99-100; *vid.* las correspondientes notas a pie de página.

[180] La tesis, que expongo en la nota inmediatamente anterior a esta para Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy/Bosch Capdevila, la defendía en 2019, Bosch Capdevila [Fenoy Picón, nota 165 b) y c) de pp. 100-101].

[181] Adelanto y advierto que para el *vigente* derecho francés y para el estado de necesidad, Deshayes/Genicon/Laithier consideran que este no encaja en el vicio de violencia [en este [18] b), *infra* [B] d.2) y nota 220]; y para el vigente derecho belga, el estado de necesidad encaja en el nuevo vicio del consentimiento del abuso de circunstancias del artículo 5.37 CCB [en este [18] b), *infra* [C.2] c.2) y d)].

[182] a) Rogel Vide considera no aplicable la violencia a los contratos celebrados en estado de peligro y a los celebrados bajo terror ambiental [Fenoy Picón (2023) [18] [A.4] pp. 101-102]; en cambio, *«sobre «la privación o limitación de libertad, que existen, aun no propiciadas por el contratante, quien, sin embargo, se aprovecha de ellas»* (cursiva del original), Rogel Vide admite la aplicación de la violencia (pp. 102-103).

[A] *El ejemplo del derogado derecho francés: la violencia y el estado de necesidad*

[A.1] En 2014, Flour/Aubert/Savaux plantean si puede considerarse «causa de nulidad la coacción que, fuera de toda acción humana, resulta a veces de los solos eventos», dado que «hay casos donde, sin ser amenazado por alguien, una persona no puede no contratar» [183]. Se piensa en el estado de necesidad, siendo el ejemplo típico la asistencia marítima: «un capitán de buque está obligado a aceptar […] la ayuda que le trae el capitán del buque de salvamento, y esto sin tener la posibilidad de discutir las condiciones. ¿No debe decirse [preguntan Flour/Aubert/Savaux] que el consentimiento se encuentra entonces viciado, como lo es por una violencia entendida [esta en] *strictu sensu,* y por la misma razón: es decir, ausencia de haber sido libre?» [184].

Y responden: «[a]unque el artículo 1111 [185], que solo se refiere a las actuaciones del cocontratante o de un tercero, parece exigir que la violencia sea un actuar humano, la asimilación de las dos situaciones es hoy defendida por algunos autores; y la» *Cour de cassation*, después de haberlo antes «consagrado de modo formal en materia de asistencia marítima» [«Req. 27 avr. 1887»], «ha aprobado más recientemente la anulación, por violencia moral, de un contrato de trabajo desventajoso, que el trabajador había concluido bajo la influencia de apremiantes necesidades de dinero, debido a la enfermedad de un hijo ["Soc. 5 jull. 1965"]. La solución no es contraria al artículo 1109 [186] que apunta al consentimiento "arrancado" ["extorque"] por violencia: aquí, el consentimiento es arrancado bajo la presión de circunstancias que no son, sin duda, hecho del cocontrante, pero las cuales [dicho cocontratante] aprovecha. Una sentencia más reciente [continúan informando Flour/Aubert/Savaux] ha subrayado este aspecto de las cosas, excluyendo toda sanción del estado de necesidad bajo la constatación de que el cocontrante no había abusado de la situación ["Civ. 1.er, 24 mai 1989"]. Las sentencias no son, sin embargo, bastantes numerosas para que se puede decir que existe una jurisprudencia realmente fijada» [187]. Ahora bien, siguen informando Flour/Aubert/Savaux, la anterior jurisprudencia ha regresado «a la actualidad, bajo la forma de coacción (o de violencia) económica», y así, la sentencia de 30.01.2000 de la primera cámara civil de la *Cour de cassation* «ha juzgado […] a propósito de la transacción concluida por un asegurado con el asegurador a continua-

b) Carrasco Perera considera que la intimidación no acoge al contrato celebrado en estado de necesidad ([19] [A.3] pp. 115-116]).

183 Flour/Aubert/Savaux (2014) p. 229; traducción mía.

184 Flour/Aubert/Savaux (2014) p. 229; traducción mía.

185 a) Artículo 1111 aCCF: «La violencia ejercida contra aquel que ha contratado la obligación es causa de nulidad, incluso si ella ha sido ejercida por un tercero distinto de aquel en provecho del cual la convención ha sido hecha» (traducción mía)

b) Artículo 1111 aCCF: «La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité, encore qu'elle ait exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite».

186 a) Artículo 1109 aCCF: «No hay consentimiento válido, si el consentimiento no ha sido dado más que por error, o ha sido arrancado por violencia o sorprendido por dolo» (traducción mía).

b) Artículo 1109 aCCF: «Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol».

187 Flour/Aubert/Savaux (2014) p. 229; traducción mía.

ción del incendio de un inmueble, que "la coacción económica vuelve a atarse a la violencia ([…] causa de nulidad […]) y no a la lesión (que no es una [de ellas])". Queda todavía [advierten Flour/Aubert/Savaux] por definir las condiciones en las cuales una presión de orden económico puede constituir el vicio de violencia, en tanto que es evidente que toda circunstancia que de este orden pesa sobre un contratante no puede ser suficiente para entrañar la nulidad. Parece que el criterio se encuentra en la explotación deliberada de una tal circunstancias por el cocontrante» [188].

En cuanto a la «jurisprudencia social», dicen ahora Flour/Aubert/Savaux, «parece dispuesta a admitir más ampliamente la violencia moral respecto de los trabajadores» y en efecto, «[l]a cámara social ha […] aprobado que los» «juges de fond» «hayan anulado una ruptura convencional del contrato de trabajo consentida en una situación de violencia moral por el hecho del acoso moral y los problemas sicológicos que de ello resultaron para el empleado, sin que realmente se hubiera establecido que el acoso iba destinado a provocar la ruptura convencional y hubiera sido determinante. Esta flexibilidad puede sin duda explicarse por la sensatez, por no decir más, por el hecho del objeto de la apreciación del consentimiento del trabajador» [189].

Finalmente, concluyen estos autores: «la asimilación del estado de necesidad a la violencia debe ser planteada como una regla general, *pero solamente* [cursiva del original] cuando el cocontratante ha aprovechado las circunstancias para pactar condiciones abusivamente favorables: cuando, por ejemplo, un cirujano ha reclamado honorarios excesivos para una intervención urgente. En presencia de un contrato cuyas cláusulas siguen siendo, por el contrario, normales, se encontraría, en efecto, el equivalente de una violencia, pero de una violencia legítima. En otros términos, y tratándose de una coacción resultante de eventos, es el carácter excesivo de las obligaciones aceptadas por una de las partes que se traduce, de parte de la otra, en una manera de tratar reprensible. Aquí, el problema sicológico no es suficiente, él solo; es necesario, además, una culpa del cocontratante. De este modo, la sanción está, quizás, más en la culpa, que en el [propio] problema» [190]; «*[m]oralmente* [cursiva del original], hay una culpa, no ciertamente en contratar con alguien que no puede abstenerse de hacerlo, sino en explotar el estado de necesidad en que se encuentra el interesado» [191].

[A.2] Por su parte, Chantepie/Latina explican el tratamiento del contrato celebrado en estado de necesidad en la etapa anterior al vigente artículo 1143 CCF (para este artículo [18], *infra* b) [B]) del modo que sigue:

«La doctrina clásica, que estimaba que la violencia del Código civil debía emanar de una persona, estaba dividida en cuanto a la posibilidad de tomar en cuenta jurídicamente las situaciones de violencia contractual. Para algunos, siguiendo a Pothier, si el compromiso adquirido bajo la coacción de elementos exteriores era excesivo, el juez debía tener el poder de moderar la obligación. Otros estimaban por

[188] Flour/Aubert/Savaux (2014) p. 230; traducción mía.
[189] Flour/Aubert/Savaux (2014) p. 230; traducción mía.
[190] Flour/Aubert/Savaux (2014) pp. 230-231; traducción mía.
[191] Flour/Aubert/Savaux (2014) p. 230; traducción mía.

el contrario que, bajo el imperio del Código de Napoleón, «el juez que se permitiera [moderar la obligación] violaría abiertamente la ley del contrato [y] expondría su fallo a la censura de la» *Cour de cassation*[192]. «Demolombe pensaba […] que la convención debía ser anulada, el consentimiento de la víctima había "desaparecido en la confusión del terror o [de la] desesperación", pero el juez debía tener en cuenta, en equidad, la eventual ejecución de la convención por la otra parte para acordarle la justa remuneración de sus servicios. La jurisprudencia parecía haberlo seguido en el campo de la asistencia marítima. Víctor Hugo se había hecho eco de estas "negociaciones terribles" que podían tener lugar en plena tempestad y que no dejaban al marinero angustiado más que la opción entre la muerte y la ruina»[193]. La *Cour de cassation* «había pues podido decidir anular una convención de asistencia marítima leonina la cual un capitán no había suscrito más que para "evitar una pérdida cercana y fatal", en tanto que los jueces» «du fond», «habían aceptado compensar la anulación acordando al "salvador" una "indemnización remuneratoria del servicio prestado". Esta solución [dicen Chantepie/Latina] fue gravada en el mármol de la ley, y actualmente figura en el Código de transporte. Pero esta consagración legal de la audacia de los jueces ha paradójicamente asfixiado la innovación, transcurriendo un siglo para resurgir en el derecho común. Más allá de este campo, en efecto, la toma en consideración, en materia civil, del estado de necesidad no conocería gran éxito, hasta que la» *Cour de cassation* «acabara por admitir que la coacción económica podía ser sancionada por la vía de la violencia de los antiguos artículos 1111 [que transcribo *supra* nota 185] ss. del Código civil»[194].

[B] *El ejemplo del derogado derecho belga: la violencia y el estado de necesidad*

En 2020 y para el ahora derogado derecho belga, informaba sobre «*[l]a violencia y el estado de necesidad»,* que «[e]l antes aludido vicio de la violencia también sirve a De Page para encauzar y solucionar el *estado de necesidad*, en donde la violencia proviene de *eventos exteriores,* con un considerable campo de aplicación. Así, el contrato de asistencia marítima celebrado por la influencia del peligro y en condiciones no equitativas; si, quien fue atracado, contrata a un tercero para que le dé seguridad, habiendo coacción si la remuneración es excesiva; el médico o cirujano que contrata inmediatamente antes de la intervención una renumeración [*sic*; remuneración] anormal, o usan con el mismo fin su monopolio sobre cierto suero o tratamiento; etc. Ahora bien, el *estado de necesidad* no ha de extenderse más allá de ciertos límites. *En cuanto a su sanción,* De Page señala que el texto legal para la asistencia marítima dispone la nulidad del contrato o la modificación de sus condiciones y, para los otros casos, la nulidad es la única sanción legal. Sin embargo, la nulidad del contrato permite al otro contratante actuar con base en la gestión de negocios, o incluso en el enriquecimiento sin causa. Por ello, la jurisprudencia encuentra más oportuno reducir directamente el montante de la remuneración, procedimiento útil y práctico que De Page aprueba.

---

[192] Chantepie/Latina, «Artículo 1143» (2018) p. 292; traducción mía.
[193] Chantepie/Latina, «Artículo 1143» (2018) p. 292; traducción mía.
[194] Chantepie/Latina, «Artículo 1143» (2018) pp. 292-293; traducción mía.

En la actualidad [de cuando escribía, recuerdo, en 2020], Van Ommeslaghe señala que un caso particular de violencia resulta del *estado de necesidad,* en donde el temor del mal considerable resulta de las circunstancias (incendio, tempestad marítima) y el contratante lo aprovecha para imponer un contrato que le es ventajoso. Y para Wéry, la jurisprudencia ha tenido en cuenta la violencia derivada de las circunstancias, si el otro contratante aprovechó el temor provocado por los eventos para obtener ventajas excesivas o indebidas, si bien sus aplicaciones apenas son numerosas y esa «escasez puede deberse a la interpretación extensiva de la que son objeto el dolo y la *lésion qualifiée»* (cursiva del original) [195].

b) Otra (segunda) vía alternativa de solución con el dolo para el contrato celebrado en estado de peligro/de necesidad consiste en entender que se está ante un contrato con causa inmoral (art. 1275 CC, causa ilícita), lo que implica la calificación de contrato nulo de pleno derecho. En 1957, Albaladejo lo vino a apuntar [196]. Con posterioridad, defienden esta posible calificación, García Vicente, y Barceló Compte [197].

[A] *El derecho comparado: las distintas y variadas vías de solución*

En el derecho comparado se encuentran distintas y variadas vías de solución para lo que genéricamente vengo denominando como contratos celebrados bajo influencia indebida o con abuso de posición/de situación (relación de dependencia/confianza, situación de peligro/de necesidad, ignorancia/inexperiencia, etc.) y ya mismo es conveniente que exponga la regulación de los derechos alemán, italiano, portugués, Países Bajos, francés y belga, que son los derechos que habitualmente expongo en este trabajo y a los que en esta ocasión añado el derecho inglés (y brevemente y en notas a pie de página, el derecho de EE. UU.). Su conocimiento permite comprobar hasta dónde se ha llegado en la variedad de soluciones aplicables. Advierto que algunas de esas soluciones son desde hace poco tiempo derecho positivo (así en el derecho belga, y algo más lejano en el tiempo el derecho francés). Puede afirmarse y concluirse que existe una progresiva tendencia (evolución) a la adopción de una regulación específica para aquellos referidos contratos.

---

[195] Fenoy Picón, *ADC* (2020) [73] [B] p. 1445.

[196] a) Según Albaladejo y como apuntó en 1957: «Se suelen poner ejemplos de temor producido por acontecimientos naturales (terremoto, tempestad), que al hacer prever al sujeto un peligro, le induzcan a evitarlo, celebrando un negocio que no habría celebrado normalmente. Por ejemplo, se ofrece una elevada suma a un miembro de las fuerzas de socorro por ser puesto a salvo. Igualmente, aun en casos de acontecimientos no naturales (la suma anterior se ofrece al verse asaltado por una cuadrilla de bandoleros).

Normalmente, en estos casos no habrá intimidación, aunque ciertamente el negocio será atacable por inmoral. Sin embargo, cuando aprovechando un peligro para un sujeto, alguien que puede y debe evitarlo, *le amenaza con no hacerlo* (el mal con el que se amenaza es la no evitación), salvo que emita determinada declaración, entonces hay también intimidación)» [cursiva del original; *ADC* (1957) p. 989].

b) Pero en 2013 y en el *Derecho civil I, Introducción y parte general* de Albaladejo, actualizado por Díaz Alabart, se viene a reiterar el texto que reproduzco en la anterior a) de esta nota con algún pequeño cambio (por ejemplo, en vez de aprovechar el peligro, utiliza el peligro) y se suprime esa frase de «[n]ormalmente, en estos casos no habrá intimidación, aunque ciertamente el negocio será atacable por inmoral» [(2013) p. 563].

[197] Fenoy Picón (2023) [18] [A.2] pp. 94-99.

[B] *El derecho francés y la violencia del abuso del estado de dependencia (un subtipo de violencia)*

a) Supra [17] a) [B] y bajo el título *El particular caso del derecho francés ¿es posible admitir un dolo sin que exista error en su víctima?*, señalé que, en este derecho, se cuenta con los tres tradicionales vicios del consentimiento, el error, el dolo y la violencia (art. 1130 CCF, que transcribo *supra* nota 156).

Centrándome en el vicio de la violencia, esta se regula específicamente en los artículos 1140 a 1143 CCF. Y en este último artículo 1143 CCF es en donde se regula la violencia del abuso del estado de dependencia. En virtud del mismo, «[h]ay igualmente violencia cuando una parte, abusando del estado de dependencia en el cual se encuentra su cocontratante en relación con él, obtiene de este un compromiso [obligación; sobre el término compromiso *infra* nota 227] que el mismo [el cocontratante] no habría suscrito en ausencia de una tal coacción y obtiene [el contratante que abusa] una ventaja manifiestamente excesiva» (traducción mía; artículo 1143 CCF) [198] [199].

---

[198] a) Artículo 1143 CCF: «Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son regard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif».

b) A modo de contraste con lo dispuesto en el artículo 1143 CCF, en el *Avant-projet Catala* y en el *Avant-projet Terré relatif au contrat* se proponía:

b.1) Artículo 1114-3 *Avant-projet Catala:* «Hay igualmente violencia cuando una parte se compromete bajo el imperio de un estado de necesidad o de dependencia, si la otra parte explota esta situación de debilidad obteniendo de la convención una ventaja manifiestamente excesiva.

La situación de debilidad se aprecia de acuerdo con el conjunto de las circunstancias, teniendo en cuenta, en particular, la vulnerabilidad de la parte que la sufre, la existencia de relaciones anteriores entre las partes o su desigualdad económica» (traducción mía).

Artículo 1114-3 *Avant-projet Catala*: «Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un advantage manifestement excessif.

La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique».

b.2) Artículo 66 del *Avant-projet Terré relatif au contrat*: «Sin embargo, cuando un contratante, explotando el estado de necesidad o de dependencia de la otra parte o su situación de vulnerabilidad característica, obtiene del contrato una ventaja manifestamente excesiva, la víctima puede pedir al juez que restablezca el equilibrio contractual. Si este restablecimiento es imposible, el juez pronuncia la nulidad del contrato.

El juez tiene en cuenta el conjunto de circunstancias, y en particular la existencia de relaciones anteriores o de su desigualdad económica» (traducción mía).

Artículo 66 del *Avant-projet Terré relatif au contrat*: «Toutefois, lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel. Si ce rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat.

Le juge tient compte de l'ensemble des circonstances, et notamment de l'existence de relations antérieures ou de leur inégalité économique».

c) Sin el detenido desarrollo que en este trabajo llevo a cabo en el cuerpo del texto, me ocupé muy brevemente del abuso del estado de dependencia del artículo 1143 CCF, en Fenoy Picón, *ADC* (2020) [47] pp. 1396-1399.

[199] Sobre los posibles efectos de la violencia del abuso del estado de dependencia del artículo 1143 CCF:

a) Deshayes/Genicon/Laithier apuntan que es causa de nulidad relativa del contrato (art. 1131 CCF). También, que es una culpa («faute») y «la parte lesionada puede solicitar el pago de daños y perjuicios sobre el fundamento de la responsabilidad extracontractual» (art. 1178. IV CCF: «[i]ndependientemente de la anulación del contrato, la parte lesionada puede solicitar la reparación del daño sufrido en las

Consideran Chantepie/Latina que, «[t]eniendo en cuenta los estándares jurídicos» que el artículo 1143 CCF «emplea, hará falta, no obstante, algunos años de práctica jurisprudencial para que el alcance real de este texto sea desvelado» [200].

b) Sobre su naturaleza jurídica, Deshayes/Genicon/Laithier destacan que el artículo 1143 CCF es una «variante de la violencia» (una «forma de violencia»; «igualmente» se expresa en el propio art. 1143 CCF); «no es una lesión, es decir, un perjuicio objetivamente causado por el desequilibrio del contrato», ni «se crea un cuarto vicio del consentimiento» contractual [201] (más allá de lo anterior, el art. 1168 CCF se ocupa de la lesión) [202].

---

condiciones del derecho común de la responsabilidad extracontractual». Además, señalan dichos autores, la nulidad del contrato y la indemnización de daños y perjuicios son «dos sanciones que pueden acumularse» y «nada impide a la víctima de una violencia pedir únicamente daños y perjuicios». Por último, si «se admita la [posibilidad de la] violencia incidental sobre el fundamento del artículo 1143, es decir, una violencia que, si no hubiera tenido lugar, no habría obstaculizado la conclusión del contrato, pero habría conducido a la parte lesionada a comprometerse en condiciones diferentes, solo los daños y perjuicios son admisibles» (sobre la violencia incidental y el abuso de dependencia del artículo 1143 CCF, *infra* nota 227). «Artículo 1143» (2018) p. 263.

En cambio, especifican Deshayes/Genicon/Laithier, «la adaptación judicial del contrato pensando en la supresión del exceso manifiesto» se excluye, lo sea «a iniciativa del juez o la pida la parte lesionada. Este procedimiento ha sido descartado con todo conocimiento de causa por los autores de la reforma [francesa]. La nulidad es la única sanción que afecta al contrato», y «[e]l hecho de que los daños y perjuicios puedan contribuir a un cierto reequilibrio en el plano económico, nada cambia» (p. 263). Traducción mía.

b) Por su parte, Chantepie/Latina se detienen en explicar y valorar el dato de que el legislador no dispusiera, en favor de quien padece la violencia del estado de dependencia, la posibilidad del reequilibrio contractual. En este sentido dicen, «[e]l legislador no ha previsto, a imagen del anteproyecto Terré [cuyo artículo 66 transcribo en la nota inmediatamente anterior a esta, en b.2)], que el juez pueda intervenir sobre el contenido del contrato a fin de reequilibrarlo. Esta solución podía entenderse en el sistema del proyecto de ordenanza de febrero de 2015, que no había hecho del desequilibrio del contrato una condición para la existencia del vicio. Habiendo sido introducido este criterio en el texto final, sin duda habría sido oportuno permitir al juez, a petición de la parte lesionada, corregir el desequilibrio y salvar el contrato. No es esta la opción hecha por el legislador, que ha retornado a la concepción clásica del derecho contractual francés, haciendo del juez, según la expresión de Denis Mazeaud, "el enemigo contractual número 1". [Ahora bien] [l]a víctima del abuso, teniendo en cuenta la situación en la cual se encuentra, podrá así dudar de ejercitar la nulidad, a fin de no perder el beneficio de la contraparte que obtiene del contrato, el cual quizás le sea absolutamente necesario, incluso si el precio que por ella debe pagar es manifiestamente excesivo» [«Artículo 1143» (2018) p. 297). Pero, continúan Chantepie/Latina, «al menos queda que la víctima pueda contentarse con pedir daños y perjuicios a su cocontrante, sobre el fundamento de la responsabilidad extracontractual» y, «frecuentemente, los daños y perjuicios podrán servir, en cierta medida, para reequilibrar de manera indirecta, el contrato» (pp. 297-298). Por otro lado, la víctima del abuso de estado de dependencia «podrá pedir, a la vez, la nulidad del contrato y la indemnización de daños y perjuicios» (art. 1178. IV CCF, que transcribo en la anterior a) de esta nota) (p. 298). Traducción mía.

[200] Chantepie/Latina, «Artículo 1143» (2018) p. 294; traducción mía.

[201] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) pp. 252-253; traducción mía.

[202] a) Artículo 1168 CCF: «En los contratos sinalagmáticos, el defecto de equivalencia entre prestaciones no es causa de nulidad del contrato, salvo que la ley disponga otra cosa» (traducción mía).

Artículo 1168 CCF: «Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement».

b) Deshayes/Genicon/Laithier consideran el artículo 1168 CCF como «uno de los muros de carga del derecho francés de contratos». Con su «texto, la reforma [francesa] reafirma su adhesión al principio de "conmutatividad subjetiva" que quiere, salvo excepciones determinadas, que los contratos no tengan que ser objetivamente equilibrados. Filosóficamente, esto significa que las partes son los únicos dueños para definir la justicia económica de su acuerdo, la equivalencia de las prestaciones que intercambian. Técnicamente, esto significa que la lesión no es admitida como causa general de nulidad en derecho

c) Sobre el campo de aplicación del artículo 1143 CCF, Deshayes/Genicon/Laithier señalan que, en el mismo, no se hace «ninguna distinción» en función de la «cualidad de las partes»; es decir, la cualidad de las partes no es condición para su aplicación [203]. Por consiguiente, en el artículo 1143 CCF se incluyen «las personas débiles o vulnerables (por razón de su edad, de una enfermedad, de un hándicap, […] miembro de una minoría, etc.)» y se incluye, «por ejemplo, [a] una gran empresa [que] puede prevalerse útilmente de una violencia, como puede

---

francés. Desde este punto de vista, el artículo 1168 es pues la continuación del antiguo artículo 1118 que disponía que, "[l]a lesión no vicia las convenciones más que en algunos contratos o en relación con algunas personas, como se explicará en la misma sección". Es necesario observar que el nuevo texto [del artículo 1168 CCF] es incluso más firme aún en su formulación. Allí dónde el antiguo art. 1118 expresa la regla con un giro negativo, el artículo 1168 afirma positivamente que "el defecto de equivalencia de las prestaciones no es una causa de nulidad" –la alusión a las excepciones [señaladas en el art. 1168 CCF] no viene más que en un segundo tiempo ("a menos que la ley no disponga otra cosa"). Su nuevo lugar en el código tiene también su importancia: la disposición no figura más en los textos relativos a los vicios del consentimiento como el antiguo artículo 1118, sino en aquellos relativos al contenido del contrato. El gobierno ha pues elegido inscribir la regla cardinal en la Subsección 3 que considera precisamente las condiciones de validez objetivas del contrato, y esto para poner un firme límite de que no debe franquearse este control objetivo» [«Artículo 1168» (2018) p. 325].

Por otro lado, advierten Deshayes/Genicon/Laithier, la norma del artículo 1168 CCF se «enuncia a propósito de los "contratos sinalagmáticos" y el intercambio de "prestaciones". Pero hay aquí ligeros errores de vista, fáciles de rectificar: en verdad son los contratos conmutativos los que son apuntados, pues el artículo 1168 evidentemente se hace eco del artículo 1108, párrafo I que, para definir al contrato conmutativo, anuncia ya el principio de conmutatividad subjetiva disponiendo que "el contrato es conmutativo cuando cada una de las partes se compromete a procurar a la otra una ventaja *que es mirada como* [esta cursiva, negrita en el original] la equivalente de lo que ella recibe" (p. 325). También se consideran «los contratos de organización (contrato de sociedad, contrato de asociación) [que] son del mismo modo concernidos por el principio de libre determinación de las ventajas y de las cargas contractuales» (p. 325). Traducción mía.

c) Por su parte y sobre la regla del artículo 1168 CCF, Chantepie/Latina apuntan que su «solución […] no sorprende. Confirma el principio de la indiferencia de la lesión en derecho común […]. La situación del texto [del artículo 1168 CCF] que abre la lista de los cuatro artículos consagrados al control del contenido económico del contrato, refuerza su valor de principio. La supresión del término "lesión", que no figura en el texto [del artículo 1168 CCF] no cambia nada técnicamente, teniendo en cuenta la definición que es dada» [«Artículo 1168» (2018) p. 372].

Por otro lado, señalan Chantepie/Latina, «[e]l artículo 1168 […] reserva las hipótesis en donde la ley admite, por excepción, la sanción a un contrato lesivo. De hecho, […], el legislador prevé a veces una sanción, para algunos contratos o respecto a algunas personas» y, «[e]n espera de la reforma del derecho de los contratos especiales, la lesión por rescisión de 7/12 en la venta inmobiliaria permanece en vigor» (pp. 374-375). «En apariencia pues, nada cambia esta situación. Sin embargo, [consideran Chantepie/Latina] el artículo 1168 [CCF] enuncia, mucho más claramente que el antiguo artículo 1118 [aCCF], la indiferencia de toda sanción por defecto de equivalencia entre las prestaciones recíprocas. Y solo las disposiciones legales pueden derogarlo» (p. 375). Traducción mía.

d) Es conocida la lesión de 7/12 de la venta inmobiliaria del Código civil francés. Según el artículo 1674 CCF: «Si el vendedor ha sido lesionado en más de siete doceavos en el precio de un inmueble, tiene el derecho de demandar la rescisión de la venta, incluso si expresamente hubiera renunciado en el contrato a la facultad de demandar esta rescisión, y hubiera declarado que daba el mayor valor».

Artículo 1674 CCF: «Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value».

El artículo 1674 CCF se sitúa en la sección «De la rescisión de la venta por causa de lesión» («De la rescision de la vente pour cause de lésion»).

[203] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 256; traducción mía. Advierten, que «es lo propio de las reglas de derecho civil que no encierran a "las personas en roles predeterminados"».

hacerlo un abogado especializado en derecho social a propósito de la ruptura convencional de su contrato de trabajo» [204].

Además, el artículo 1143 CCF «se aplica a todo contrato en el sentido del artículo 1101» [205]; de este modo se aplica «a la conclusión de un acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones, hipótesis clásica», «a las modificaciones convencionales» y a los contratos extintivos [206]. Y «en aplicación del artículo 1101-1, párrafo 2, todo acto jurídico es suceptible de ser anulado sobre este fundamento» de la violencia por abuso del estado de dependencia [207].

d) Los requisitos del abuso del estado de dependencia del artículo 1143 CCF son cinco, a saber:

d.1) Para el autor de la violencia por abuso del estado de dependencia, en la versión del artículo 1143 CCF de 2016 no se incluía la expresión «en relación con él» («à son égard»; cfr. *infra* nota 209) por lo que existía la cuestión de si, dentro de la violencia por abuso de dependencia del artículo 1143 CCF, se incluía o no a la violencia realizada por un tercero, pues, en virtud del artículo 1142 CCF, «[l]a violencia es causa de nulidad, haya sido ejercida por una parte o por un tercero» (traducción mía) [208]. Y precisamente, «preocupado por limitar el alcance del artículo 1143 [señalan Deshayes/Genicon/Laithier], el legislador [francés] ha modificado la redacción [del artículo 1143 CCF], añadiendo una precisión que la ley de 20 de abril de 2018 califica de "interpretativa" [209] y que

---

[204] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 256; traducción mía.

[205] a) Artículo 1101 CCF: «El contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o varias personas destinado a crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones» (traducción mía). Cfr. *supra* nota 63.

b) Artículo 1101 CCF: «Le contrat est un accord de volontés entre deux o plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations».

[206] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) pp. 256-257; traducción mía.

[207] a) Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 257; traducción mía.

b) Artículo 1100-1 CCF: «Los actos jurídicos son manifestaciones de voluntad destinadas a producir efectos de derecho. Pueden ser convencionales o unilaterales.

Ellos obedecen, como razón, para su validez y efectos, a las reglas que gobiernan los contratos» (traducción mía).

Artículo 1100-1 CCF: «Les actes juriques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux.

Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats».

[208] a) Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 257; traducción mía.

También plantean la cuestión en su comentario al «Artículo 1142» (2018) p. 251.

b) Artículo 1142 CCF: «La violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers».

[209] Recuerdo que la reforma de la *Ordonnace núm. 2016-131* (con entrada en vigor el 01.10.2016) la ratificó el Parlamento francés por *Loi núm. 2018-287* y que, «[a]l ratificar, el Parlamento francés *no* se limitó a la aprobación pura y simple, *sino* que llevó a cabo en la *Ordonnance núm. 2016-131 algunos retoques de redacción y otros de fondo* (sobre su contenido), afectando a *una veintena de artículos* sobre el total de los trescientos cincuenta de la *Ordonnance núm. 216-13*1. La propia *Loi núm. 218-287,* en su artículo 16. I tercer párrafo *in fine*, califica de *interpretativos* los retoques de redacción y esas interpretaciones se aplican *desde el 01.10.2016* (que es la fecha de entrada en vigor de la *Ordonnance núm. 2016-131;* la aplicación interpretativa *es retroactiva*). En cambio, las *reformas de fondo* –indicadas en el artículo 16. I segundo párrafo *Loi núm. 2018-287*– entran en vigor *el 01.10.2018,* según ordena el

claramente tiene por objeto restringir esta forma de violencia [del artículo 1143 CCF] a las relaciones entre cocontratantes», ya que, según dicho artículo 1143 CCF, esa violencia solo es admisible cuando «una parte abusa del estado de dependencia en el cual se encuentra su concontrante *en relación con él* [cursiva del original]» [210]. «Esto es, de algún modo, una condición previa»; dicho de otro modo, «importa poco que un cocontrante se encuentre en un estado de dependencia "en general" (por. ej. por razón de una edad muy avanzada) o respecto de uno o varios terceros identificables, siendo todavía necesario que lo sea en *sus relaciones con la parte* [cursiva del original] a la que un abuso, en el sentido del artículo 1143, le es imputable» [211].

---

artículo 16. I primer párrafo *Loi núm. 2018-287»* [cursiva del original; Fenoy Picón, *ADC* (2020) [11] pp. 1349-1350; *vid.* hasta p. 1351].

[210] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 257; traducción mía.

[211] a) Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 257; traducción mía.

Continúan los autores: «La expresión *a su respecto»* [cursiva del original] viene a indicar «explícitamente que el estado de dependencia de una de las partes en el contrato se entiende claramente en relación con su cocontratante, es decir, en el marco expresamente definido del contrato entre las dos partes». Así, por ejemplo, el estado de dependencia sicológica de un vendedor en relación con su concubina no permite obtener, sobre el fundamento del artículo 1143, la anulación de la venta contra los adquirentes frente a los cuales ningún estado de dependencia se ha presentado» (p. 257). A lo anterior, según Deshayes/Genicon/Laithier, «se añade el hecho de que el texto [del artículo 1143 CCF], por un lado, hace referencia a una "parte" y a su "cocontrantante", [y] por otra parte, exige que sea esta misma "parte" –y no un tercero– la que obtenga del abuso una ventaja manifiestamente excesiva». Y «[t]odos estos elementos combinados conducen *a priori* [cursiva del original] a excluir la violencia de un tercero en el marco de esta disposición [art. 1143 CCF]» (p. 257; *vid.* hasta p. 258). Traducción mía.

b) Por su parte, Chantepie/Latina describen la interpretación estricta y amplia que suscitaba la redacción originaria del artículo 1143 CCF (la de la *Ordonnance núm. 2016-131*) y cómo, a fin de limitar su campo de actuación, la *Loi núm. 2018-287* introdujo en el artículo 1143 CCF ese «a son égard».

En concreto, exponen: «El artículo 1143 del Código civil se suponía que introducía, por la vía de la noción de violencia, una protección a las personas vulnerables, al menos si se creía el informe ["rapport"] de presentación de la ordenanza de 10 de febrero de 2016. El texto inicial [del artículo 1143 CCF] de la ordenanza de 10 de febrero de 2016, no tan claro, apuntaba exclusivamente "al estado de dependencia", sin ninguna otra precisión. Era [..] en su redacción, mucho más restrictivo que los anteproyectos Catala y Terré [que transcribo *supra* nota 198 b)]. En efecto, el primero [Catala] apuntaba a "la situación de debilidad" de un parte, en tanto que el segundo [Terré] mencionaba, junto al estado de dependencia, el estado de necesidad y, más ampliamente, la "situación de vulnerabilidad característica" de la víctima. De este modo, dos interpretaciones del criterio del "estado de dependencia" eran posibles. En sentido estricto, el estado de dependencia apuntaba en efecto a la situación de una persona que ha perdido su autonomía *en relación con otra* [cursiva del original], la dependencia podía, por ejemplo, ser económica, tecnológica, financiera, o incluso afectiva. En apoyo de esta interpretación, se podía aludir al informe del Consejo de ministros de 10 de febrero de 2016 que, para ilustrar el funcionamiento del nuevo artículo 1143, había tomado el ejemplo del trabajador, en situación de dependencia económica frente a su empleador, quien habría consentido una cesión de sus derechos de autor por el temor de una reducción del personal. Queda [la interpretación] en sentido amplio, la nueva-lengua en moda que hace de las personas mayores "personas dependientes", la dependencia apunta a la vulnerabilidad intrínseca de un individuo. Además, en este sentido, los individuos sicológicamente frágiles, enfermos o mayores, a pesar de no estar bajo la dependencia de alguien, habrían podido beneficiarse del artículo 1143 del Código civil. En apoyo de esta interpretación amplia de la "dependencia", se podía acudir no solo al informe ["rapport"] de presentación de la ordenanza, sino igualmente a los objetivos de la reforma del derecho de obligaciones, cuyo segundo eje se suponía que era el "reforzamiento de la protección de la parte débil", ley de habilitación que había autorizado la introducción de "disposiciones que permiten sancionar el comportamiento de una parte que abusa *de la situación de debilidad de la otra"* [cursiva del original]. Con ocasión del examen de la ley de ratifi-

d.2) Ha de existir el «estado de dependencia en el cual se encuentra su cocontratante». Esto, consideran Deshayes/Genicon/Laithier, «da una particular coloración a esta forma de violencia [del artículo 1143 CCF] en relación con la definición que se da [de la violencia] en el artículo 1140, el cual engloba las otras formas de coacción» [212]. Deshayes/Genicon/Laithier ilustran con el ejemplo, que «no es solo de escuela, [del] cocontrante que firma [con] "la pistola en la sien" [el cual] no está (en todo caso no necesariamente [está]) en "estado de dependencia"» [213]. El artículo 1143 CCF se refiere a un «estado» [214].

Sobre la «[l]a naturaleza de la "dependencia"», la misma no es precisada en el artículo 1143 CCF, y explican Deshayes/Genicon/Laithier, «[c]omo se vislumbra a la luz de la jurisprudencia anterior, la dependencia puede ser económica, financiera o industrial, lo que provoca que esta variante de la violencia sea habitualmente designada bajo el nombre de "violencia económica"», sin embargo, «el alcance del texto [del artículo 1143 CCF] es más amplio» y, «como se indica en el informe ["rapport"] al Presidente de la República, "todas las hipótesis de dependencia son previstas"», lo cual «permite incluir en el campo del texto [del artículo 1143 CCF] las dependencias sicológica o sentimental, protegiendo así a personas que son, por otro lado, capaces, sanas de espíritu y que no se benefician de reglas especiales aplicables a los actos a título gratuito» [215].

Dos precisiones más para la violencia del estado de dependencia del artículo 1143 CCF realizan Deshayes/Genicon/Laihier. Una, que el artículo 1143 CCF no se refiere a la «situación de debilidad» (no hay un «vicio de debilidad»). La otra, que el artículo 1143 CCF no se refiere al estado de «necesidad» [216].

Para la primera y anterior precisión (la «situación de debilidad»), Deshayes/Genicon/Laithier destacan que «puesto que el vicio de debilidad no se ha reconocido y […] la referencia a la "situación de debilidad" presente en el proyecto de

---

cación de la ordenanza de 10 de febrero de 2016» «la garde des Sceaux» «había […] retenido la interpretación amplia del gobierno. El Senado, que creía que la interpretación amplia del texto servía al propósito de los litigantes de mala fe y debilitaba la estabilidad de los contratos, aconsejó limitar el campo [de aplicación] del artículo 1143 del Código civil. En la primera lectura, los senadores habían así restringido el artículo 1143 del Código civil solo a la dependencia económica. Ante el rechazo de la Asamblea nacional de seguir tal punto, el Senado, en segunda lectura, ha propuesto un compromiso que finalmente ha sido aceptado por los diputados. En efecto, a fin de controlar el poder de interpretación de los jueces, el Parlamento ha aclarado que el estado de dependencia debía ser apreciado *respecto al cocontratante* [cursiva del original], autor del abuso. Dicho de otro modo, el Parlamento ha consagrado la interpretación estricta de la noción de "dependencia", de modo que si todos los estados de dependencia de un contratante frente al otro podrán ser invocados, no debería serlo el caso de la vulnerabilidad intrínseca de un contratante» [«Artículo 1143» (2028) pp. 294-296; traducción mía].

[212] a) Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 258; traducción mía.

b) Artículo 1140 CCF: «Hay violencia cuando una parte se compromete bajo la presión de una coacción que le inspira el temor de exponer su persona, su fortuna o las de sus cercanos a un mal considerable» (traducción mía).

Artículo 1140 CCF: «Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable».

[213] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 258; traducción mía.

[214] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 258; traducción mía.

[215] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 258; traducción mía.

[216] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) pp. 258-259; traducción mía.

ordenanza se suprimió, sería traicionar el sentido y el alcance del texto [del artículo 1143 CCF] deducir de la sola fragilidad o vulnerabilidad de la persona un estado de "dependencia"» [217]. Por tanto, «[e]l texto [del artículo 1143 CCF] no se aplica más que si un lazo de este tipo [es decir, de dependencia] es establecido, lo que puede ser el caso, por ejemplo, de una persona bajo la influencia de una secta o de un responsable religioso, o de una persona enferma o discapacitada que mantiene relaciones con la persona a la que la violencia le es imputable» [218].

Sobre la segunda y anterior precisión (el «estado de necesidad»), Deshayes/Genicon/Laithier advierten que «dependencia» no es «necesidad», «distinción [esta, la cual] se impone» [219]. Deshayes/Genicon/Laithier señalan que, «[m]ientras que [en] el proyecto de ordenanza [se] reconocía el abuso del "estado de necesidad" al lado de aquel del "estado de dependencia", la primera mención [del estado de necesidad] se ha retirado del texto definitivo [del artículo 1143 CCF]», por lo que «el estado de necesidad no se admite como causa de violencia» y opinan, que «[e]l carácter más evasivo de la noción [de estado de necesidad] –[dado que] buen número de contratos se concluyen por necesidad (más o menos imperiosa)– justifica este rechazo» [220].

---

[217] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 258; traducción mía.

[218] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) pp. 258-259; traducción mía. *Vid.* además lo explicado por Chantepie/Latina, *supra* nota 211 b).

[219] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 259; traducción mía.

[220] a) Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 259; traducción mía.

b) Por otro lado y en su comentario del artículo 1140 CCF, que transcribo *supra* nota 212 b), Deshayes/Genicon/Laithier incluyen un último apartado bajo el título de «[c]oacción imputable a una persona (y no a las circunstancias)» [«Artículo 1140» (2018) p. 249].

Estos autores apuntan lo curioso de que no se mencione al autor de la violencia e igualmente puede observarse que «el texto [del artículo 1140 CCF] no exige que la coacción sea imputable a la acción de un individuo», y «[e]sto hace que, tal como está redactado, el artículo 1140 no excluye que la coacción pueda encontrar su causa en un evento fáctico o en circunstancias independientes de las maniobras de las partes» (p. 249). Aclaran Deshayes/Genicon/Laithier, que evidentemente piensan «en el estado de necesidad que alimenta los debates desde hace bastante tiempo» (p. 249). «Pero, bien mirado, la letra del antiguo artículo 1112 [que disponía: "[h]ay violencia cuando es de tal naturaleza para causar impresión a una persona razonable y que puede inspirarle el temor de exponer su persona o su fortuna a un mal considerable y presente./ Se ha de considerar, en esta materia, la edad, el sexo y la condición de las personas", traducción mía; "Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent./ On a égard, en cette matière, à la âge, au sexe et à la condition des personnes"] no hacía del estado de los hechos una violencia imputable a una persona, sin que se haya realmente dudado de esta exigencia implícita para caracterizar a la violencia. Ciertamente, la jurisprudencia había podido admitir muy ocasionalmente la nulidad del contrato apoyándose en el estado de necesidad en el cual había caído una persona, en razón de circunstancias de hecho concretas. Pero, además del hecho de que "las sentencias [no eran] (…) bastantes numerosas para que se pueda decir que exist[iera] una jurisprudencia verdaderamente fija" [Deshayes/Genicon/Laithier citan en nota 341 de p. 249 a Flour/Aubert/Savaux, y de estos doy cuenta en el cuerpo del texto, *supra* [18] a) [A.1])], los jueces llevaban cuidado cada vez que caracterizaban un acto de extorsión consistente en arrancar a la víctima ventajas ilegítimas, aprovechando su situación de angustia. A esto se añade que el artículo 1140 ha de ser completado con el artículo 1142 [que transcribo *supra,* nota 208 b) y traduje en el cuerpo del texto en anterior d.1)] el cual supone necesariamente que la violencia ha encontrado su causa en las maniobras de una persona (sea un contratante o un tercero, se entiende que precisa el texto)» (p. 249). Y «[s]obre todo» «que, en su primera versión, sometida a consulta en febrero de 2015, el artículo 1143 (que era entonces el artículo 1142), reconocía, además del estado de dependen-

Hechas las dos anteriores precisiones y retornando a la «dependencia», Deshayes/Genicon/Laithier consideran que la misma «es una noción más estricta», y «designa lo que no puede realizarse sin la acción o intervención de otra persona, sabiendo que esto no es necesariamente el origen de este estado» [221]. Apuntan que «[e]l tamaño o poder de las partes no es un elemento decisivo», y «[e]n materia económica, la jurisprudencia anterior ofrece algunas pistas suplementarias acerca de la forma en que el estado de dependencia puede apreciarse»; así, «[l]a posibilidad de encontrar una solución de reemplazo, de encontrar otros clientes, otros proveedores, es un parámetro importante», y esto «puede variar según que se trate de la celebración de un contrato inicial o de la modificación de un contrato en curso (hipótesis en la cual la dependencia puede ser más fuerte)», y «[e]n fin, la apreciación de la existencia de soluciones alternativas no es puramente objetiva; como ha juzgado la» *Cour de cassation*, «la captación de clientes llevada a cabo por el demandante debe ser tomada en consideración, más todavía si no está unido por una cláusula de exclusividad» [222].

d.3) Debe haber una explotación abusiva del estado de dependencia, por lo que, según Deshayes/Genicon/Laithier, «celebrar un contrato con una persona en estado de dependencia y, obteniéndose una ventaja, incluso muy sustancial, no es una violencia en sí mismo» [223]. «El abuso no debe ser confundido con el solo hecho de la obtención una ventaja manifiestamente excesiva en un contrato celebrado con una persona en estado de dependencia» [224]. «[E]l abuso en el sentido

---

cia, "el estado de necesidad" en el que se encontraba una parte. Ahora bien, […], esa mención ha sido retirada del texto final [del artículo 1143 CCF]» (p. 249). «[D]eliberadamente, [dicen Deshayes/Genicon/Laithier] el estado de necesidad no ha sido reconocido, por la reforma [francesa], como una causa de violencia. Queda, es verdad, el que "el estado de dependencia" es admitido en el rango de circunstancias de hecho susceptible de constituir vicio de violencia. Pero, por un lado, puesto que un texto muy especial y muy restrictivo le es consagrado [al estado de dependencia, el artículo 1143 CCF], es cierto que se trata de un fenómeno excepcional, [lo que] confirma el principio según el cual la violencia debe entenderse un acto imputable a una persona (el empleo del adverbio "igualmente" [del artículo 1143 CCF] acredita bien la idea que para los textos precedentes la violencia emana de un individuo y no de circunstancias). De otra parte, todavía, "el estado de dependencia" [del artículo 1143 CCF] no puede solo él ser suficiente, pues [dicho estado de dependencia del artículo 1143 CCF] debe haber sido indebidamente explotado por el cocontratante: de donde emerge que la violencia, no es sin un acto humano» (p. 249).

[221] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 259; traducción mía.

[222] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 259; traducción mía.

[223] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 259; traducción mía.

Aclaran que quiere evitarse que sobre los contratos pese «el riesgo intempestivo de una anulación» y que, con esto, «el legislador no solo ha tenido en vista el imperativo de la seguridad jurídica», sino que «apunta igualmente a evitar que las partes en estado de dependencia sean víctimas de un fenómeno de exclusión por precaución. Se piensa en particular en los grandes clientes que podrían ser incitados […] a abandonar a algunas pequeñas empresas si el riesgo de celebrar con ellas un contrato nulo por vicio de violencia es demasiado sensible. Más allá de estas consideraciones de oportunidad, la condición [del carácter abusivo de la explotación] se explica por la naturaleza misma de la violencia que es un delito civil» (pp. 259-260).

[224] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 60; traducción mía.

Para lo que indican en el cuerpo del texto, los autores aclaran que hay dos razones:

a) La primera, que el artículo 1143 CCF «no indica que hay violencia cuando el contrato es celebrado entre una persona en estado de dependencia y un cocontratante que obtiene una ventaja manifiestamente excesiva […]. El texto [del artículo 1143 CC] *añade* [cursiva del original] que el cocontratante en posición

del artículo 1143 es una culpa y una culpa es la violación de una regla de comportamiento. Lo que es sancionado a través de este texto [del artículo 1143 CCF] es el hecho de arrancar un consentimiento utilizando métodos o procedimientos reprensibles. Es el empleo de medios de presión inaceptables sin los cuales la violencia no se concibe» [225].

d.4) «[Q]ue el contratante que sufre la explotación abusiva del estado de dependencia en el cual se encuentra lleve a cabo "un compromiso que no habría suscrito en ausencia de tal coacción" [art. 1143 CCF]» [226]. Según Deshayes/Genicon/Laithier, lo anterior «es una forma incidental de recordar que la violencia debe ser contemporánea a la conclusión del acto, lo que es normal tratándose de un vicio del consentimiento», pero, «el propósito principal de la regla es imponer un nexo de causa a efecto entre el compromiso tomado por la persona en estado de dependencia y la presión ejercida sobre ella: el uno no existiría sin la otra» [227].

---

de fuerza debe haber "abusado" del estado de dependencia. El abuso posee una consistencia propia, salvo que se le reduzca a una pura descripción de un estado de hecho, y pues, se le neutralice» (p. 260).

b) La segunda razón tiene que ver con lo que para la lesión se dispone en el artículo 1168 CCF [que transcribo *supra* nota 202 a), b) y c)]. «[A]dmitir que el abuso no es nada más que la celebración de un contrato entre una persona en estado de dependencia y un cocontratante que obtiene una ventaja excesiva viene a desconocer el sentido del artículo 1168» y conduciría «a incorporar la explotación de la coacción a la lesión, lo que es abiertamente contrario a la elección de hacerla una forma de violencia como indica expresamente el artículo 1143» (p. 260).

Deshayes/Genicon/Laithier exponen el siguiente caso. «Un fabricante celebra un contrato con un proveedor con el cual nunca ha tenido relaciones, pero él conoce las dificultades financieras, consecuencia de la pérdida de sus principales clientes y sabe del riesgo de un procedimiento colectivo si la situación permanece en ese estado. El fabricante, en posición de fuerza, ofrece un precio muy bajo que el proveedor nunca habría aceptado en otras circunstancias, porque el margen que sacará de la ejecución del contrato será bajo, pero acepta porque es un encargo inesperado. De hecho, el fabricante le "salva la ropa". ¿Podría reprochársele un abuso? Esto hubiera sido posible si el abuso hubiera sido deducido del carácter manifiestamente excesivo de la ventaja obtenida del cocontratante en estado de dependencia. Pero el abuso es excluido en el estado en que está redactado el artículo 1143» (p. 260).

Traducción mía.

[225] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 260; traducción mía.

Apuntan, «la amenaza de empañar una reputación comercial, o si las partes están ya ligadas por un contrato, violar su obligación para obtener por la fuerza su modificación, son ejemplos» (p. 261).

[226] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 261; traducción mía.

[227] a) Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 261; traducción mía.

b) Deshayes/Genicon/Laithier, al comparar entre sí los artículos 1130 y 1143 CCF, plantean el siguiente problema:

b.1) Por un lado, en el artículo 1130. I CCF (que transcribo *supra* nota 156) se dispone una norma general para los vicios del consentimiento: exigir el carácter determinante del vicio del error, del dolo y de la violencia, en el sentido de que, sin ellos, el contratante que los padece no hubiera celebrado el contrato, o lo hubiera contratado en condiciones sustancialmente diferentes. Limitándome a la literalidad del artículo 1130 CCF, en este se contemplan dos supuestos, uno, que el contrato no se hubiera celebrado, el otro, que se hubiera celebrado en condiciones sustancialmente diferentes. En 2020 informaba que «Deshayes/Genicon/Laithier apuntan que, inspirándose en una célebre sentencia sobre el error ("Cass. civ., 28 janv. 1913"), el artículo 1130. I CCF impone a los tres vicios del consentimiento (error, *dolo* [cursiva del original] y violencia) una exigencia común para que tengan impacto: ha de probarse que, en su ausencia, "una de las partes no habría contratado o habría contratado en condiciones sustancialmente diferentes". Dicha condición se resume en el artículo 1130. II CCF como el "carácter determinante" del vicio. Los

«La apreciación del carácter determinante de la violencia es cuestión de hecho» [228].

Y d.5) el contratante, al que le es imputable la violencia, «debe obtener "una ventaja manifiestamente excesiva" del compromiso suscrito por el cocontratante en estado de dependencia» [229].

Deshayes/Genicon/Laithier vienen a recordar de nuevo, si bien implícitamente, que el abuso del estado de dependencia del artículo 1143 CCF no es una lesión, sino un vicio del consentimiento [así, en anterior b) de esta [B]], y explican la razón de incluir la exigencia de obtener la ventaja manifiestamente injusta. En este sentido afirman, que «erigir el desequilibrio contractual en requisito de un vicio del consentimiento no va de suyo» y «[s]e habría podido esperar que este régimen [del vicio del consentimiento] girase totalmente hacia la defensa de la integridad de la voluntad» [230]. Añaden, que «la necesidad de establecer "una ventaja manifiestamente excesiva" no aparecía en el proyecto de ordenanza», habiendo sido añadida «con el fin de frenar las aplicaciones de esta forma de violencia», pues el «abuso, al que ya se refería el proyecto, no parecía ofrecer una garantía suficiente de seguridad jurídica», y «esta es la razón por la cual, además de la

---

autores [Deshayes/Genicon/Laithier] explican que el carácter determinante del vicio evoca la famosa "investigación (…) del condicional pasado", por la cual el juez, para convencerse de que el impacto precontractual invocado ha efectivamente distorsionado la decisión de una de las partes, reconstituye ficticiamente la que habría sido su voluntad, si el incidente en cuestión no hubiera tenido lugar» [Fenoy Picón, *ADC* (2023) nota 305 de p. 1410]. Traducción mía.

b.2) Por otro lado, en el artículo 1143 CCF [que transcribo *supra* nota 198 a) y traduzco en el cuerpo del texto] solo se contempla el supuesto de la obtención de «un compromiso que […] no se habría suscrito en ausencia de una tal coacción». Esto es, destacan Deshayes/Genicon/Laithier, el «artículo 1143 parece más restrictivo» que el artículo 1130. I CCF y «[l]a lógica que lo inspira [la del artículo 1143 CCF] es, parece, la del todo o nada», por lo que «[s]i se demuestra que el cocontratante en estado de dependencia no habría contratado del todo […] la condición del carácter determinante se satisface» y, si tal «prueba no se aporta», se excluye el artículo 1143 CCF (p. 261). Ahora bien, este anterior análisis, fiel al texto del artículo 1143 CCF, «limita considerablemente las posibilidades de impugnación», dado que «en la mayoría de los casos, si no hubiera habido el abuso del estado de dependencia, el cocontratante habría celebrado el contrato, pero lo habría hecho en condiciones más favorables. Probar que no habría tomado *ningún* [cursiva del original] compromiso es tarea ardua» (p. 261).

Una vez planteado el problema de la coordinación entre los artículos 1130 y 1143 CCF, Deshayes/Genicon/Laithier intentan conciliarlos («la oposición» entre tales artículos «no puede ser insuperable») y lo hacen, observando que el artículo 1143 CCF se refiere a «un compromiso» (p. 261). Proponen que, si se admite que «el compromiso» del artículo 1143 CCF «no es sinónimo de contrato sino de obligación, se podría sostener que se permite al demandante establecer que en ausencia de explotación abusiva del estado de dependencia, él habría ciertamente celebrado el contrato pero habría aceptado uno u varios otros compromisos. En otros términos, es el contenido del contrato el que habría sido diferente» (p. 261). «Si se sigue este análisis, la distinción contenida en el artículo 1130 […] se aplica» y así, «si se demuestra que este otro compromiso habría sido sustancialmente diferente de aquel que se hubiera suscrito, el vicio de violencia se constituye y la nulidad es accesible; […] si este otro compromiso no habría sido sustancialmente diferente, la nulidad se descarta» (pp. 261-262).

Concluyen Deshayes/Genicon/Laithier con la afirmación de se trata de una cuestión que la *Cour de cassation* habrá de zanjar (p. 262). Traducción mía.

[228] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 261; traducción mía.

[229] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 262; traducción mía.

[230] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 262; traducción mía.

prueba del estado de dependencia, del abuso y de su efecto determinante en el consentimiento, el artículo 1143 CCF impone que el contrato comporte un desequilibrio manifiesto» [231].

Ahora bien, en el artículo 1143 CCF «no [se] precisa la naturaleza de la ventaja» [232]. Esta puede encontrarse en la «presencia de una o varias cláusulas draconianas», «[p]ero más probablemente es una ventaja de naturaleza económica o financiera la que será invocada, en particular el precio» [233]. En cuanto al exceso de la ventaja, el artículo 1143 CCF «fija un estándar elevado ("manifiestamente") que prohíbe confundir el requisito exigido con un simple defecto de equivalencia; la ventaja obtenida por la parte en posición de fuerza debe ser flagrante», sin embargo, no se indica «el elemento de referencia en relación al cual el exceso debe apreciarse» [234]. «La ventaja puede consistir en la contraprestación (o llegado el caso, en su ausencia)» [235]. Pero, «[e]l contenido del contrato no es el único punto de referencia», puesto que «elementos exteriores pueden ser tomados en consideración, por ejemplo, prácticas habituales en el sector considerado, o al menos, las evoluciones del mercado mismo, si la finalidad sigue siendo la protección del consentimiento» [236].

[C] *El abuso de circunstancias/influencia indebida de los derechos de los Países Bajos, belga, e inglés. Una breve mención del derecho de EE. UU.*

En contraste con el derecho francés (que expongo en la anterior [B]), en cuyo Código civil solo se disponen tres vicios del consentimiento (error, dolo y violencia) y en el que, dentro del vicio de la violencia se regula el subtipo de la violencia del abuso del estado dependencia (art. 1143 CCF), otros derechos europeos continentales cuentan, además del error, el dolo y la amenaza, con un cuarto

---

[231] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 262; traducción mía.
[232] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 262; traducción mía.
[233] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 262; traducción mía.
[234] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 262; traducción mía.
[235] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 262; traducción mía.

Ilustran con este ejemplo: «Un proveedor de piezas de repuesto destinadas a la construcción de un automóvil […] amenaza con interrumpir súbitamente las entregas con el riesgo de provocar la parada completa del canal de producción, pues es el único fabricante de las piezas» y lo hace con «el fin de obtener la modificación de su contrato con el constructor. Este último [el constructor del automóvil], que no tiene ninguna solución de sustitución y para el que la parada de la producción tendría considerables consecuencias, cede a todas las exigencias financieras de su subcontratista. Si a cambio este último [el subcontratista] no se compromete a nada, salvo ejecutar las obligaciones a las que estaba obligado en virtud del contrato inicial, el nuevo contrato (modificado) podrá ser anulado con fundamento en el artículo 1143» (pp. 262-263; traducción mía).

[236] Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1143» (2018) p. 263; traducción mía.

Ilustran con este ejemplo: «Un contrato de suministro eléctrico celebrado por dos años entre el productor (que se supone en situación de monopolio) y un industrial, que llega a su vencimiento. La electricidad es indispensable para mantener la actividad del cliente. Para la conclusión del nuevo contrato, de idéntica duración, el productor exige un precio dos veces superior al antiguo, a cambio de la misma prestación. Pese a las apariencias, no es cierto que la ventaja que el productor obtiene sea "manifiestamente excesiva". En este ejemplo, el aumento puede, en efecto, explicarse por una subida de los costes (la financiación de nuevas inversiones, una fiscalidad más gravosa…) o bien por un incremento sensible de la demanda, habiendo entrañado una subida general del precio que el productor habría repercutido a todo otro comparable cliente» (p. 263; traducción mía).

vicio del consentimiento, al que de modo genérico vengo denominando abuso de circunstancias o/e influencia indebida. Ejemplos de estos otros derechos son el derecho de los Países Bajos y el derecho belga, que expongo, respectivamente, en los siguientes [C.1] y [C.2].

Ya fuera del ámbito continental europeo, en el derecho inglés existe la figura de la indebida influencia [237], que analizo en el siguiente [C.3]. Ahora bien, conviene que ya mismo advierta que, según expone Cartwright, la *duress*

---

[237] a) Situándose en la perspectiva del jurista continental, para la *undue influence* y figuras afines, INFANTE RUIZ considera que «[n]o es el concepto de *undue influence* uno de los más claros del derecho inglés contractual. […] frente a cuya conceptuación los académicos y jueces ingleses siempre se han mostrado reluctantes a ensayar cualquier definición general, hasta el punto de que se ha llegado a decir que su aspecto es el de un "páramo desestructurado de hechos y circunstancias". Pese a esta dificultad conceptual, la indagación de la institución de la *undue influence* en los casos de la jurisprudencia inglesa arroja importante enseñanzas, tanto para la reelaboración moderna de los vicios del consentimiento, como, sin ser este su ámbito, para el entendimiento de la *gross disparity* y figuras afines (*unfair advantage, unfair explotation)* del derecho moderno de los instrumentos de *soft law.* Existe una constatable atracción hacia esta figura por parte de los juristas continentales que es contemplada con cierta sorpresa por los propios ingleses.

La *undue influence* fascina enormemente por la solución lineal y sencilla que da a una serie de supuestos difíciles en encajar en el dolo o en la intimidación, pero que revelan actuaciones indecorosas de sus protagonistas: un contratante beneficiado que tiene una relación de influencia sobre otro, frecuentemente en virtud de una relación jurídica de carácter familiar o privado, y que se aprovecha injustificadamente de la relación para celebrar un contrato, que puede reportarle, aunque esto no es requisito, algún importante beneficio» [cursiva del original; *RDC* (2021) p. 2].

b) Trasladándose al derecho español, INFANTE RUIZ apunta que «[a]unque el vicio del consentimiento de la *undue influence* como tal es extraño al ordenamiento español, no obstante, es digno de mención que el propio término "influencia indebida" no es totalmente ajeno en la legislación española, desde el momento que fue introducido en el derecho europeo por la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. […]/ La directiva suministra un concepto de influencia indebida en el artículo 2, letra j)» [(2022) p. 142; *vid.* hasta p. 144; y con anterioridad, *RDC* (2021) pp. 19-20].

Dicha Directiva 2005/29/CE se traspuso al derecho español y «[e]n concreto, [dice INFANTE RUIZ] la tipificación de las prácticas agresivas y con ellas la influencia indebida se incorpora al artículo 8 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en términos literalmente exactos a los de la directiva. Tampoco se introduce en la ley española, no yéndose más allá de la directiva, ninguna norma con repercusión en el derecho contractual» [(2022) pp. 144-145; y con anterioridad, *RDC* (2021) p. 20].

Ahora bien y a pesar de lo anterior «creo [INFANTE RUIZ] que si la influencia indebida se emplea para obtener el consentimiento del consumidor en un concreto contrato es posible tratar el problema como un vicio del consentimiento, no independiente, pero sí incluible en la intimidación. Esta vía exige la aplicación del artículo 1267 CC poniéndolo en relación con la Directiva de prácticas comerciales desleales (en especial, artículos 8 y 9) y con la Ley de prácticas desleales (en particular, artículo 8) […]» [(2022) p. 145].

c) Continuando con la *undue influencia* y el Código civil español, tras su reforma por Ley 8/2021, INFANTE RUIZ expone:

«En el ámbito contractual poco importaba hasta hace poco la voluntad o deseos de la persona con discapacidad siendo sustituida automáticamente, en la mayoría de los casos, por la de su curador, tutor o guardador de hecho. 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 ha cambiado radicalmente […] esta visión, por cuanto lo importante es la garantía de la voluntad o deseos de la persona con discapacidad y no tanto la de su representante o guardador por muy diligente y segura que esta última pueda llegar a ser. Hasta ahora la cuestión de la influencia indebida o del abuso contractual sobre la persona con discapacidad poco interesaba y quedaba relegada a un segundo plano, por el papel de garante absoluto de los intereses de la persona con discapacidad que el ordenamiento jurídico atribuía al representante o guar-

dador, lo que se convertía en la práctica, en la mayoría de los casos, en una suerte de "presunción de legitimidad" de su actuación.

El cambio de paradigma introducido por la Ley 8/2021 no es sólo nominal o simbólico. En este ámbito […] la ley también intenta preservar que la voluntad de la persona con discapacidad se conforme libre de cualquier impedimento o circunstancia que la coapte. El nuevo sistema aborda decididamente el problema de la "influencia indebida", aunque no establece como instrumento de protección, […], la clásica figura anglosajona de la *undue influence* como vicio del consentimiento, sino que emplea un concepto jurídico indeterminado dirigido a los sujetos que en cada momento asuman la función de garante de los intereses de la persona con discapacidad para que procuren las salvaguardas necesarias que aseguren que el consentimiento de la persona con discapacidad se manifieste sin influencias y abusos indebidos. […]

Nadie está libre, especialmente en el caso de las personas mayores y con discapacidad, de sufrir abusos e influencias indebidas. Sin embargo, se trata de una realidad invisible que pocas veces llega al ámbito judicial, pero que es conocida desde hace tiempo por los profesionales de la medicina y de los servicios sociales. Es frecuente que en la realidad social de las personas con discapacidad, cuando se trata de celebrar o ejecutar contratos de la vida corriente, se manifiesten abusos e influencias indebidas de diversa intensidad y pelaje, difíciles muchas veces de detectar, precisamente por el contexto especial en que se desarrollan, y casi siempre bajo un halo donde la presión injustificada es invisible y se camufla en la excusa de los cuidados debidos por los hijos, descendientes u otros allegados a la persona con discapacidad; aparte de las que puedan ejercer, por su posición privilegiada y de autoridad, los representantes de las empresas con las que estos sujetos contraten (banco, comercializadoras de luz, agua o gas, vendedores, comerciales, etc.).

Consciente de esta realidad, la Ley 8/2021 establece como requisito de las medidas de apoyo que se adopten en cada caso para asegurar la capacidad jurídica de la persona con discapacidad que éstas deben evitar "conflictos de intereses o influencia indebida", así como deberán adoptarse las "salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflictos de intereses o influencia indebida". Con carácter general, recuérdese, que en el nuevo sistema la protección o el apoyo no se debe ejercitar de un "modo objetivo" ("en interés" de la persona con discapacidad), sino en un "modo subjetivo", es decir atendiendo plenamente a su voluntad, deseos y preferencias. Como apuntaba anteriormente [Infante Ruiz], en la legislación reciente empieza a despuntar la figura de la influencia indebida, y aquí tenemos un ejemplo importante, si bien la figura se dibuja de un modo poco diáfano que no permite, ni mucho menos, identificarla con la clásica figura del *common law.*

La Ley 8/2021 habla en numerosas ocasiones de las salvaguardas que deberán adoptarse para evitar abusos e influencias indebidas con ocasión de la aplicación de las medidas de apoyo que se adopten para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad (nuevos artículos 249, 250, 251, 255, 257, 258, 265, 270, 272, 275, 284 y 285 CC) o la protección de su patrimonio (nuevos artículos 3 y 5 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad). ¿Qué quiere significarse con los conceptos "abusos" e "influencias indebidas"? ¿Cuáles deben ser sus contornos? ¿Qué salvaguardas pueden adoptarse?

Desde el punto de vista conceptual, la primera idea que podría surgir es que tal vez nos encontremos ante la clásica figura de la *undue influence,* o incluso ante la figura híbrida de los textos de modernización del derecho de contratos conocida como "ventaja injusta". A mi juicio [Infante Ruiz], no pueden agotarse aquí las posibilidades conceptuales y sería un error hacerlo. El legislador ha empleado términos jurídicos indeterminados, lo cual supone que se deje a la práctica, en especial a la judicial, la función de adoptar en cada caso concreto las salvaguardas que sean consideradas como las más convenientes para evitar las influencias o abusos indebidos. Por esta razón, el abanico de posibilidades es amplio y no se agota en único concepto.

Las razones por las que la figura contemplada en la Ley 8/2021 no es la clásica *undue influence* resultan evidentes, pero conviene destacarlas. En primer lugar, en ninguno de los preceptos citados se configura expresamente ni como vicio del consentimiento ni como remedio rescisorio del contrato; ni aparece algún requisito que se maneje tradicionalmente en el marco de los vicios del consentimiento o de la rescisión por lesión. En segundo lugar, tampoco en ninguno de estos preceptos se hace alusión a que la consecuencia jurídica asignada al contrato que la persona con discapacidad celebre bajo influencia o abuso indebido sea algún tipo de ineficacia, salvo la anulabilidad prevista en el artículo 1301.3 CC [*sic*; 1302.3] […]. En tercer lugar, no se establece ninguno de los supuestos específicos que tradicionalmente configuran la *undue influence*. Finalmente, no aparece ninguno de los requisitos clásicos previstos en el *common law* para la *undue influence*» [cursiva del original; (2022) pp. 150-155; sobre posibles salvaguardas para evitar

(coacción) [238], la *undue influence* (indebida influencia) y la doctrina de *unsconscionable bargains* (negocios abusivos, o leoninos, o inconcebibles o inadmisibles, o expresión similar) [239] se encuentran relacionadas, al tener presente que una parte ha «aplicado una forma de presión sobre la otra, o» ha «abusado de su posición frente a la otra» en orden a lograr el contrato, y «[l]a parte que dio su consentimiento al contrato bajo presión o en respuesta a un abuso de posición por parte de la otra tiene derecho a revocar su consentimiento: [esto es, que] el contrato es anulable» [240]. En su día, Lord Denning intentó reunir en un concepto a la

---

la influencia indebida o el abuso de confianza, como asesoramiento independiente, deber de procurar información comprensible (información proactiva), rendición de cuentas simplificada, garante contractual, garante digital, *vid.* hasta p. 159].

Además, sobre la influencia indebida y la persona con discapacidad en la regulación del Código civil, tras su reforma por Ley 8/2021, Martín Briceño (2022) pp. 489-495; De Amunátegui Rodríguez (2022) p. 92.

[238] Sintéticamente, según Cartwright, «[u]n contrato es anulable sobre el fundamento de la coacción si la otra parte induce al demandante a contratar, aplicando una "ilegítima" presión, la cual no le dio prácticamente opción, sino para someterse. Hasta la década de 1970, los tribunales no habían desarrollado la coacción más allá de los casos de amenazas para dañar a la persona del demandante o a su propiedad –y no era incluso cierto que las amenazas de dañar la propiedad fueran suficientes», «[p]ero, en los últimos cuarenta años», los tribunales extendieron la coacción «para cubrir amenazas a los intereses económicos del demandante, comúnmente referida como "coacción económica"» [(2016) p. 191; para la *duress*, *vid.* hasta p. 193]. Traducción mía.

[239] Sobre los *unconscionable bargains,* Cartwright explica que los «tribunales de equidad sostuvieron que un negocio podría ser apartado si fue» *unconscionable*, lo que tuvo origen «en algunos viejos casos en los que expectantes herederos fueron protegidos» (estaban en «dificultad financiera, pero confiaban en el hecho (o esperaban) de su futura herencia, tomando crédito en términos [condiciones] onerosos [onerosas»]), pero, en *Fry v Lane* aquello se generalizó en un principio más amplio» [(2016) p. 197]. En concreto, en *Fry v Lane* se vino a decir que «si una compra es hecha a un hombre pobre e ignorante a un considerable infravalor, el vendedor no ha contado con consejo independiente, el Tribunal de equidad podrá apartar la operación» y, «si estos elementos se establecen, la carga se traslada al comprador para que mueste que la operación fue equitativa, justa y razonable» (p. 197).

Ahora bien, señala Cartwright, los elementos del anterior test se desarrollaron en «*Cresswell v Potter* en 1968 de un modo que parecía que lo abría como herramiento más general para fundamentar la anulación de un contrato» (p. 197). Así, en *Cresswell v Potter* se dijo: «Ochenta años antes, cuando *Fry v Lane* fue decidido, las condiciones sociales eran muy diferentes de aquellas que hoy existen. Yo, sin embargo, no pienso que el principio haya cambiado, incluso aunque los eufemismos del siglo xx puedan exigir que la palabra "pobre" sea reemplazada por la de "miembro del grupo de renta más bajo" o similar, y la palabra "ignorante" por la de "educación menos alta"» (p. 197).

Según Cartwright, si bien el anterior principio se ha aplicado a algunos casos, su aplicación es relativamente rara en Inglaterra, habiendo sido desarrollado como principio más general en algunos otros países del *common law* (p. 197), notablemente en Australia, y en Estados Unidos que cuenta con la Sección 2-302 del *Uniform Commercial Code* (sobre el derecho de EE. UU, *infra* nota 244). Por lo que respecta a Inglaterra y en la práctica, explica Cartwright, lo más común es que las partes encaucen sus demandas en la *undue influence* [de la que doy cuenta en el cuerpo del texto, en siguiente [C.3]], siendo más inusual que el caso, desestimado por *undue influence*, tenga éxito como un «unconscionable bargain» (p. 197). Y «[c]omo en la indebida influencia, la base para la rescisión del contrato no es la injusticia de las cláusulas del contrato, sino el hecho de que el demandante ha (o, de las circunstancias puede inferirse que él ha) obtenido el contrato por medios inadecuados» (pp. 197-198). Traducción mía.

[240] Cartwright (2016) p. 189; traducción mía. Más adelante dice este autor: «[e]n la coacción […] y en algunos casos de indebida influencia, la parte sabe qué está haciendo, pero no tiene un auténtica opción en el asunto. Por otro lado, hay también casos de indebida influencia donde la parte, ejerciendo la influencia, lo hace de una forma más sutil y la víctima no puede darse cuenta que es víctima de un abuso de la posición de la otra parte» (p. 190).

duress, la *undue influence* y los *unconscionable bargains*, lo que no obtuvo éxito en el derecho inglés, como informa Infante Ruiz [241].

[241] a) Expone Infante Ruiz que, «[f]ue el mítico juez inglés, Lord Denning el que trató de reunir las tres doctrinas bajo este único concepto, como si existiese una especie general de *unconscionability,* en el caso *Lloyds Bank Ltd. V. Bundy*. En uno de los fundamentos de esta sentencia Denning afirmó que el derecho inglés facilita un remedio jurídico a quien, sin un asesoramiento independiente, celebra un contrato bajo unas condiciones injustas o transmite la propiedad bajo una consideración que es enormemente inadecuada, cuando su equilibrio en la negociación es gravemente afectado por causa de sus propias necesidades o deseos, o por su propia ignorancia o trastorno, habiendo sido captado mediante influencias o presiones indebidas dirigidas a influir en él u obtener un beneficio para el otro», sin embargo, «[e]ste planteamiento no tuvo predicamento en la jurisprudencia inglesa posterior, que lo criticó duramente, ni tampoco en la doctrina, la cual siempre se ha encargado de destacar la independencia de cada una de estas instituciones [*duress, undue influence, unconscionable bargains*]. Estas doctrinas, se dice, están claramente definidas mediante un conjunto de reglas separadas, y la idea de Lord Denning no cubre adecuadamente todo el derecho existente en cada institución. Se critica también que no es competencia de los tribunales crear un "principio general" relativo a la protección frente a la asimetría de poder en la negociación, lo cual es tarea del legislador. Lord Scarman se opuso vivamente a este pretendido principio en el asunto *National Westminster Bank Plc v. Morgan*, a quien siguió el resto de jueces, remarcando que no existe ninguna necesidad en el derecho moderno para erigir un tal principio general al objeto de proteger a las personas frente a la asimetría de poder negocial. Así, sería muy insólito que la mera asimetría en la negociación, incluso cuando conduce al ejercicio de una presión considerable, sea reconocida como un motivo de anulabilidad del contrato. Por lo tanto, salvo que se reconozca una doctrina general con las directrices sugeridas por Lord Denning, los contratos sólo podrán anularse en este contexto si recaen en alguna de las categorías de "victimización" reconocidas como tales, esto es, *duress, undue influence* y *unconscionable advantage taking*» [(2022) pp. 62-63).

Ahora bien, añade Infante Ruiz, «[p]ese a las críticas y aun no habiendo cuajado nunca en la jurisprudencia inglesa, la doctrina de Lord Denning todavía sigue fascinando a algunos autores, fascinación que incluso se mueve a otras jurisdicciones del *common law.* Marcus Moore procura una serie de razones para la unificación de las tres doctrinas: fundamentalmente, se evitarían, ante sus similitudes, los problemas de interrelación y de solapamiento; se conjuraría el peligro de la confusión de las tres instituciones [*duress, undue influence, unconscionable bargains*]; se ganaría en claridad conceptual y se simplificarían los litigios y las decisiones judiciales; y dejarían de existir las excesivas particularizaciones fácticas de cada una de estas doctrinas. La conclusión de este autor es que un principio *ad hoc* que permita la anulación de un contrato en el que una parte explota seriamente a la otra y constriñe su autonomía de decisión, unificaría, e incluso garantizaría, la racionalidad y la operatividad de las discretas doctrinas de la *duress,* la *undue influence* y la *unconscionability*; su reconocimiento mejoraría la coherencia del ordenamiento, clarificaría y haría más eficientes las demandas y facilitaría decisiones judiciales más consistentes» (cursiva del original; apellidos, mayúsculas en el original; p. 63).

b) Por su parte, para Infante Ruiz, «[l]a [anterior] propuesta es sugerente, pero no consigue superar […] dos problemas fundamentales: *uno,* el cuerpo consolidado de casos y sus diferencias en cada una de las tres instituciones; *dos,* el hecho incuestionable de que la *undue influence*, pero también la *duress* aunque en menor medida, no exige necesariamente que exista una ventaja excesiva de parte del contratante beneficiado, sino que se aproveche injustificadamente de su predominio en la relación. En cambio, el pretendido principio general de la "asimetría en el poder de negociación" requiere siempre en su supuesto de hecho como elemento objetivo la existencia de ventaja excesiva. En este mismo olvido, en el propio punto de partida en la moderna (re)formulación legal de estas figuras, incurren, […], los instrumentos de armonización del derecho contractual [«Artículo 3.27 [*sic*; 3.2.7] PICC 2016 (*gross disparity*); artículo 4:109 PECL (*excessive benefit or unfair advantage*); artículo II.-7:207 DCFR (*unfair exploitation*), y también las propuestas españolas de reforma del Código Civil [«Artículo 1301 PMCC ("ventaja excesiva"); artículo 527 PCC ("ventajismo")» (pp. 63-64 y notas 90 y 91 de p. 64). Transcribo respectivamente todos estos citados textos jurídicos por parte de Infante Ruiz *infra*, notas 439, 396, 435, [23] a) y nota 477, nota 478 a).

Más allá de lo por ahora brevemente apuntado para el derecho inglés, trasladándome al derecho de EE. UU., en este también se conocen las figuras de *duress* (coacción) [242], *undue influence* (indebida influencia) [243] y *unconscionability* (abusividad, injusticia) [244].

---

[242] KLASS explica que, «[c]uando los actos, que de otro modo manifiestan consentimiento, son totalmente involuntarios, tales como cuando una parte es físicamente compelida a firmar un documento, no hay consentimiento, y en consecuencia, no hay contrato» [(2012) 154, p. 113]. En cambio, «[l]os casos más difíciles son aquellos en los que una parte consiente al acuerdo bajo una forma menor de compulsión o amenaza, implicando que su consentimiento no fue totalmente voluntario. La coacción ["duress"] [es] un tipo menor [que] no evitará la formación de un contrato, aunque puede hacer anulable el contrato por la parte amenazada» (154, p. 113). Por otro lado, «en las tempranas decisiones de los Estados Unidos, generalmente se siguió el muy estrecho entendimiento de la coacción» que había en Inglaterra, pero apunta KLASS, «[l]a expansión de la definición de "coacción" ha creado difíciles problemas sobre la línea divisoria, en cuanto a cuándo una amenaza es indebida y el grado en qué debe interferir en la elección de la otra parte para darla el poder de anular el contrato» (154, p. 113). Termina KLASS con la consideración de que «en esta área», «[e]l derecho […] es más complicado por la relación con la doctrina equitativa de la indebida influencia, así como por la borrosa línea entre coacción y» *unconscionability* (154, p. 113; traducción mía; para la *inconscionability infra,* nota 244).

En cuanto a los requisitos de la coacción, la sección 175 del *Second Restatement* «describe la regla básica […]: "Si la manifestación del consentimiento de una parte es inducida por una amenaza indebida por parte de la otra parte, que no permite a la víctima una alternativa razonable, el contrato es anulable por la víctima"» (155, p. 113). La parte que demanda la existencia de la coacción debe probar: «(1) una amenaza indebida, la cual (2) no le deja una alternativa razonable y (3) induce su manifestación del consentimiento» (155, p. 113). «En el caso prototípico de coacción, una parte amenaza con alguna consecuencia indeseable si la otra parte no acuerda el negocio», no obstante, la «sección 175 dispone […] que una amenaza que no sea de parte también puede hacer anulable el contrato, salvo si la parte que no amenazó, "de buena fe y sin razón para conocer la coacción, da valor o confía considerablemente en el negocio"» (155, p. 113; traducción mía; para la *duress*, *vid.* hasta p. 116).

[243] Según KLASS, «[l]a regla de la indebida influencia es similar a aquella de la coacción ["duress"], pero fue desarrollada por los tribunales de equidad y sus elementos son en cierto modo más fáciles de satisfacer. […] La sección 177» del *Second Restatement* «describe la indebida influencia como una "injusta persuasión de una parte que está bajo la dominación de la persona que ejerce la persuasión o que, por razón de la relación entre ellas, les está justificado asumir que aquella persona no actuará de manera inconsistente con su bienestar". Como un tribunal de California ha explicado, la "marca distintiva de tal persuasión es una alta presión, una presión que trabaja sobre la mental, moral, o emocional debilidad con tal alcance que se acerca a los límites de la coerción"» [(2012) 159, p. 116].

Añade KLASS que los «[r]esultados de la indebida influencia son típicamente limitados a casos en donde hay una especial relación entre las partes, tales como padres e hijo, marido y mujer, o abogado y cliente, que hacen a una parte especialmente susceptible de ser influida por la otra» (159, p. 116). «Pero hay también casos en los que la indebida influencia resulta de las circunstancias del negocio que hacen a una parte especialmente susceptible de ser presionada, como si una madre soltera fue convencida por la casa de maternidad, durante un periodo de angustia emocional inmediatamente después del nacimiento de su hijo, para dar al hijo en adopción» (159, p. 116). Traducción mía.

[244] a) Según la Sección 2-302 UCC: «Contrato o cláusulas abusivos

(1) Si el tribunal, como cuestión de Derecho, determina que el contrato o cualquier cláusula del mismo eran abusivos en el momento en que fue celebrado, el tribunal puede, o bien denegar la ejecución del contrato, ordenar la ejecución del resto del contrato sin la cláusula abusiva, o limitar la aplicación de cualquier cláusula considerada abusiva para evitar que se produzca un resultado inicuo.

(2) Cuando el tribunal considere, a solicitud de una de las partes o de oficio, que el contrato o alguna cláusula del mismo pueden ser abusivos, se les concederá a las partes una oportunidad razonable de presentar pruebas respecto de la situación comercial, propósito y efectos del contrato o de la cláusula, a fin de auxiliar al tribunal en la determinación del carácter abusivo del contrato o de la cláusula» [traducción de GARRIDO (2002) pp. 102-103].

Terminada esta introducción, comienzo a exponer los derechos de los Países Bajos, belga e inglés.

---

b) Sobre la *unconscionability*, Klass informa que «[u]na de las más significativas innovaciones del UCC fue distinguir la» *unconscionability* «como un fundamento separado y suficiente para denegar la ejecución del contrato» (161, p. 117). En cuanto a la Sección 2-302 UCC, Klass explica que, «[m]ientras la [anterior] disposición solo se aplica a contratos de venta de bienes, la misma ha influido enormemente en el derecho común ["common law"] de contratos», y «[m]uchas jurisdicciones ahora reconocen la doctrina de la» *unconscionability*, habiéndose adoptado en la Sección 208 del *Second Restament* un lenguaje que sigue al de dicha Sección 2-302 UCC (162, p. 117). Ahora bien, «[n]i el UCC, ni el» *Second Restatement* definen la «unconscionable», y los «Tribunales, de modo similar, se han resistido a articular el conjunto de las condiciones necesarias y suficientes para encontrar al contrato o alguno de sus términos como» *unconscionable*, así como «inejecutable» (162, p. 117). Aclara Klass, que ese «rechazo a la definicion se justifica por la dificultad de anticipar las muchas posibles maneras de malos tratos e injustos negocios», habiendo «[l]a preocupación que reglas claras vayan a aportar puerto seguro a comerciantes no escrupulosos» (162, p. 117).

Además, «[e]n su influyente artículo de 1967», *Unconscionability and the Code – The Emperor's New Clause*, «Arthur Leff diferenciaba entre» la procedimental *unconscionability* y la sustancial *unconscionability* (162, p. 117). En una primera aproximación, Klass indica que la procedimental *unconscionability* «se refiere a defectos en el proceso de negociación que, siendo insuficientes para hacer al contrato nulo, anulable o inexigible bajo las doctrinas tradicionales tales como el dolo [«fraud»], el error, la coacción, o similares, sugerían que, para una de las partes del acuerdo, los términos [cláusulas] no habían sido totalmente voluntarios», mientras que la sustancial *unconscionability* «se refiere a la injusticia o inequidad de los términos [cláusulas] en sí mismos» (162, p. 117). En relación con los tribunales, continúa explicando Klass, cuando estos «sostienen que los contratos son» *unconscionable*, «el negocio casi siempre envuelve algún grado tanto de» procedimental *unconscionability* como de sustancial *unconscionability* y «ocasionalmente se ha dicho», que ni la procedimental *unconscionability* ni la sustancial *unconscionability* por sí «solas serán suficiente para hacer al contrato inejecutable, aunque «el mayor sustancialmente opresivo término [cláusula] del contrato, menos prueba [se] requerirá [para] la» procedimental *unconscionability* «y viceversa», y estas «afirmaciones puede decirse que se leen mucho en los casos» (162, p. 117).

Expuesto lo anterior, Klass se centra:

b.1) En la procedimental *unconscionability*. Sobre esta, Klass recuerda, que «típicamente envuelve un defecto del consentimiento, aunque ese defecto del consentimiento no alcanza el nivel del dolo ["fraud"], coacción, error, o alguna otra causa invalidante» (163, p. 118). Al respecto, los «Tribunales han fundamentado la procedimental» *unconscionability* allí «donde los términos han sido enterrados en una impresión pequeña o en palabras no claras, donde hay un extrema desigualdad en el poder de negociación, y donde la prueba sugiere que, por una parte, no fueron totalmente comprendidos los términos del acuerdo» (163, p. 118). En cuanto a los Tribunales de California, Klass apunta que «han identificado dos principales tipos de procedimental» *unconscionability*: la «opresión y [la] sorpresa» (163, p. 118). La «"[o]presión" surge de la desigualdad en el poder de negociación, de la que resulta una no real negociación y una significativa ausencia de elección», y la «"sorpresa" se encierra en la medida en que los supuestamente acordados términos del negocio están ocultos en la prolija forma impresa diseñada por la parte que busca la ejecución de los discutidos términos» (163, p. 118).

Según Klass, en «[l]os comentarios a la sección 208» del *Second Restatement* se listan factores que los «tribunales han tomado como indicativos de un significativo defecto en el proceso de negociación: "creencia por la parte fuerte de que no hay razonable probabilidad de que la parte débil cumplirá totalmente el contrato; conocimiento de la parte fuerte de que la parte débil es incapaz de lograr beneficios sustanciales del contrato; conocimiento de la parte fuerte de que la parte débil es razonablemente incapaz de proteger su interés por razón de sus físicas o mentales debilidades, ignorancia, analfabetismo o inhabilidad para comprender el lenguaje del acuerdo"» (163, p. 118). Y, según «[l]os comentarios a la sección 2-302 UCC [que transcribo en esta nota, anterior a)] [, se] afirma que la regla no significa perturbar la "distribución de los riesgos a causa del superior poder de negociación," y es bastante claro que un acuerdo no será inejecutable solo sobre la base de la procedimental» *unconscionability* (163, p. 118).

[C.1] *El abuso de circunstancias (indebida influencia) del derecho de los Países Bajos*

a) En el derecho de los Países Bajos, los vicios del consentimiento son el error (vicio del contrato, art. 6:228 BW, en la Sección 2 del Título 5 del Libro 6) [245], la amenaza, el dolo y el abuso de circunstancias (o influencia indebida) (art. 3:44.1 BW, en el Título 2 del Libro 3 [246]). Como adelanté *supra*, anterior [C], el derecho de los Países Bajos es un ejemplo de derecho en el que se regula un cuarto vicio del consentimiento, el abuso de circunstancias (influencia indebida).

En 2023 decía, «[s]obre el llamado "cuarto defecto del consentimiento" del Código civil de los Países Bajos [es decir, sobre el abuso de circunstancias (indebida influencia)], Hartkamp informa que *procede* de la doctrina inglesa de la *undue influence* y se trata de un vicio ya adoptado en otros países como Alemania, Suiza e Italia» [247]. Pues bien, el«[a]buso de circunstancias existe, cuando alguien que sepa o deba comprender que otro por circunstancias especiales, como estado de necesidad, dependencia, ligereza mental, estado de juicio anormal o inexperiencia, sea movido a realizar un acto jurídico, aunque sepa o deba comprender que debería impedírselo» (art. 3:44.4 BW [248]) [249].

---

b.2) En la sustancial *unconscionability.* Como apuntó antes Klass, esta se «refiere a la injusticia en los términos [cláusulas]» y puede «suponer un enorme y total sesgo del contrato, o un enorme sesgo de un solo término [cláusula del contrato], una exoneración de garantía, una limitación de los daños, o la concesión de una ventaja procedimental» (164, p. 118). Para la cláusula («term») sobre el precio, advierte Klass que merece «especial mención» y al respecto, «Farnsworth defiende que solo el precio es improbable que sea la base para encontrar una sustancial» *unconscionability*, pues «las partes normalmente están al tanto del precio, el precio es frecuentemente objeto de negociación, y los tribunales encuentran dificultades para evaluar la justicia del sobreprecio del vendedor», mientras que «Williston […] encuentra casos sosteniendo que un exorbitante precio puede probar defectos procedimentales y unos pocos sostienen que un precio injusto basta para hacer al contrato inejecutable» (164, p. 119). Traducción mía.

[245] Analicé el error del artículo 6:228 BW, Fenoy Picón, *ADC* (2017) [53]-[54] pp. 522-524; y el error en la declaración, artículos 3:33 y 3:35 BW, [53] p. 522 y [56] pp. 525-526.

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

[…]» [traducción de Van Reigersberg Versluys (1996); no tiene paginación el libro].

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

[…]» [traducción de Warendorf/Thomas/Curry-Sumner (2013) p. 452].

[247] Fenoy Picón (2023) [19] [A.2] p. 108; cursiva del original.

[248] a) Traducción de Van Reigersberg Versluys (1996); no tiene paginación el libro.

b) Artículo 3:44 BW: «[…].

4. Undue influence occurs where a person knows or ought to understand that another is being induced to perform a juridical act a result of special circumstances –such as a state of emergency, dependency, wantonness, abnormal mental condition or inexperience– and promotes the realization of that juridical act, although what he knows or ought to understand should cause him to refrain from so doing» [cursiva mía; traducción de Warendorf/Thomas/Curry-Sumner (2013) p. 452].

[249] a) «*Sobre los efectos del abuso de circunstancias (indebida influencia),* [decía en 2023 que] el contrato podrá anularse (art. 3:44[.1] BW [que transcribo *supra*, nota 246), aunque la parte beneficiada por el contrato puede evitarlo si, oportunamente, propone una modificación del contrato que, adecuadamente, remueva el perjuicio existente (adaptación del contrato; artículo 3:54.1 BW); y además, el juez, en lugar de pronunciar la anulación del contrato, podrá, si alguna de las partes se lo solicita, modificar el contrato,

b) Sobre los «*requisitos de aplicación* del artículo 3:44 (4) BW, [seguía apuntando en 2023 que] Van Rossum expone estos: *uno*, que se den las especiales circunstancias contempladas en dicho artículo, si bien, añade, que su listado no es exhaustivo, sino solo ilustrativo; *dos*, que medie un nexo causal entre esas especiales circunstancias y la celebración del contrato; y *tres*, que tenga lugar el abuso de las circunstancias, el cual se produce si la otra parte, que sabe de la situación crítica de la víctima, celebra el contrato, pese a que hubiera debido abstenerse de hacerlo en vista de las recognoscibles desventajas de la víctima» (cursiva del original) [250].

c) Por último, aún siendo de fecha anterior al Código civil de los Países Bajos de 1992, suele aludirse a «la clásica decisión de la "HR 29 May 1964 […] (Van Elmbt v. Feierabend)", en donde una anciana viuda, en situación de angustia financiera y mental y muy dependiente de su egoísta consejero, le vendió su casa, sabiendo el consejero que ella quería mantener la casa a todo trance, entendiéndose que no constituía excusa el que la anciana viuda hubiese recibido un precio justo, y se considero nulo el contrato» [251].

[C.2] *El abuso de circunstancias y el derecho belga*

a) Igualmente avancé *supra,* en la anterior [C], que en el derecho belga existen cuatro vicios del consentimiento; a saber, el error, el dolo, la violencia, y el abuso de circunstancias (art. 5:33. I CCB [252]). En el comentario oficial del artículo 5:33 CCB se indica que «[e]l párrafo primero [de dicho art. 5.33 CCB] con-

---

suprimiendo el perjuicio (art. 3:54.2 BW) [que transcribo en esta nota, siguiente b)]»; Fenoy Picón (2023) [19] [A.2] p. 109.

b) Artículo 3:54 BW:

«1. La facultad para invocar la anulación de un acto jurídico multilateral por razón de abuso de circunstancias caduca, cuando la parte contraria proponga a tiempo una modificación de los efectos del acto jurídico, la que suprime el perjuicio de una manera contundente.

2. Asimismo puede el juez, cuando así lo solicite una de las partes, en lugar de pronunciar una anulación por razón de abuso de circunstancias, a fin de suprimir este perjuicio, modificar los efectos del acto jurídico» [traducción de Van Reigersberg Versluys (1996); no tiene paginación el libro].

Artículo 3:54 BW:

«1. The power to invoke undue influence to annul a multilateral juridical act shall lapse when the other party in good time proposes a modification to the consequences of the judical act which conclusively removes the prejudice.

2. Furthermore, instead of pronouncing the annulment for undue influence, the court may, if one of the parties so moves, modify the consequences of the juridical act to remove such prejudice» [traducción de Warendorf/Thomas/Curry-Sumner (2013) p. 456].

[250] Fenoy Picón (2023) [19] [A.2] p. 109.

[251] Fenoy Picón (2023) [19] [A.3] p. 111.

[252] a) Artículo 5.33 CCB: «Vicios del consentimiento

No hay consentimiento válido cuando es consecuencia de un error, de un dolo, de una violencia o de un abuso de circunstancias, con tal de que el vicio del consentimiento sea determinante.

[…]» (traducción mía).

b) Artículo 5.33 CCB: «Vices de consentement

Il n'y a pas de consentement valable lorsqu'il est la conséquence d'une erreur, d'un dol, d'une violence ou d'un abus de circonstances, pour autant que le vice de consentement soit déterminant.

[…]».

firma los vicios del consentimiento [entonces] existentes (art. 1109 C. civ. [error, violencia y dolo][253]; art. 1130 C.civ.fr. [que transcribo *supra* nota 156]) introduciendo el abuso de circunstancias como vicio de consentimiento general»[254]. Ahora bien, también se advierte que el vicio del abuso de circunstancias se admitía «en la jurisprudencia y en la doctrina bajo la denominación de» «lésion qualifiée»[255], lo que efectivamente era así[256].

---

[253] a) Artículo 1109 aCCB: «No hay consentimiento válido, si el consentimiento no ha sido dado más que por error, o ha sido arrancado por violencia o sorprendido por dolo» (traducción mía).

b) Artículo 1109 aCCB: «Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dolo».

[254] *DOC* 1806/001, p. 35; traducción mía.

[255] *DOC* 1806/001, p. 35; continúa: «Las reglas en materia de vicios del consentimiento aspiran a proteger la integridad del consentimiento (voluntad libre y consciente). La lesión simple no es integrada en la enumeración [de los vicios del consentimiento] porque no es un vicio de consentimiento general» (pp. 35-36; traducción mía).

[256] a) Sobre la teoría de la *lésion qualifiée* informaba en 2020:

a.1) «Es teoría acogida *por los autores*, sobre todo por la influencia de los escritos de A. de Bersaques, y su teoría general la propuso, en Bélgica, la sobresaliente tesis del profesor W. De Bont.

Por lo que respecta a los Tribunales, en 2011, Wéry señalaba que ha sido bien acogida por los jueces de *fond* y que la *Cour de Cassation* aún no había tenido ocasión de acogerla claramente, aunque a veces se mencionan las *SS 09.07.1936* y *21.09.1961*, ambas de dicha *Cour de Cassation,* en el sentido de que, al menos, implícitamente, la consagran, lo que, en opinión de Wéry, debe someterse a cautela. Asimismo se cita la *S 29.04.1993* de la *Cour de casssation,* por la cual Wéry indica que, si bien es temerario considerarla como decisión de principio, puede considerársela, siguiendo a J.-F. Romain, como un "momento significativo en la evolución jurisprudencial de la *lésion qualifiée* en el Derecho belga". *Y ya en 2015,* Wéry apunta que la *S 09.11.2012* de la *Cour de Cassation consagra expresamente, por vez primera, la teoría de la lésion qualifiée,* evitando el obstáculo del artículo 1118 CCB [anterior a la reforma belga de 2022, que disponía: "La lesión no vicia las convenciones más que en algunos contratos o respecto de algunas personas, tal y como será explicado en la misma sección", traducción mía; "La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section"]. Señalan también que en dicha *S 09.11.2012* de la *Cour de Cassation* se reconoce la *lésion qualifiée,* Van Ommeslaghe y Peeraer/Samoy» [cursiva del original; Fenoy Picón, *ADC* (2020) [73] [A] pp. 1440-1441].

a.2) Sobre sus requisitos, apuntaba que «debe haber una *desproporción manifiesta (no leve) entre las recíprocas prestaciones en el momento de la celebración del contrato.* La desproporción debe proceder del *abuso por una de las partes, de la posición de debilidad de su contratante.* El abuso no supone necesariamente intención de perjudicar, *ni necesariamente se acompaña de maniobras.* La situación de inferioridad, explotada abusivamente por la otra parte, puede originarse por las *propias características de la víctima de la lesión*, sea por su vulnerabilidad, necesidades, ignorancia, inexperiencia o pasiones. Y esa situación de inferioridad *también* puede deberse a *circunstancias externas.* Debe haber un *nexo de causalidad* entre el abuso y la manifiesta desproporción (esto es, que, sin el abuso, la víctima no hubiera concluido la convención, o lo hubiera hecho en condiciones menos desventajosas para ella)» (cursiva del original; [73] [A] pp. 1441-1443).

a.3) Por último, sobre su fundamento y consecuencias explicaba, que «[s]e discute el *fundamento* de la presente teoría. *Para unos,* la convención adolece de una *causa ilícita,* pues es *contraria* a las *buenas costumbres* o *moral:* es inmoral abusar de una posición de superioridad para concluir una convención manifiestamente desequilibrada. *Y respondiendo a esa lógica,* el contrato se encuentra afectado por *nulidad absoluta.* Sin embargo, *la opinión mayoritaria,* en la que se incluye Wéry, prefiere considerar que en la *lésion qualifiée se falta al imperativo de la buena fe en la fase precontractual, o* más ampliamente, *que hay una culpa in contrahendo.* El abuso de la posición de inferioridad del otro contratante supone, entonces, *una culpa aquiliana sancionable por el artículo 1382 CCB* […] y la *reparación,* a asumir por el culpable con base en dicho artículo 1382 CCB, puede adoptar distintas formas, en particular la reparación *in natura.* Y al respecto, y según el caso, la doctrina reconoce a la víctima *el derecho de reclamar el reequi-*

b) Centrándome en el «abuso de circunstancias», este se define de la siguiente manera.

«Hay abuso de circunstancias cuando, en el momento de la celebración del contrato, existe un desequilibrio manifiesto entre las prestaciones a consecuencia del abuso por una de las partes de circunstancias vinculadas a la situación de debilidad de la otra parte» (traducción mía; art. 5.37. I CCB) [257] [258]. En el comentario oficial del artículo 5.37 CCB se reitera, que «[e]sta disposición [del art. 5.37 CCB]

---

librio de la convención, o su desaparición retroactiva, la cual "se asemejará […] a los efectos de una nulidad relativa" […]. Van Ommeslaghe apunta que el fundamento que propone W. De Bont para la teoría de la *lésion qualifiée,* en su antes citada tesis […], es que el abuso de la libertad de contratar entraña la aplicación de las sanciones asociadas al abuso del derecho, en particular la de la nulidad relativa. Van Ommeslaghe es partidario de justificar la teoría de la *lésion qualifiée* en el principio de la buena fe» (cursiva del original; [73] [A] pp. 1443-1444).

b) También informaba en 2020 que Dekkers, en 1995, «reconducía el abuso de influencia al *vicio de la violencia*. Tras explicar que el temor reverencial no permite anular el contrato (art. 1114 CCB [entonces vigente y según el cual: "El solo temor reverencial respecto al padre, madre, u otro ascendiente, sin que se haya ejercido violencia, no basta para anular el contrato", traducción mía; "La seule crainte révérentielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat"]), [Dekkers] decía que si uno utiliza su superioridad económica, profesional o social, como medio de presión para obtener ventajas que, sin ellas, no se habrían obtenido, se comete el llamado *abuso de influencia* que justifica la anulación del contrato (por ejemplo, el confesor abusa del miedo del penitente para obtener un legado o una donación "caritativa"; el patrón, sin abiertas amenazas, abusa del miedo del empleado a perder su puesto de trabajo, haciéndole consentir que le adelante fondos)». «Similares ideas para el *abuso de influencia* se leen en De Page [en 1962]»; cursiva del original; [73] pp. 1444-1445.

[257] a) Continúa el artículo 537 CCB, en su párrafo II: «Abuso de circunstancias

[…]

En este caso [habiendo abuso de circunstancias], la víctima puede pretender la adaptación de sus obligaciones por el juez y, si el abuso es determinante, la nulidad relativa» (traducción mía).

b) Artículo 5.37 CCB: «Abus de circonstances

Il y a abus de circonstances lorsque, lors de la conclusion du contrat, il existe un déséquilibre manifeste entre les prestrations par suite de l'abus par l'une des parties de circonstances liées à la position de faiblesse de l'autre partie.

En ce cas, la victime peut prétendre à l'adaptation de ses obligations par le juge et, si l'abus est déterminant, à la nullité relative».

[258] a) De los efectos (sanciones) del abuso de circunstancias se ocupa el párrafo II del artículo 5.37 CCB (que transcribo en la nota inmediatamente anterior a esta) y son la adaptación judicial de las obligaciones de la víctima, y la nulidad relativa del contrato si el abuso hubiera sido determinante de la celebración del contrato.

En el comentario oficial del artículo 5.37 CCB se indica que su «párrafo 2 define las sanciones [del abuso de circunstancias]. Bien que, como regla general, la sanción de un vicio del consentimiento sea la nulidad relativa, está comprobado que a una víctima, frecuentemente, le es ventajoso el mantenimiento del contrato mediante una adaptación de su prestación», y al respecto, «[e]l *soft law* conoce una sanción de este tipo en caso de abuso de circunstancias (por ej., artículo II.-7:207 (1) DCFR [*sic*; son los apartados (2) y (3), que transcribo *infra* nota 435]; artículo 3.2.7 PICC [que transcribo *infra* nota 439]»; además, «[l]a doctrina defiende, desde hace tiempo, que el compromiso excesivo pueda ser reducido» [traducción mía; *DOC* 55 1806/001 p. 47].

Se precisa igualmente en el comentario, que «[l]a opción retenida [en el artículo 5.37. II CCB] es no autorizar la nulidad relativa [del contrato] más que en el caso de que el abuso de circunstancias presente un carácter determinante» (art. 5.33. I CCB, que transcribo *supra* nota 252) (p. 47). «Si se trata de un abuso de circunstancias que, para la víctima, no fue determinante para la celebración del contrato, la adaptación [del contrato] será fundamentada en la responsabilidad precontractual. En efecto, la sanción de un

confirma la teoría de la» «lésión qualifiée» «desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina [259], [añadiéndose,] porque el número de casos de lesión reconocidos por la ley ha sido juzgado insuficiente», y «[u]na figura jurídica de carácter general [como la regulada en dicho artículo 5.37 CCB] ha sido elaborada para las situaciones en las que un contrato presenta *ab initio* un desequilibrio manifiesto por consecuencia del abuso por una de las partes de la inferioridad de la otra parte o por consecuencia del abuso de su posición de fuerza» [260].

c) Los requisitos del abuso de circunstancias del artículo 5.37. I CCB son los tres siguientes:

c.1) «[E]l abuso de circunstancias surge de un desequilibrio manifiesto entre las prestaciones estipuladas por las partes» [261], precisando al respecto Janssens, que «no puede tratarse de una operación simplemente desfavorable para una parte; el desequilibrio debe ser flagrante» [262].

c.2) «Debe haber un *abuso por una de las partes de las circunstancias concretas de inferioridad en las que la víctima se encontraba en el momento de la celebración del contrato* (cursiva del original) [263].

Janssens apunta que «[e]l abuso no supone necesariamente un acto positivo, incluso una maniobra» y «[a]sí, basta que el beneficiario de la lesión se aproveche de la situación de inferioridad y de desequilibrio y, con un comportamiento pasivo, obtenga provecho de esta situación» [264].

---

vicio del consentimiento accesorio puede consistir en que el juez proceda, a título de reparación del daño, en una adaptación de la prestación que la víctima ha prometido ejecutar» (traducción mía; p. 47).

b) Por otro lado y con carácter general (esto es, para todos los vicios del consentimiento, error, dolo, violencia y *abuso de circunstancias)*, el artículo 5.33. II CCB ordena: «Vicios del consentimiento/ […] [el párrafo I lo transcribo *supra* nota 252].

A menos que la ley disponga otra cosa, un contrato afectado por un vicio del consentimiento, permite la nulidad relativa, sin perjuicio de la responsabilidad precontractual que prevé el artículo 5.17» (traducción mía; «À moins que la loi n'en dispose autrement, un contrat entaché par un vice de consentement est frappé de nullité relative, sans préjudice de la responsabilité précontractuelle telle que visée à l'article 5.17»).

Según el comentario oficial del artículo 5.33 CCB, se «confirma [en este párrafo II del artículo 5.33 CCB] la nulidad relativa del contrato a título de sanción de los vicios del consentimiento (y sustituye [dicho art. 5.33 CCB al] artículo 1117 C.civ.; veáse igualmente artículo 1131 C.civ.fr.). La sanción [de la nulidad relativa] no puede pues ser invocada más que por la parte protegida (la parte que comete el error, la parte engañada, coaccionada o lesionada) que puede igualmente confirmar el contrato no válido. Las primeras palabras [del artículo 5.33. II CCB] "A menos que la ley no disponga otra cosa" se explican por el hecho de que la sanción del abuso de circunstancias puede consistir en la adaptación de la prestación (véase […] artículo 5.37 [abuso de circunstancias, y lo indico en la anterior a) de esta nota]) y que la ley puede igualmente excluir las hipótesis de nulidad por vicio del consentimiento en algunos casos (como para la transacción […]) o limitarlas […]» (traducción mía; p. 36).

[259] Janssens también apunta que «[e]l libro 5 [del CCB] confirma esta teoría [de la *lésion qualifiée*] y la consagra en calidad de vicio de consentimiento bajo la denominación de abuso de circunstancias» o de «misbruik van omstandigheden» [(2022) p. 54; traducción mía].

Sobre la lésion qualifiée, *supra* nota 256 a).

[260] *DOC* 55 1806/001, p. 45; traducción mía.

[261] *DOC* 55 1806/001, p. 46; traducción mía.

[262] Janssens (2022) p. 54; traducción mía.

[263] Janssens (2022) p. 54; traducción mía.

[264] Janssens (2022) p. 54; traducción mía.

En cuanto a «las circunstancias de inferioridad, explotadas abusivamente, pueden derivar "tanto de características personales, como del estado de necesidad física, moral o financiera, las debilidades, la ignorancia o la inexperiencia de la víctima, como de circunstancias de superioridad económica o funcional por la parte que comete el abuso, que se encuentra, por ejemplo, en una posición de monopolio o de fuerza"», e igualmente «pueden […] resultar de un estado de necesidad inducido por un evento o circunstancias externas (incendio, salvamento…)» [265].

c.3) Tiene que haber «un nexo de causalidad entre el abuso y el desequilibrio manifiesto» [266], explicando ahora Janssens, que «[e]l desequilibrio no puede resultar del curso normal de las relaciones económicas, sino que debe haber sido causado por el abuso realizado por una parte de la posición de debilidad de la otra» o, «[e]n otros términos, [que] el juez debe asegurarse que, sin el abuso de circunstancias, el contrato no habría sido celebrado o lo habría sido en condiciones más favorables para la parte lesionada» [267].

d) Más allá de lo anterior, en el comentario oficial del artículo 5.37 CCB se precisa que, «[d]e ahora en adelante, la violencia consecuencia de "circunstancias exteriores o del estado de necesidad" (Bruselas, 7 febrero 1964 […]) [de lo que doy cuenta *supra* [18] a) [B] para el derogado derecho belga] puede encontrarse en el vicio del consentimiento del "abuso de circunstancias"» [268]. Además e igualmente

---

[265] Janssens (2022) pp. 54-55; traducción mía. *Vid.* también *DOC* 55 1806/001, pp. 46-47.

[266] *DOC* 55 1806/001, p. 47; traducción mía.

[267] Janssens (2022) p. 55; traducción mía.

[268] a) *DOC* 55 1806/001, p. 47; traducción mía.

b) Artículo 5.36 CCB: «Violencia

La violencia no es una causa de nulidad más que cuando una parte celebra un contrato bajo una coacción ilegítima de su cocontratante que le hace temer una agresión considerable en la integridad física o moral o en los bienes de esta parte o de sus cercanos» (traducción mía).

Artículo 5.36 CCB: «Violence

La violence n'est une cause de nullité que lorsqu'une partie conclut un contrat sous une contrainte illégitime de son cocontractant qui lui fait craindre un atteinte considérable à l'intégrité physique ou morale ou aux biens de cette partie ou de ses proches».

c) En el comentario oficial del artículo 5.36 CCB [que transcribo en esta nota, anterior b)] se apunta, con carácter introductorio al posterior y concreto análisis de la violencia, que «[e]l artículo propuesto [art. 5.36 CCB] reagrupa (como el artículo 1140 C.civ.fr. [que transcribo *supra* nota 212]) en una sola disposición las numerosas formas de violencia de los [entonces vigentes] artículos 1111 a 1115 del Código civil (comp. igualmente con el artículo II.-7:206 (1) DCFR; artículo 4:108 PECL; artículo 3.44.2 NBW; artículo 30.1 CO). Así, la violencia puede consistir en el ejercicio de una coacción física o moral sobre la persona de la otra parte, pero igualmente respecto de los "*cercanos*" [cursiva del original], a saber una persona con quien la otra parte tiene, en concreto, lazos afectivos (como su cónyuge o pareja, sus hijos o sus padres). Situaciones de coacción por *"estado de necesidad"* [cursiva del original] han sido artificialmente reagrupadas [con anterioridad] bajo el término "violencia" [sobre esto *supra* [18] a) [B]] y son, a partir de ahora, reguladas en el marco del abuso de circunstancias» (*DOC* 55 1806/001, p. 43; traducción mía).

d) Al analizar el vicio de violencia, también Janssens destaca el cambio que supone el vigente Libro 5 del Código civil belga, en el sentido de que la anterior violencia resultado de las circunstancias se reconduce, ahora, en el derecho vigente, al abuso de circunstancias. Dice: «[p]or otra parte, la violencia resultado de las circunstancias, que había sido admitida por la jurisprudencia, no podrá más, bajo el impe-

en el comentario oficial del artículo 5.37 CCB, se advierte que «[s]e puede a veces combatir también las situaciones de abuso de circunstancias por medio de los vicios del consentimiento clásicos, como en otros tiempos, puesto que la distinción con el dolo y la violencia no es clara en todas las constelaciones de hechos» [269].

e) Finalmente Janssens, tras señalar que «[e]l artículo 5.37 CCB consolida, en realidad, las condiciones extraídas por la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias bajo el imperio del antiguo Código [civil]», afirma que «[p]or consiguiente, la aplicación del abuso de circunstancias, como actualmente aquella de la» «lésion qualifiée», «permanecerá [siendo] excepcional y dejará un poder de apreciación importante a las cortes y a los tribunales» [270]. De inmediato y a efectos ilustrativos, Janssens expone los dos siguientes casos, resueltos con la teoría de la *lésion qualifiée.*

e.1) Para el primero, explica que «el tribunal de familia de Namur» estimó establecida la *lésion qualifiée* en favor de una viuda, «que había renunciado» en «una convención[,] a su usufructo convencional y sucesorio», firmándolo «solamente cinco meses y medio después del fallecimiento de su marido, mientras que en esa época ella se encontraba en un estado depresivo y ansioso, y existiendo tensiones en el seno de la familia debido al objeto de ventajas que habían beneficiado a algunos hijos» [271]. Según el tribunal, «"los demandantes se habían objetivamente aprovechado de la situación de inferioridad de su madre, que había sido dirigida a tomar compromisos muy importantes en su propio interés, solamente porque ellos implicaban principalmente una privación importante que retornaba, con el fin, claramente confesado, de no poder gratificar más a sus hermanos y hermana"» [272].

e.2) Y para el segundo, explica ahora Janssens, se juzgó no determinado el abuso de circunstancias en la «víctima de un accidente de circulación, que no había formulado ninguna queja durante el desarrollo del peritaje médico, hecho sin la ayuda de su aseguradora para defensa jurídica y que precipitó el pago de su indemnización» [273]. «El tribunal, después de haber reconocido que el estatus de estancia ilegal de la víctima "puede claramente denotar una posición de inferioridad, incluso de vulnerabilidad", señaló que "no se demostró que [ella] [la víctima] temiese un arrestro administrativo inminente", e igualmente constató, que "si la demandante hubiera elegido consultar a su aseguradora para defensa jurídica a fin de negociar un acuerdo amigable y rápido, no se ha demostrado que se hubiera podido obtener una suma ampliamente superior de la obtenida"», por lo que la *lésion qualifiée* «no está pues establecida» [274].

---

rio del libro 5, fundamentar la nulidad del contrato. Estas situaciones podrán ser aprehendidas en el marco del cuarto vicio del consentimiento que es el abuso de circunstancias» [(2022) p. 53; traducción mía].

Sobre el vicio de la violencia en general, Janssens (2022) pp. 51-53, y *DOC* 55 1806/001, pp. 43-44.

[269] *DOC* 55 1806/001, p. 47; traducción mía.

[270] Janssens (2022) p. 55; traducción mía.

[271] Janssens (2022) p. 55; traducción mía.

[272] Janssens (2022) p. 55; traducción mía.

[273] Janssens (2022) p. 55; traducción mía.

[274] Janssens (2022) pp. 55-56; traducción mía.

[C.3] *La* undue influence *y el derecho inglés*

Según informa Cartwright [275], la *undue influence* fue desarrollada por los Tribunales de equidad que «sostuvieron la anulación de un contrato que había sido inducido por la presión de una parte sobre la otra o por algún otro abuso en la relación entre las partes, pero que no constituía coacción en el» *common law,* «o porque era abiertamente menor que una amenaza (por ejemplo, la implícita presión, no una amenaza, pero que no da a la otra parte una verdadera opción, salvo la de obedecer –tal como a una esposa que no se le da otra opción, excepto obedecer a los deseos de su marido, firmando documentos que permitan» al marido tener derechos sobre la propiedad de la mujer– «o, no siendo una amenaza, sino que constituyó un abuso en la relación de confianza (por ejemplo, la voluntad de sometimiento de una hermana a las reglas de su hermandad y las instrucciones de su consejero espiritual para transferir propiedades a la hermandad;» o porque se amenazó sobre algo menor que la amenaza de «dañar a la persona de la otra parte o su propiedad (tal como, amenazar con informar a la policía sobre un miembro de la familia de la otra parte, salvo que la parte acuerde la celebración de un contrato)» [276].

Además, los tribunales han distinguido entre una influencia indebida real y otra presunta. En la primera, la influencia indebida real, existe prueba de que «una parte ha, de hecho, llevado a cabo una injusta presión o influencia sobre la otra» [277]. En la segunda, la influencia indebida presunta, no hay «tal prueba, pero el tribunal la infiere de una combinación de (a) la parte "influyente" se encuentra en una posición dominante con la que podría aprovecharse de la otra ejerciendo presión; y (b) las cláusulas del contrato resultante son tales que la parte "influyente" obtiene una muy significativa ventaja; y (c) no hay prueba de que la parte "influenciada" haya, de hecho, ejercitado una voluntad independiente para la celebración del contrato (tal como tomar consejo legal independiente)» [278]. Ahora bien, en «*Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No 2)*», la *House of Lords* «revisó esta distinción [entre influencias indebidas] y enfatizó que tan solo existe una única doctrina de la indebida influencia, si bien hay diferentes maneras de *probar* [cursiva del original] que la indebida influencia ha sido practicada», y así, la indebida influencia tanto «puede demostrarse mediante prueba», como puede «el tribunal […] inferir, como cuestión de hecho, que la parte fuerte ha logrado el contrato por influencia indebida, dado que el negocio no puede, de otro modo, ser explicado» [279]. Por otro lado, «[l]a denominada indebida influencia presunta se basa solo en una presunción probatoria» que puede rebatirse» [280] (presunción *iuris tantum*).

---

[275] Entre nuestros autores, han analizado la *undue influence* inglesa, por ejemplo, Palazón Garrido (2017) pp. 846-849; ampliamente, Infante Ruiz (2022) pp. 39-46, 55-61, 65-117 y 121-127, y de este mismo autor, antes, *RDC* (2021) pp. 3-6 y 8-16.

[276] Cartwright (2016) p. 194; traducción mía.

[277] Cartwright (2016) p. 194; traducción mía.

[278] Cartwright (2016) p. 194; traducción mía.

[279] Cartwright (2016) p. 194; traducción mía.

[280] Cartwright (2016) p. 195; traducción mía; continúa: «La prueba de que el demandante confía y tiene seguridad en la otra parte en relación con la gestión de los asuntos financieros del demandante, junto con un negocio que requiere de explicación, normalmente será suficiente, en ausencia de prueba satisfactoria en

Sigue informando Cartwright, que «los tribunales han identificado relaciones que requieren que una parte ejercite sus derechos debiendo mirar los del otro –preferir el interés del otro sobre el propio– tal como la relación de confianza y seguridad entre un doctor y su paciente, o un abogado y su cliente» y, «tales casos, se verán satisfechos con la prueba de que, en la relación, una parte se encontraba en la posición en que *podría* [cursiva del original] obtener una ventaja de la otra» [281]. Sin embargo, «en otros casos», en los que se incluyen «la relación entre marido y mujer, y entre un banco y su cliente», «es cuestión de hecho si una parte se encuentra en situación de confianza y seguridad con la otra parte a propósito del negocio que ahora se objeta» [282]. Ahora bien, «[e]n todos los casos, no basta probar el hecho de que una parte se encontraba en situación de confianza y seguridad en relación con la otra», pues, además, «para que el tribunal pueda inferir que la parte más fuerte ha ejercido una influencia indebida en orden a lograr el contrato, es necesario mostrar que el contrato no puede explicarse, salvo que se asuma que se abusó de la confianza y la seguridad», esto es, debe tratarse de «un negocio que no pueda explicarse por referencia a los motivos ordinarios por los cuales las personas acostumbran a actuar» [283].

Por último, indica Cartwright, «[l]as cláusulas del contrato –el hecho de que una parte obtenga un negocio significativamente en su favor– es parte de la prueba de la que el tribunal puede inferir que la parte más fuerte ha ejercido una indebida influencia en orden a obtener el contrato» [284]. Ahora bien, advierte Cartwright, «es importante recordar que el desequilibrio en el negocio no basta para implicar una indebida influencia», ya que «es la naturaleza del negocio, considerada en el contexto de la particular relación entre las partes (la relación de confianza y seguridad), la que conduce al tribunal a inferir que se ha abusado de la relación» y así, «si hay un hecho que prueba el ejercicio de la indebida influencia, entonces el

---

contrario, para descargar de la carga de la prueba» (este texto en caja y letra más pequeña en el original; p. 195; en nota 126 de p. 195 se cita a Lord Nicholls of Birkenhead, e indica que se vea a Lord Scott of Foscote).

[281] CARTWRIGHT (2016) p. 195; traducción mía.

[282] CARTWRIGHT (2016) p. 195; traducción mía.

[283] CARTWRIGHT (2016) p. 195; traducción mía.

Añade, en relación con el aspecto expuesto en el cuerpo del texto, que «todas las circunstancias en las cuales el contrato fue celebrado son relevantes, incluyendo si la parte que reclama haber sido influenciada tomó consejo independiente y por tanto, tuvo la oportunidad de comprender el significado del negocio. Tal cuestión no surgirá si ambas partes son comerciantes. Puede sostenerse que un comerciante ha ejercido indebida influencia sobre un no comerciante; pero es más impropio que los tribunales infieran una indebida influencia entre dos partes que tienen las mismas armas de negociación, sin considerar el equilibrio del negocio contenido en el contrato» (p. 195).

[284] CARTWRIGHT (2016) p. 195; traducción mía.

Por otro lado y con anterioridad, CARTWRIGHT hacia la siguiente consideración general: «es importante tener claro qué se encierra en [estas] doctrinas [*duress, undue influence, unconscionable bargains*] […]: una parte contratante es capaz de anular un contrato celebrado si lo celebró bajo la presión de la otra parte (o de la cual la otra parte tuvo noticia), o si la otra parte ha en cierto sentido abusado de su posición frente al demandante. [Ahora bien,] [n]inguna de estas doctrinas es diseñada para dar un remedio a una parte simplemente por la "injusticia" de las cláusulas del contrato; ni para dar un remedio a la parte "más débil" simplemente por su debilidad en relación con la otra parte contratante, aunque veremos que en algunas circunstancias puede ser muy relevante considerar las cláusulas del contrato (una parte obtiene significativamente el mejor lado del negocio) o el equilibrio de la relación entre las partes (una parte es significativamente "mas fuerte" que la otra)» (pp. 190-191).

tribunal no necesita ir a considerar las cláusulas del contrato, desde que la indebida influencia es una forma de acto inmoral: a la parte que ejerció la indebida influencia no se le permite argumentar que la parte, que fue objeto de influencia, no puede rescindir el contrato porque el contrato fue, de hecho, en su ventaja» [285] [286].

[D] *Los derechos alemán, suizo, italiano y portugués: otros modos de proteger*

Al exponer el abuso de circunstancias/abuso de influencia del derecho de los Países Bajos (art. 3:44, 1 y 4, BW), apunté *supra,* anterior [C.1] a), que «Hartkamp informa[ba] que [aquel/aquella] *procede* de la doctrina inglesa de la *undue influence* y se trata de un vicio ya adoptado en otros países como Alemania, Suiza e Italia».

¿De qué modo los derechos alemán, suizo e italiano regulan los (o algunos) de los supuestos encajables en el abuso de circunstancias/abuso de influencia del derecho de los Países Bajos? En los siguientes [D.1], [D.2] y [D.3] lo explico, y, añado el derecho portugués en el siguiente [D.4].

[D.1] *El derecho alemán y la usura*

a) El § 138.2 BGB se ocupa de la usura y dispone que «[e]s nulo en particular un negocio jurídico por el cual alguien, mediante la explotación de la situación de apremio, de la inexperiencia, de la falta de capacidad de juicio o de la considerable debilidad de la voluntad de otro, se hace prometer o conceder a sí o a un tercero, por una prestación, ventajas patrimoniales que están en notoria desproporción con la prestación» [287] [288].

---

[285] Cartwright (2016) pp. 195-196; traducción mía.

[286] Más allá de lo expuesto en el cuerpo del texto, en cuanto a los sujetos, Cartwright advierte que «el contrato será anulable no solo si la indebida influencia es ejercida por la otra parte del contrato (o por su representante), sino también si es ejercida por un tercero y la parte contratante lo conoce en el momento de la celebración del contrato» [(2016) p. 196].

[287] a) Traducción de Gómez Calle (2018) p. 52.

b) Otra traducción del § 138 BGB por Arroyo Amayuelas, revisión de Beckmann: «Negocio contra las buenas costumbres; usura

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

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

c) Y una traducción al inglés del § 138 BGB: «Legal transaction contrary to public policy; usury

(1) A legal transaction which is contrary to public policy is void.

(2) In particular, a legal transaction is void by which a person, by exploiting the predicament, inexperience, lack of sound judgement or considerable weakness of will of another, causes himself or a third party, in exchange for an act of performance, to be promised or granted pecuniary advantages which are clearly disproportionate to the performance» [en Wais (2020) p. 179].

A propósito del § 138 BGB, Wais explica que «lo más importante, [es que] el término» «*public policy*» se eligió como traducción de la expresión alemana «*gute Sitten*»; en algún sentido, «*good morals*» también hubiera sido apropiado como traducción, pero, en general, puede ser de más ayuda pensar que «*gute Sitten*» se refiere a la «public policy» y a la «good morals», ahora bien, «por razones de uniformidad», la expresión «public policy» es la exclusivamente utilizada (cursiva del original; 1, p. 180).

[288] Sobre los efectos de la usura del § 138 BGB, Gómez Calle informa que «se sanciona en el BGB con la *nulidad*, no siendo posible por regla general –según la opinión dominante– mantener el contrato con

Gómez Calle advierte que este enfoque del derecho alemán ya lo adoptaba el derecho austríaco [289].

b) Con carácter introductorio y refiriéndose al § 138 BGB, Wais explica que «[e]l derecho reconoce autonomía a las partes para que [estas] libremente diseñen sus relaciones privadas de acuerdo con sus propias necesidades por medio de los negocios jurídicos», imponiendo el § 138.1 BGB, a dicha libertad, un importante límite, por cuanto que «un negocio jurídico es nulo si es contrario» a la «public policy» («gute Sitten», buenas costumbres) [290], siendo «[e]l propósito» del § 138.2 BGB […] concretar la usura como una particular conducta […] contraria» a la «public policy» [291].

Según Wais, el § 138 BGB «da efectos a los *principios básicos y valores* [esta cursiva, negrita en el original] del orden legal y de la sociedad» y, «sancionando una violación con la nulidad del negocio jurídico, el § 138 BGB sirve como un correctivo para asegurar que los negocios jurídicos están conformes con esos valores y principios» [292]. El § 138 BGB se aplica «a los negocios jurídicos en

---

una contraprestación adecuada. La nulidad afecta al negocio dispositivo de quien padece la usura, no al del usurero. Así, aquel [el que padece la usura] puede exigir la *restitución* de su prestación conforme a los §§ 812 y 985 BGB (que regulan la pretensión restitutoria en los casos de enriquecimiento injusto y la del propietario frente al poseedor, respectivamente); también puede pedir una *indemnización* con base en el § 826 (daño dolosamente causado de forma contraria a las buenas costumbres) y en la *culpa in contrahendo* (responsabilidad extracontractual y precontractual, respectivamente), indemnización que se considera circunscrita al interés negativo; el usurero, en cambio, solo dispone de la pretensión del § 812, que puede quedar excluida por el § 817, inciso 2, BGB. La nulidad es *apreciable de oficio* y puede ser invocada por cualquiera, si bien puede constituir abuso de derecho que la (única) parte que ha vulnerado las buenas costumbres haga valer la nulidad en perjuicio de la otra» [cursiva del original; (2018) pp. 54-55].

[289] Explica Gómez Calle: «El ABGB austríaco, de 1811, adoptaba ya el mismo enfoque, regulando el caso que nos interesa como un supuesto de contrariedad a las buenas costumbres en el § 879. En efecto, de forma análoga al citado precepto alemán [§ 138 BGB], el austríaco declara nulos los contratos contrarios a las buenas costumbres (además de los que vulneren una prohibición legal) [párrafo (1)] y concreta que son nulos en particular aquellos en que alguien explota la ligereza, la situación de apremio, debilidad intelectual, inexperiencia o alteración del ánimo de otro haciéndose prometer o conceder, a sí o a un tercero, una contraprestación de valor patrimonial notoriamente desproporcionado al valor de su propia prestación» [párrafo (2), 4]» [(2018) nota 24 de p. 52].

[290] Transcribo el § 138.1 BGB *supra,* nota 287 y, en su c), expongo la explicación de Wais por la elección de «public policy» como traducción de las «gute Sitten».

Además, según Wais:

a) «Conceptualmente hablando, el § 138» se considera que «proporciona un tecnicismo a través del cual la Constitución alemana (*Grundgesetz* [cursiva, negrita en el original]) ejerce influencia en la relación entre las partes privadas», y, «[l]os principios guía del derecho europeo también son relevantes en estas relaciones por virtud del § 138» [«§ 138» (2020) 3, p. 181.

b) «[E]s imposible proporcionar una concreta definición de» «public policy», pues las definiciones de la anterior expresión generalmente se caracterizan «por el uso de términos sustitutivos que no son menos oscuros» (4, p. 181). La «public policy» del «§ 138» es frecuentemente definida como «el sentido de decencia de todo aquel que piensa equitativa y justamente» (*Anstandsgefühl aller billing und gerecht Denkenden).* Un acercamiento más fructifero y apto para establecer el contenido de la» «public policy» «es el desarrollo de categorías que se consideran contrarias al» «public policy» (cursiva del original; 4, p. 181).

Traducción mía.

[291] Wais, «§ 138» (2020) 1, p. 180; traducción mía; para la «public policy», la nota inmediatamente anterior a esta, y *supra* nota 287 c).

[292] Wais, «§ 138» (2020) 1, p. 180; traducción mía.

general, independientemente del campo legal en el cual se hagan» y la expresión «negocio jurídico comprende no solo los contratos, sino también los negocios unilaterales que consisten una única declaración de voluntad»; en suma, el 138 BGB «es […] generalmente aplicable si una declaración de voluntad está involucrada» [293].

c) En el § 138.1 BGB se ha encajado el caso de la fianza «dada por personas cercanas al deudor, por ejemplo su mujer o hija» [294]. Wais informa de que «[l]os tribunales aceptan que una garantía es contraria a la» «public policy», «si la persona obligada es gravada excesivamente por la fianza y la celebró exclusivamente por su posición de inferioridad», inferioridad que puede deberse «a una falta de experiencia o a un vínculo emocional con el deudor» [295]. Y «similar razonamiento» se emplea cuando «un empleado promete la celebración de un contrato de fianza» en beneficio de su empleador [296]. [297]

d) Por último, trasladándose ya al marco del § 138.2 BGB, Wais apunta que para aplicarlo ha de existir en el negocio jurídico bilateral «una obvia desproporción» y esto, que la desproporción sea o no obvia, «depende de los hechos del caso individual» (sobre todo, «la distribución del riesgo debe también ser considerada») [298]. Además es preciso que la parte que se encuentra en situación de superioridad deba «deliberadamente haber obtenido la ventaja de la *posición de inferioridad* [esta cursiva, negrita en el original] de la otra parte», y «[d]e nuevo, [advierte Wais,] si la otra parte se encontraba en una posición de inferioridad, depende del caso individual»; «puede deberse, por ejemplo, a un

---

[293] Wais, «§ 138» (2020) 2, p. 180; traducción mía.

[294] Wais, «§ 138» (2020) 9, p. 183; traducción mía.

[295] Wais, «§ 138» (2020) 9, p. 183; traducción mía.

[296] Wais, «§ 138» (2020) 9, p. 183; traducción mía.

[297] De los dos casos que indico en el cuerpo del texto, fianza dada por familiar cercado al deudor y fianza dada por empleado en beneficio de su empleador, también informa Gómez Calle, como sigue:

«El § 138 también se aplica a supuestos en los que la desigualdad y la dependencia no existe entre quienes son parte del negocio, sino entre una de ellas y *un tercero,* que se vale de la situación para que aquella celebre –con otro sujeto– un negocio que le favorece. El caso paradigmático, frecuente en la práctica, es el de las garantías constituidas por esposas, padres o hijos para garantizar deudas que sus maridos, hijos o padres, respectivamente, tienen frente a un banco. En tales casos, se entiende que lo dispuesto en el § 138 BGB puede justificar la ineficacia de la fianza concertada cuando el contrato, de forma reconocible, resulta de una inferioridad estructural del fiador y supone para él una carga incompatible con sus posibilidades económicas. Así, el BGH se ha pronunciado ya repetidas veces sobre fianzas constituidas a favor de parientes como los antes mencionados, tomando en cuenta con carácter general el vínculo emocional existente entre el deudor principal y el fiador financieramente desbordado. Se consideran fuera del ámbito de la norma aquellos supuestos en que el garante no solo es corresponsable sino también prestatario con las mismas facultades que el otro, siendo tal el caso cuando tiene un interés propio en garantizar el crédito y puede decidir con aquel sobre su reintegro y empleo. El alto tribunal alemán ha establecido como principio que, cuando sobre el cónyuge o pariente fiador recae una exigencia excesiva que resulta llamativa, se presume (salvo prueba en contrario) que la corresponsabilidad se asumió por motivos emocionales, sin una valoración racional de los intereses en juego y de los riesgos económicos, y que el instituto de crédito explotó esa relación emocional de forma inmoral. El BGH ha aplicado esta misma doctrina a fianzas constituidas por un empleado por temor a perder su puesto de trabajo, para garantizar una deuda de su empleador» [(2018) pp. 55-56].

[298] Wais, «§ 138» (2020) 13, p. 184; traducción mía.

apuro económico o personal que crea la necesidad de un particular bien o servicio»; «[l]a posición de inferioridad puede ser el resultado de una significativa falta de experiencia o juicio» [299].

Ahora bien, dice Wais, «si los requisitos» del apartado 2 del § 138 BGB «no son reunidos –en particular, porque la parte en situación de superioridad no explotó deliberadamente la situación de inferioridad de la otra parte–el negocio jurídico puede todavía ser nulo» al amparado del apartado 1 del § 138 BGB [300] [301].

[D.2] *El derecho suizo y la lesión*

a) El artículo 21.1 CO 1911 se ocupa de la lesión y dispone que, «[e]n caso de desproporción evidente entre la prestación prometida por una de las par-

---

[299] WAIS, «§ 138» (2020) 13, p. 184; traducción mía.

[300] WAIS, «§ 138» (2020) 13, p. 184; traducción mía.

[301] GÓMEZ CALLE también explica los negocios jurídicos que encajan en el § 138.2 BGB, así como su diferencia con aquellos que encajan en el § 138.1 BGB. En concreto:

«[E]l § 138.2 BGB […] descansa […] en dos tipos de presupuestos que deben concurrir simultáneamente, uno objetivo y otros subjetivos. El requisito objetivo es que debe existir una *notoria desproporción entre las prestaciones* correspectivas, para cuya determinación se entiende que hay que estar a su valor objetivo *al tiempo de la conclusión del* contrato. De este requisito deriva que solo los *contratos dirigidos a un intercambio de prestaciones* pueden ser considerados usurarios. El presupuesto subjetivo, de doble vertiente, radica en que una de las partes debe haber *explotado conscientemente la situación de debilidad* en que se encuentra la otra a resultas de un estado de necesidad o de su ingenuidad o inexperiencia. Esa explotación supone el conocimiento tanto de la situación en que se encuentra el otro, como de la desproporción existente entre las prestaciones.

En el caso contemplado por el § 138.2 BGB –apunta Flume [apellido, mayúsculas en el original]–, la contravención a las buenas costumbres no resulta inmediatamente del contenido objetivo del negocio. Lo que ocurre es que el negocio es cuestionable por su contenido objetivo inmediato, a lo que hay que añadir un factor subjetivo: el explotador debe conocer las circunstancias que dan al negocio su carácter de explotación. La inmoralidad de la conducta es necesaria, pero importa en cuanto da lugar a una reglamentación contraria a las buenas costumbres.

Lo dicho permite *delimitar el supuesto del § 138.2 BGB del propio del* § 138.1 BGB; lo relevante a los efectos del § 138.1 BGB es que el negocio como reglamentación contravenga las buenas costumbres, sin que importe si el obrar de una de las partes es inmoral; si el contenido inmediato del negocio contraviene las buenas costumbres, el factor subjetivo (o consciencia de las causas de inmoralidad) es irrelevante: el negocio como reglamentación, en fin, puede ser inmoral –y nulo *ex* § 138.1– aunque no haya una conducta inmoral. En cambio, cuando la contravención de las buenas costumbres no resulta inmediatamente del contenido objetivo del negocio, el elemento subjetivo sí es relevante. Si el contenido resulta sospechoso, a esa sospecha objetiva debe añadirse el factor subjetivo, siendo la usura del § 138.2 BGB el paradigma de esta situación pues solo puede hablarse de explotación de la debilidad del otro cuando el explotador conoce los hechos que lo justifican. De ahí que el elemento subjetivo tenga especial importancia cuando la contravención de las buenas costumbres únicamente resulta de las circunstancias en las que se ha producido el negocio (y no directamente de su contenido). Así las cosas, es claro que *el § 138.1 puede resultar aplicable* (y justificar la nulidad del negocio) *en supuestos en que el § 138.2 no lo es por faltar alguno de sus presupuestos.* Tal es el caso, por ejemplo, cuando una parte abusa del propio poder o situación de monopolio en perjuicio de la otra sin que al mismo tiempo haya "explotación" de una "situación de necesidad", o cuando hay una notoria desproporción entre las prestaciones y una de las partes se encuentra en una de las situaciones de debilidad que contempla el párrafo 2 pero la otra no ha abusado conscientemente de ello; también cuando no media una notoria desproporción entre las prestaciones pero sí otras circunstancias determinantes de la inmoralidad; lo mismo ocurre, en fin, cuando se trate de negocios a los que no sea aplicable el § 138.2 por no dar lugar a un intercambio de prestaciones (v.gr., un contrato de fianza)» [(2018) pp. 53-54]. Para el contrato de fianza y también de GÓMEZ CALLE, *supra* nota 297.

tes y la contraprestación de la otra, la parte lesionada puede, en el plazo de un año, declarar que rescinde el contrato y que se le restituya lo que ha pagado, si la lesión ha sido determinada por la explotación de su dificultad, de su ligereza o de su inexperiencia» [302].

b) Con carácter general e introductorio, Engel explica que «[l]a lesión es el perjuicio económico probado por una de las partes, cuándo la celebración del contrato bilateral oneroso, por razón de la desproporción evidente de las prestaciones intercambiadas, determinada por la explotación de la dificultad, de la ligereza o de la inexperiencia» [303] [304].

Engel advierte además, que la «ley deja a los contratantes, […], libertad en sus convenciones», «importando poco, en principio, que uno pierda y el otro gane; son ellos los únicos dueños y jueces de sus intereses; el legislador no les arbitra, fuera» del artículo 19 CO 1911 (límites de la ley, del derecho estricto [derecho imperativo], contrariedad a las costumbres, al orden público, o a los derechos vinculados a la personalidad [305]) y del artículo 20 CO 1911 (cosa impo-

---

[302] a) El artículo 21 CO 1911 continúa:

«2. El plazo de un año corre desde la celebración del contrato» (traducción mía, tanto de este apartado 2, como del 1 que transcribo en el cuerpo del texto).

b) Artículo 21 CO 1911:

«1. En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contreprésatation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexperiénce.

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

c) Al transcribir el artículo 21 CO 1911 (versión francesa) en la anterior b) de esta nota, en la parte final de su apartado 1 se dice literalmente «de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience», lo que en el cuerpo del texto traduzco como «de su dificultad, de su ligereza o de su inexperiencia».

Por su parte, Mateo Villa lo traduce como «a su situación angustiosa, lo limitado de sus facultades mentales o su inexperiencia» y anota sobre su traducción: «en cuanto al ap. primero *in fine* [del artículo 21 CO 1911], *vid.* original; en cuanto al ap. primero hemos [Mateo Villa] preferido parafrasear en la trad. el texto de la LUE [Ley de 23.07.1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios] por adaptarse al espíritu de la norma [del artículo 21.1 CO 1911], aunque no se ajuste lit. al texto trad.» [(2022) nota 25 de p. 680].

Aunque en mi traducción del artículo 21.1 CO 1911 opto por el término dificultad, la traducción de situación angustiosa que adopta Mateo Villa me parece totalmente expresiva de lo que quiere indicarse en dicho artículo 21.1 CO 1911.

[303] Engel (1997) p. 298.

[304] Sobre los posibles efectos de la lesión, Engel explica que «[e]l lesionado tiene el derecho a invalidar el contrato en el plazo de un año *a contar desde la celebración del contrato* [cursiva del original; art. 21 CO 1911, que transcribo *supra* nota 302 y en el cuerpo del texto en [D.2] a)]»; se trata de un «derecho formador de la resolución» y «produce efectos *ex tunc*: es, por tanto, una resolución y no una rescisión» [(1997) p. 305]. Si el contrato se invalida, «las partes deben restituirse sus prestaciones», pero, «si el lesionado no ha todavía efectuado la suya, puede rehusarlo» (p. 306); «[e]l derecho del lesionado» de que se le restituya «lo que él ha pagado es una especie de *condictio indebiti*» (p. 306); al que lesionó le corresponde la prueba de «los hechos que excluirían o reducirían su obligación de restituir» (p. 306); sobre la posibilidad de la invalidación parcial del acto lesivo, *vid.* pp. 305-306.

[305] a) Artículo 19 CO 1911:

«1. El objeto de un contrato puede ser libremente determinado, dentro los límites de la ley.

sible, ilícita, contraria a las costumbres) [306] [307]. Por tanto, «[e]l equilibrio de las prestaciones cede, en principio, el paso a la libertad y fidelidad contractual» y así, una parte es «libre […] de concluir un mal negocio; ella debe mantener su palabra: todos los días sucede que el riesgo conduce a una pérdida e incluso a una pérdida importante; es el precio de la libertad»; «importa poco [continúa Engel] los motivos que una parte tenía al celebrar [el contrato]: candor, codicia, exceso de optimismo, ignorancia, etc.» [308].

---

2. La ley no excluye las convenciones de las partes más que cuando promulga una regla de derecho estricto, o cuando una derogación de su texto es contraria a las costumbres, al orden público o a los derechos vinculados a la personalidad» (traducción mía).

En su traducción del «droit strict» del artículo 19.2 CO 1911, Mateo Villa dice «[d]erecho imperativo», y en su anotación al artículo 19 CO 1911 apunta: «en cuanto al ap. segundo, lit., "norma de derecho estricto"; en la v. al. *wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt ("donde la ley no haya dictado una disposición inmodificable")»* [cursiva del original; (2022) p. 679].

b) Artículo 19 CO 1911:

«1. L'objet d'un contrat peut être librement déterminé, dans les limites de la loi.

2. La loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicté une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux moeurs, à l'ordre public ou aux droits attachès á la personnalité».

[306] a) Artículo 20 CO 1911:

«1. El contrato es nulo si tiene por objeto una cosa imposible, ilícita o contraria a las costumbres.

2. Si el contrato no está viciado más que en algunas de sus cláusulas, estas cláusulas son solo afectadas de nulidad, salvo que no pueda admitirse que el contrato no habría sido celebrado sin ellas» (traducción mía).

b) Artículo 20 CO 1911:

«1. Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux moeurs.

2. Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappés de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles».

[307] Engel (1997) p. 298.

[308] a) Engel (1997) p. 298.

b) Además, Engel realiza una breve exposición de derecho comparado (derechos alemán, francés y austriaco, vigentes cuando escribe, en 1997) y sintetiza la evolución histórica de la lesión:

b.1) Sobre el derecho comparado, Engel explica que «[e]n el acto lesivo, el motivo determinante se inscribe en la dificultad, en la inexperiencia o en la ligereza que explota el cocontratante para obtener una ventaja manifiestamente desproporcionada. El Código civil alemán –138.2 BGB– trata la lesión en el particular caso de la violación a las buenas costumbres; asocia la sanción de la nulidad [para el derecho alemán, *supra*, anterior [D.1] del cuerpo del texto]. En el derecho francés, entre mayores, el CC prevé esencialmente dos casos: […]. La rescisión de la venta inmobiliaria [el segundo caso], 1674 CCF [que transcribo *supra* nota 202 d) y además su c)], puede demandarse por el vendedor si él ha consentido la venta por un precio inferior en más de» 7/12 «al valor real de inmueble (en el justo precio según el 1681 CCF [cuyo párrafo I dispone: "En el caso en que la acción de rescisión sea admitida, el adquirente tiene la opción, o de restituir la cosa retirando el precio que él ha pagado, o guardar el terreno pagando el suplemento del justo precio, con la deducción de la décima parte del precio total", traducción mía; "Dans le cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total"]); […]/ Respecto a los menores, […]. El derecho francés se asocia al sistema *objetivo*: la única prueba exigida es la de un perjuicio material en el momento de la celebración del acto, consistiendo en una desproporción excesiva de las prestaciones, no en la prueba de la explotación de un estado de inferioridad./ El Código civil austriaco, § 934, se clasifica también en el sistema objetivo; sanciona la lesión de *"más de la mitad"* en todo contrato sinalagmático, confiriendo al lesionado el derecho de demandar la resolución del contrato; el que lesiona puede, sin embargo, mantener el negocio *"suministrando el complemento*

c) Los requisitos de la lesión del artículo 21 CO 1911 son (carácter acumulativo): «un criterio objetivo: la desproporción evidente de las prestaciones» y «un criterio subjetivo: la decisión ha sido determinada por la explotación de la dificultad, de la ligereza o de la inexperiencia de la víctima» [309].

c.1) Para la desproporción entre las prestaciones (el criterio objetivo), Engel comenta que «[e]l derecho suizo no ha fijado una proporción aritmética» y deja que la determinación empírica lo formule caso por caso: «la desproporción debe saltar a los ojos, caer sobre el sentido de cada uno; debe ser flagrante, asombrosa (se puede decir que chocante)» [310]. Corresponde a la «apreciación del juez en la aplicación de una regla legal», siendo la «desproporción evidente» [la del artículo 21.1 CO 1911,] una noción de derecho que revisa el Tribunal federal» [311].

La lesión se aplica a cualquier «contrato sinalagmático, incluso a un contrato de sociedad»; se aplica en «la venta, precio exorbitante o irrisorio; en el contrato de trabajo, un salario muy bajo o muy elevado; en un contrato de arrendamiento, un alquiler exagerado o miserable; en una transacción, una indemnización fuera de proporción en relación con el derecho renunciado; en una sociedad, una parte en las ganancias que no se corresponde con la aportación del asociado» [312].

La «desproporción de las prestaciones se aprecia en el momento de la celebración del contrato» [313]. Y «[l]os factores de evaluación, dependen de la coyuntura, de la oferta y de la demanda, en el momento de la celebración, de los riesgos asumidos por las partes, singularmente del pretendido lesionado» [314].

c.2) Acerca de que la lesión haya sido determinada por la explotación de la dificultad, de la ligereza, o de la inexperiencia del lesionado (el criterio subjetivo), Engel apunta que «[e]n realidad», el lesionado ha de encontrarse en alguna de esas situaciones, y además, quien lesiona «conoce este estado y se aprovecha

---

hasta la concurrencia del valor común"» (cursiva del original; p. 299; traducción mía; para el derecho austríaco, *supra,* nota 289, el apunte de Gómez Calle).

b.2) Y sobre la evolución histórica de la lesión, según Engel, «[l]a historia de la lesión pasa por los canonistas que han tomado la enseñanza de Aristóteles, de Roma y de los Padres sobre la justicia comutativa, el justo precio y la prohibición del interés en el préstamo de dinero (la usura para la Iglesia no es solo la tasa excesiva, es el tasa en general). La Reforma levantó esta prohibición, pero no sin restricción. Calvino obtuvo de las autoridades ginebrinas que mantuvieran la tasa del interés lícito originariamente fijada al 5%, después a *"a uno para quinze"*, sea 6,66 % […]. Y como señala Carbonnier [apellido, mayúsculas en el original], *"la concepción de la lesión nueva forma (de explotación del hombre por el hombr*e) *parece haber nacido en los países luteranos"*» (pp. 299-300; cursiva del original; traducción mía).

[309] Engel (1997) p. 300; traducción mía.

[310] Engel (1997) pp. 300-301; traducción mía.

[311] Engel (1997) p. 301, traducción mía; continúa: «[e]jemplos de desproporción evidente: el precio de venta convenido por un inmueble es de 65.000 francos. El valor objetivo cuando la celebración del contrato es de 32.800 francos. El precio sobrepasa más del 100% del valor venal del inmueble: la desproporción es evidente».

[312] Engel (1997) p. 301; traducción mía.

«[E]n cuanto a la represión de la usura en Suiza», Mateo Villa (2022) nota 25 de pp. 680-681.

[313] Engel (1997) p. 302; traducción mía.

[314] Engel (1997) p. 302; traducción mía; además: «[l]os riesgos a considerar son aquellos que las partes conocían en el momento de la celebración del contrato».

de él»; esto es,«utiliza conscientemente la debilidad de su» contraparte para «lograr la celebración de un contratato gravemente desequilibrado» [315]. Especificado lo anterior, Engel comienza el análisis de cada una de las situaciones en las que el lesionado puede encontrarse según el artículo 21.1 CO 1911, y continúa con la situación subjetiva del que lesiona. En concreto:

c.2.1) La dificultad «puede ser económica (es el caso más frecuente), física o moral; temporal o duradera; real o imaginaria (A, comerciante, se cree al borde de la quiebra, pero él subestima sus activos)» [316]. Además, «[p]oco importa que el estado de dificultad afecte al lesionado o a sus cercanos, que le sea imputable por culpa o no» [317]. «La dificultad puede concernir tanto a personas morales [jurídicas] como a personas físicas» [318].

c.2.2) Sobre la ligereza, Engel aclara que «no es la incapacidad de discernimiento, sino más bien la alteración de la derecha razón por un encaprichamiento excesivo, por la emoción del momento, incluso por la pasión» [319]. Añade que «[e]l hombre ligero no mide todas las consecuencias de su decisión, no ve más que lados bellos, las ventajas directas o indirectas de un asunto (el amante paralizado que paga un precio excesivo por el inmueble que le vende su amada)» [320].

c.2.3) En cuanto a la inexperiencia, puede consistir en «una ausencia general de conocimientos (inexperiencia de la vida) o en un no saber en el particular caso respecto de un asunto determinado; la complejidad creciente de la vida y la división del trabajo le vuelven a uno, cada vez más y más, desarmado frente a los problemas que salen de sus competencias habituales […]: el lesionado no tiene la capacidad técnica, la ciencia concreta necesaria para la apreciación de los datos» [321].

Engel termina añadiendo que «[l]a ligereza se relaciona con el carácter, la inexperiencia con el conocimiento» [322].

c.2.4) En cuanto al autor de la lesión, Engel apunta que este «sabe o debe saber que obtiene ventajas excesivas de la debilidad de su cocontrante» y «[e]n este sentido, la lesión es un comportamiento contrario a la buena fe» [323]. Quien lesiona, «tiene o debe tener consciencia de la desproporción entre las prestaciones prometidas y el estado en que se encuentra el lesionado; sabe o debe saber que se conduce explotando; un hombre honesto –el *bonus vir*– no celebraría el contrato en semejantes condiciones, se abstendría» [324].

---

[315] ENGEL (1997) p. 303; traducción mía.
[316] ENGEL (1997) p. 303; traducción mía.
[317] ENGEL (1997) p. 303; traducción mía.
[318] ENGEL (1997) p. 303; traducción mía; añade: «así una sociedad anónima en dificultad de» pagar sus deudas, «falta de liquidez y riesgo de su existencia, si no obtiene el préstamo que solicita» (p. 303).
[319] ENGEL (1997) p. 303; traducción mía.
[320] ENGEL (1997) p. 303; traducción mía.
[321] ENGEL (1997) pp. 303-304; traducción mía.
[322] ENGEL (1997) p. 304; traducción mía.
[323] ENGEL (1997) p. 304; traducción mía.
[324] ENGEL (1997) p. 304; traducción mía.

Más allá de lo anterior y en materia de prueba, «[e]l lesionado debe establecer la desproporción, las condiciones subjetivas suyas en el momento de la celebración [del contrato] y el comportamiento contrario a la buena fe del autor» [325].

d) Finalmente, Engel se ocupa de diferenciar la lesión del artículo 21 CO 1911 de otras figuras como, por ejemplo, de los vicios del consentimiento (error, dolo y temor fundado) y al respecto:

d.1) Según Engel, «la lesión puede derivar de un *error sobre los motivos* en el caso de la inexperiencia o la ligereza», y «en todo caso, ella [la lesión] no es un error en la declaración», dado que «el lesionado declara exactamente lo que quiere» (cursiva del original) [326].

d.2) Sobre el «caso de la explotación de la dificultad, esta se acerca al *temor fundado»* (cursiva del original; artículos 29 y 30 CO 1911 [327]) [328]. Ahora bien, «[l]a ley», el artículo 29.1 CO 1911, define el temor fundado «como inspirado, causado, por el contratante o un tercero», y «la lesión [del artículo 21 CO 1911] presupone un estado que no ha sido creado por el usurero, sino que él

---

[325] Engel (1997) p. 304; traducción mía.

[326] Engel (1997) p. 304; traducción mía.

[327] a) a.1) Artículo 29 CO 1911:

«1. Si una de las partes hubiera contratado influida por un temor fundado que le hubiera inspirado la otra o un tercero, sin causa legal que lo justificara, no quedará obligada.

2. Si las amenazas provinieran de un tercero y la otra parte contractual no las hubiera conocido ni debido conocer, aquel de los contratantes que las haya sufrido y quiera dejar ineficaz el contrato, deberá indemnizar a la otra cuando así lo exija la equidad» [traducción De Mateo Villa (2022) p. 684].

a.2) Artículo 29 CO 1911:

«1. Si l'une des parties a contracté sous l'empire d'une crainte fondée que lui aurait inspirée sans droit l'autre partie ou un tiers, elle n'est point obligée.

2. Lorsque les menaces sont le fait d'un tiers et que l'autre partie ne les a ni connues, ni dû connaître, celui des contractans qui en est victime et qui veut se départir du contrat est tenu d'indemniser l'autre si l'équité l'exige».

b) Artículo 30 CO 1911:

«1. El temor se considera fundado cuando la parte amenazada pudo creer, de acuerdo con las circunstancias, que le amenazaba un peligro grave e inminente, a ella misma o a alguna persona cercana a ella, en cuanto a su vida, persona, honor o bienes.

2. El temor a que se ejerza un derecho sólo podrá tomarse en consideración cuando se haya aprovechado la situación angustiosa de la parte amenazada para obtener de ella ventajas injustas» [traducción de Mateo Villa (2022) p. 684].

c) Artículo 30 CO 1911:

«1. La crainte est réputée fondée lorsque la partie menacée devait croire, d'après les circonstances, que'un danger grave et imminent la menaçait elle-même, ou l'un de ses proches, dans sa vie, sa personne, son honneur ou ses biens.

2. La crainte de voir invoquer un droit ne peut être prise en considération que si la gêne de la partie menacée a été exploitée pour extorquer à celles-ci des avantages excessifs».

[328] Engel (1997) p. 304; traducción mía.

conscientemente se ha aprovechado» [329]. Añade Engel que «[l]a amenaza de invocar un derecho no es injustificada –y aquí el temor fundado recuerda a la lesión–, más que si el autor explota la dificultad del cocontratante para arrancarle ventajas excesivas» (art. 30.2 CO 1911) [330].

d.3) En cuanto al dolo (art. 28 CO 1911 [cuyo apartado 1 transcribo *supra* [17] a) [A.2] a.1)]), ha de haber «una relación de causa a efecto con la celebración del contrato, [y] la lesión no implica maniobras, puesta en escena; y el dolo, a diferencia de la lesión, no implica un deseo de enriquecerse: [así,] el cirujano maniático del bisturí que incita a un paciente para que se preste a una operación con riesgos, presentándosela como benigna, comete dolo, incluso si la intervención es gratuita» [331].

[D.3] *El derecho italiano y la rescisión del contrato celebrado en estado de peligro, y el celebrado en estado de necesidad*

a) Con carácter general e introductorio explican Stanzione/Naddeo, en los contratos con prestaciones sinalagmáticas, «cada prestación encuentra su justificación causal en la existencia de una contraprestación» y, «[e]n el diseño de los redactores del código [civil de 1942], la valoración de las respectivas prestaciones corresponde únicamente a las partes (equivalencia *subjetiva*)», excluyéndose «*cualquier* control estatal sobre la equivalencia *objetiva* de las prestaciones con base en el valor del mercado» (cursiva del original) [332]. Advierten además, que «[e]n el pensamiento liberal, que [es el que] anima al código civil […], la justicia de la operación económica viene suficientemente garantizada por el principio de autonomía y de igualdad formal de los particulares: se aplica […] el principio por el cual el equilibrio del intercambio se garantiza por el libre acuerdo de las partes» [333]. Al juez se le excluye «toda valoración sobre la equidad del intercambio, por lo tanto, si un sujeto asume obligaciones desproporcionadas respecto a la contraprestación, el contrato es, por norma, perfectamente válido» [334]. Ahora bien, precisan Stanzione/Naddeo, «[e]l legislador se preocupa […] de garantizar que la formación del consentimiento haya tenido lugar libremente» y así, si bien la existencia «de un vicio de la voluntad hace anulable al contrato, prescindiéndose de la equidad o no del intercambio, existen, en cambio, otras situaciones en las que la alteración de la libertad negocial no es tal como para integrar los extremos de la causa de anulabilidad» y no obstante, tienen relevancia por cuanto que determinan «la

---

[329] Engel (1997) p. 304; traducción mía.

Y cuando Engel explica y analiza el vicio del temor fundado, dice: «El Código supone una amenaza que procede de una persona, pero no de un hecho exterior al poder del hombre; el [art.] 29 CO [1911, que transcribo *supra* nota 327 a)] no se aplicará en caso de la explotación de un estado de necesidad» (p. 365).

[330] Engel (1997) p. 304; traducción mía; transcribo el artículo 30.2 CO 1911, *supra*, nota 327 b).

[331] Engel (1997) p. 304; traducción mía.

[332] Stanzione/Naddeo (2017) p. 276; traducción mía.

[333] Stanzione/Naddeo (2017) p. 276; traducción mía.

[334] Stanzione/Naddeo (2017) p. 276; traducción mía.

iniquidad de la estipulación», y «[e]n estos casos […], el ordenamiento toma en consideración el desequilibrio entre prestaciones en razón al hecho de que esto ha determinado un aprovechamiento, por una parte, de la condición de debilidad de la contraparte» [335]. Con mayor brevedad, Trimarchi expone similares ideas [336].

Dentro de las figuras en las que el legislador tiene presente lo expuesto en último lugar, en el anterior párrafo, se encuentra la rescisión para «los contratos con prestaciones respectivas y de intercambio, y se verifica cuando la desproporción económica entre prestación y contraprestación depende del aprovechamiento, por parte de uno de los contratantes, de una situación de dificultad de la contraparte» [337]. «Los casos de rescisión son tasados», regulándose el contrato celebrado en estado de peligro (art. 1447 CCI 1942) y el celebrado en estado de necesidad (art. 1448 CCI 1942) [338], de los que paso a dar respectiva cuenta [339].

b) Para el contrato celebrado en estado de peligro, el artículo 1447. I CCI 1942 dispone que «[e]l contrato en el que una parte ha asumido obliga-

---

[335] Stanzione/Naddeo (2017) p. 276; traducción mía; *vid.* hasta p. 277.

[336] Igualmente con carácter general e introductorio, según Trimarchi: «El derecho de los contratos se funda sobre la idea de que la prestación se justifica económicamente en la libre determinación de las partes (fuera de los sectores en los que, por razones económicas o sociales, se impone una disciplina de precios): por tanto, se excluye toda intervención judicial dirigida a modificar los términos del contrato según un criterio de justicia conmutativa. El derecho ofrece, sin embargo, un remedio en las hipótesis en las cuales la iniquidad de las condiciones contractuales depende del aprovechamiento del estado de peligro o del estado de necesidad de una parte: en tal caso, el contrato puede rescindirse» [(2014) p. 295].

[337] a) Stanzione/Naddeo (2017) p. 277; traducción mía.

b) Por su parte señala Trimachi, que puesto que «la rescisión presupone un desequilibrio de valor entre las respectivas prestaciones», la rescisión «solo es posible para los contratos (mientras que la nulidad y la anulabilidad […] se refieren a cualquier negocio jurídico» [(2014) p. 295].

[338] Stanzione/Naddeo (2017) p. 277; traducción mía.

[339] a) Tras regular el contrato celebrado en estado de peligro (art. 1447 CCI 1942) y el celebrado en estado de necesidad (art. 1448 CCI 1942), los siguientes cuatro artículos (arts. 1449 a 1452 CCI 1942) regulan distintos aspectos de la acción de rescisión. Todos los mencionados artículos 1447 a 1452 CCI 1942 se ubican en el Capítulo XIII «De la rescisión del contrato», del Libro IV «De las obligaciones», del Código civil italiano de 1942.

b) Sobre la acción de rescisión y sintéticamente, Trimarchi apunta que, demandada la rescisión por la parte dañada, la rescisión la pronuncia el juez, por lo que «[s]e trata […] de una acción análoga a la de anulación», pero existen «algunas diferencias: [así,] no se admite la convalidación del negocio rescindible (art. 1449 […] [CCI 1942]) y afecta no solo a la acción, sino también a la excepción (art. 1449 párrafo 2 […] [CCI 1942]; *la rescisión no es oponible a los terceros* [cursiva del original], salvo los efectos de la transcripción de la demanda (art. 1452 […] [CCI 1942])./ El contratante contra el cual se demanda la rescisión puede evitarla ofreciendo una modificación del contrato suficiente para reconducirlo a la equidad (art. 1450 […] [CCI 1942])» y «a tal fin es necesario que él [aquél] pague un suplemento, o restituya una parte de la prestación recibida, en la medida en que se realice la equivalencia onerosa entre las dos prestaciones». «[P]or ejemplo, habiendo adquirido por 450.000 euros lo que vale un millón, debe ofrecer un suplemento de 550.000 euros (un suplemento de 51.000 euros eliminaría la lesión en "más allá de la mitad" que la ley requiere para la existencia de la acción, pero no sería suficiente para hacer equitativo al contrato». Trimarchi (2014) pp. 296-297; traducción mía.

Más extensamente sobre la acción de rescisión, Gazzoni (2019) pp. 1017-1021.

ciones en condiciones inicuas, por la necesidad, conocida por la contraparte, de salvarse a sí mismo, o a otros, del peligro actual de un daño grave a la persona, puede ser rescindido a petición de la parte que se ha obligado» (traducción mía) [340].

Según Stanzione/Naddeo, son requisitos de su supuesto de hecho: «*a)* la existencia de un actual estado de peligro, entendiéndose por tal una situación de excepcional gravedad que amenaza a la persona –y nunca a una cosa– de uno de los contratantes o también a otros [341]; *b)* el conocimiento del estado de peligro por parte del otro contratante; *c)* las *condiciones inicuas* [cursiva del original] en las cuales la parte es constreñida a contratar, a cambio de la ayuda que la contraparte promete suministrar», «iniquidad […] valorada discrecionalmente por el juez a la luz de las concretas circunstancias» [342]. «Ejemplo emblemático» del contrato celebrado en estado de peligro, apuntan Stanzione/Naddeo, es el de la persona que está a punto de ahogarse «y se obliga a pagar una suma elevadísima a cambio de la ayuda» [343].

---

[340] a) Continúa el artículo 1447 CCI 1942 en su párrafo II: «El juez, al pronunciar la rescisión puede, según las circunstancias, asignar una equitativa compensación a la otra parte por la obra prestada» (traducción mía).

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

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

[341] *Vid.* además *infra* nota 343 c).

[342] a) Stanzione/Naddeo (2017) p. 277; traducción mía.

b) Gazzoni informa de que «se discute» sobre «la identificación de los límites, dentro de los cuales, opera la llamada a la equidad. Según la teoría dominante, la iniquidad habría de identificarse con la desproporción entre las prestaciones, en términos por tanto objetivos y técnicos […]. Según otros, en cambio,» la iniquidad «habría de valorarse con un rasero social y ético, sin considerar el valor económico de la acción de salvamento, la cual, de por sí, no parece susceptible de valorarse con tal rasero [económico], si se considera que puede coincidir, por ejemplo, con la escalada al monte por parte del guía que socorre a un alpinista bloqueado en un glaciar» [(2019) p. 1014].

Por otro lado, Gazzoni recuerda la regla dispuesta en el artículo 1447. II CCI 1942 (que transcribo *supra*, nota 340) y señala que «[s]e trata de una valoración discrecional teniendo por objeto el valor económico de las prestaciones» (p. 1014). Traducción mía.

[343] a) Stanzione/Naddeo (2017) p. 277; traducción mía.

b) Según Trimarchi, «[s]e piensa en la hipótesis de una persona que, encontrándose en peligro, es constreñida a prometer una compensación desproporcionada para obtener socorro» [(2014) p. 295; traducción mía].

c) Gazzoni se refiere «al contrato celebrado por quien debe salvar a un familiar que permanece bloqueado en un refugio alpino», que «puede tratarse de un correcto acuerdo en orden al reembolso de los gastos y al pago de una honesta compensación al que socorre», «[p]ero puede también tratarse de un contrato estipulado en condiciones inicuas» y, para esta «última hipótesis, el remedio de la rescisión» viene «a tutelar no tanto y no solo la libre formación de la voluntad, cuanto más bien el equilibrio del negocio, atendiendo la deficiente condición en la cual se encuentra un contratante» [(2019) p. 1011]. «El contrato de salvamento considerado en sí y por sí es, sin duda, querido por el contratante en estado de peligro, propiamente porque es el instrumento para salir de tales condiciones», pero no es querido en su contenido «(en particular, en el aspecto económico)», es decir, «no ya en el *an,* sino en el *quomodo* de la estipulacion» (pp. 1011-1012). Por tanto, «el vicio obedece» «a la iniquidad», más que «en relacion con la ausencia de libertad en los tratos» (p. 1012). Traducción mía.

Advierten Stanzione/Naddeo, que no es necesario que el estado de peligro sea real, basta «el convencimiento subjetivo de encontrarse en una situación de peligro» (el denominado *«pericolo putativo»);* tampoco es necesario que el peligro no se cause voluntariamente por la misma víctima, ni que fuera evitable, como en cambio se requiere en el artículo 2045 CCI 1942 para el estado de necesidad (que, añado por mi parte, se sitúa en la regulación de los hechos ilícitos [344]) y que se refiere «a diversos fines» como la de «eximente de responsabilidad por hecho ilícito» [345].

c) Para el contrato celebrado en estado de necesidad, el artículo 1448. I CCI 1942, que «disciplina la rescisión *per lesione* [cursiva del original]» [346], dispone que «[s]i existe desproporción entre la prestación de una parte y la de la otra [parte] y la desproporción dependía del estado de necesidad de una parte, de la cual la otra [parte] se ha aprovechado para obtener una ventaja, la parte dañada puede pedir la rescisión del contrato» [347]. Por lo tanto, el supuesto de hecho se

---

[344] a) Artículo 2045 CCI 1942: «Estado de necesidad.– Cuando quien ha ejecutado el hecho dañoso ha sido constreñido por la necesidad de salvarse o salvar a otro del peligro actual de un daño grave a la persona, y el peligro no ha sido voluntariamente causado por él, ni era de otro modo evitable, al dañado le es debida una indemnización, cuya medida se somete a la justa valoración del juez» (traducción mía).

b) Artículo 2045 CCI 1942: «Stato di necessità.– Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice».

[345] a) Stanzione/Naddeo (2017) pp. 277-278; traducción mía.

b) Según Trimarchi, «debe recurrirse a un estado de necesidad como el previsto en el artículo 2045 […] [CCI 1942, que transcribo en la nota inmediatamente anterior a esta] en materia de acto ilícito; con la diferencia, […], de que también el peligro en el que se incurre voluntariamente, o por imprudencia, puede justificar la rescisión del contrato» [traducción mía; (2014) p. 295].

c) Gazzoni explica que «[e]l estado de peligro coincide, en […] sustancia, con el estado de necesidad de los artículos […] 2045 [CCI 1942 que transcribo en la nota inmediatamente anterior a esta]», «por lo tanto debe ser actual», haberse «ya verificado» en relación con las personas, y no con los bienes, «como, por ejemplo, en caso de amenaza de destrucción o saqueo» [(2019) p. 1013]. La persona se «entiende en sentido lato», comprendiendo «no solo el derecho a la integridad física, sino también al derecho al honor, a la intimidad» (p. 1013).

El estado de peligro del artículo 1447 CCI 1942 «no requiere la inevitabilidad del peligro, ni […] que no dependa del contratante que lo sufre, ni, por último, que haya proporcionalidad entre el comportamiento de este y el peligro» (p. 1014). El peligro puede causarlo «un hecho natural como un hecho humano», y «[e]n esta última hipótesis, el supuesto de hecho entra, por otra parte, en el ámbito de la violencia moral cuando la situación de peligro es intencionalmente creada con el fin de empujar al sujeto a contratar» (p. 1014).

Además, explica Gazzoni, «el peligro debe ser *grave* y debe considerarse como *causa eficiente* de la contraprestación, en el sentido de que la parte debe estar convencida de encontrarse de cara a la alternativa entre sufrir el daño o pactar el contrato y la contraparte debe tener conocimiento» (cursiva del original; p. 1014). «En la doctrina se considera también el convencimiento presunto (c.d. *putativo)*» (cursiva del original; p. 1014).

Traducción mía.

[346] Stanzione/Naddeo (2017) p. 278; traducción mía.

[347] a) El artículo 1448 CCI 1942 continúa: «Acción general de rescisión por lesión.–

[…]

La accion no es admisible si la lesión no excede de la mitad del valor que la prestación cumplida o prometida por la parte dañada tenía al tiempo del contrato.

La lesión debe perdurar hasta el momento en el que la demanda se interpone.

compone de tres «presupuestos [requisitos] (lesión *ultra dimidium*, estado de necesidad y aprovechamiento)», y todos «deben estar […] presentes en el momento de la celebración del contrato para poder» rescindirlo [348].

c.1) Sobre la existencia del estado de necesidad (primer requisito), Trimachi explica que «se piensa en la hipótesis de un persona que, faltándole los medios para hacer frente a necesidades financieras urgentes, a fin de evitar consecuencias ruinosas vende su inmueble a un adquirente, el cual, aprovechándose de la urgencia, logra la adquisición a un precio vil» [349]. Añade que el «estado de necesidad» «no significa necesariamente "estado de pobreza", sino que puede consistir en una situación contingente de necesidad económica, y también en una momentánea falta de dinero líquido» [350]. Para Stanzione/Naddeo, «[p]or estado de necesidad se entiende la dificultad económica del sujeto víctima del aprovechamiento parte de otros» [351]. Finalmente Gazzoni señala, que «[e]l estado de necesidad está ligado, en general, a un momento de dificultad económica, pero no puede excluirse que se refiera a la falta de un bien distinto del dinero (aunque de carácter no económico, cuando tal falta comporta un daño también de carácter patrimonial) o incluso en relación a condiciones ambientales (por ej., ambiente mafioso)» [352]. El mismo Gazzoni destaca además, que en el artículo 1448. I CCI 1942 [que trans-

---

No pueden ser rescindidos por causa de lesión los contratos aleatorios

Están a salvo las disposiciones relativas a la rescisión de la división» (traducción mía).

b) Artículo 1448 CCI 1942: «Azione generale di rescissione per lesione.– Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quelle dell'altra, e la sproprozione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.

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

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

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

Sono salve le dispozioni relative alla rescissione della divisione».

[348] Gazzoni (2019) p. 1015; apunta que «[e]l estado de necesidad se distingue del estado de peligro» en cuanto a la «naturaleza de los intereses», pues, en el estado de necesidad, «los intereses en cuestión son de carácter patrimonial, mientras» que en el estado de peligro «son de carácter exclusivamente personal» (p. 1016). Traducción mía.

[349] Trimarchi (2014) p. 296; traducción mía.

[350] a) Trimarchi (2014) p. 296; traducción mía.

b) En similares términos se manifiesta Gazzoni: «La necesidad puede consistir también en la simple dificultad económica o en la carencia de liquidez de carácter transitorio habiendo sido causada por el mismo contratante, siempre y cuando sea efectivo y no solamente putativo» [(2019) p. 1015]. Añade, que debe haber un «estado determinante para la contratación en el sentido de la existencia de un nexo de causalidad sicológica entre el estado de necesidad y la decisión de contratar, que a su vez debe presentarse como necesario. Tal no sería, por ejemplo, la celebración de un contrato de servidumbre de paso en favor de un fundo ya conectado a la vía pública, con el solo fin de conseguir un ahorro en el transporte» (pp. 1015-1016).

Por otro lado, Gazzoni señala que «[t]ípico es el caso de quien, habiendo perdido el entero patrimonio jugando en bolsa o en un casino, se ve constreñido a vender su propia casa» y, «[s]i el adquirente conoce el estado de necesidad en el cual se encuentra el enajenante y se aprovecha para adquirir el bien a un precio inferior a la mitad de su valor, el contrato puede ser rescindido» (p. 1012). Traducción mía.

[351] Stanzione/Naddeo (2017) p. 278; traducción mía.

[352] Gazzoni (2019) p. 1015; traducción mía.

cribo *supra* en anterior c)] se alude al «estado de necesidad de una parte», pero, advierte, «[a]unque el artículo 1448, a diferencia del artículo 1447 [que literalmente dice, recuerdo, para "salvarse a sí o a otros"], menciona solamente a la persona del contratante, el estado de necesidad puede también referirse a familiares o a otras personas» [353].

c.2) Sobre la lesión (segundo requisito), Stanzione/Naddeo explican que se trata de la «lesión *ultra dimidium*, en el sentido de que la prestación de una parte excede en más de la mitad del valor de la contraprestación» (art. 1448. II CCI 1942 [que transcribo *supra* nota 347]), lo cual «debe existir en el momento de la celebración del contrato» y «permanecer hasta el momento en el que se interpone la demanda» (art. 1448. III CCI 1942 [que transcribo *supra* nota 347]) [354]. En este sentido, si «por circunstancias sobrevenidas, como por ejemplo una fuerte devaluación, la desproporción entre las dos prestaciones es menor, antes de que el contratante lesionado impugne el contrato, este último no es rescindible» [355]. «El desequilibrio entre prestaciones», advierte Gazonni, «se verifica sobre la base de una determinación estrictamente objetiva, con referencia al valor de las prestaciones en el momento de la celebración del contrato», valor que «se calcula teniendo en cuenta no solo las prestaciones principales, sino también las accesorias y otras distintas modalidades», excluyéndose «solamente los gastos que se afrontan para la estipulación del acto, como los notariales, fiscales o, si son necesarios, los de mediación» [356].

---

[353] Gazzoni (2019) p. 1015; traducción mía; añade: «Contratante puede ser también un sociedad» «o la herencia yacente».

[354] a) Stanzione/Naddeo (2017) p. 278.

b) Destaca Trimarchi que, «a diferencia de la hipótesis del contrato celebrado en estado de peligro [que expongo *supra,* en el cuerpo de texto, en anterior b) de este [D.3]], no basta cualquier desproporción entre las prestaciones respectivas: *es necesario que la lesión exceda de la mitad* [cursiva del original] del valor que la prestación cumplida o prometida por la parte dañada tuviera al tiempo del contrato (art. 1448 párrados 1 y 2 […] [CCI 1942]). En otras palabras: es necesario que la parte lesionada haya dado o prometido una prestación que valga más del doble de la que obtiene como contraprestación» [(2014) p. 236; traducción mía].

c) Según Gazzoni, en el artículo 1448 CCI 1942 «se pretende la lesión *ultra dimidium*, símbolo evidente de que el legislador ha entendido fijar un límite dentro del cual no detecta la desproporción entre las prestaciones. De ese modo salta a un primer plano el *sinallagma*, que caracteriza al contrato con prestaciones recíprocas, donde una prestación lo es en función de la otra. El vicio del contrato […] se reconoce propiamente en este desequilibrio, que no está justificado en el libre juego del mercado, sino que es fruto del aprovechamiento de un contratante en su confrontación con el otro» [(2019) p. 1012; traducción mía].

[355] a) Stanzione/Naddeo (2017) p. 278; traducción mía.

b) Gazzoni, tras señalar que, «según el artículo 1448. III [que transcribo *supra* nota 347), la lesión debe perdurar hasta el momento en el que la demanda se interpone y por lo tanto», la lesión «podría después llegar a ser menor por el incremento del valor del bien recibido por el lesionado o por la devaluación del valor de lo recibido de la contraparte, pero [ello] en términos reales y no por una sobrevenida fuerte devaluación monetaria» [traducción mia; (2019) p. 1017].

[356] Gazzoni (2019) p. 1017; traducción mía; explica que «[p]or regla, se habrán tenido en cuenta los valores de mercado, pero, excluido, obviamente, cualquier relevancia, directa o indirecta, del llamado valor de afección, puramente subjetivo, debiendo tenerse en cuenta el resultado logrado por quien se aprovecha, en el contexto más amplio de la operación económica, como en el caso, por ejemplo, de la adquisición de acciones que permiten controlar la sociedad».

c.3) Y sobre que el otro contratante se haya aprovechado del estado de necesidad (tercer requisito), Trimarchi aclara que «no significa que» aquel «deba haber tomado la iniciativa o desplegado una particular actividad: basta el conocimiento del estado de necesidad de la contraparte y de la posibilidad de aprovecharse con la estipulación de un contrato inicuo lo que constituyó el impulso sicológico para contratar» [357].

c.4) Finalmente, lo dispuesto en el artículo 1448, I, II y III, CCI 1942 [que transcribo *supra* nota 347] para el contrato celebrado en estado de necesidad no se aplica a los contratos aleatorios (pues estos «[n]o pueden ser rescindidos por causa de lesión», art. 1448. IV CCI 1942, que transcribo *supra* nota 347). Según Gazzoni, la anterior regla se interpreta «en el sentido de que la rescisión se excluye cuando el sujeto en estado de necesidad asume para sí el riesgo, consecuencia de lo cual sufre eventualmente la lesión […] [358], pero no cuando la desproporción no es consecuencia del riesgo» [359].

[D.4] *El derecho portugués y los negocios usurarios*

a) El vigente artículo 282 CCP 1966 se titula «[n]egocios usurarios» y dispone, en su apartado primero, que «[e]s anulable, por usura, el negocio jurídico cuando alguien, explotando la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad de carácter de otro, obtiene de este, para sí o para un tercero, la promesa o la concesión de beneficios excesivos o injustificados» (traducción mía) [360].

---

[357] a) Trimarchi (2014) p. 296; traducción mía.

b) Gazzoni explica que «[s]e discute» sobre «el concepto de aprovechamiento» y así, según unos, «se considera suficiente el mero conocimiento del estado de necesidad», según otros, «se pretende una intención específica de aprovecharse a expensas del otro contratante», y «la jurisprudencia considera en cualquier caso suficiente el comportamiento pasivo de quien se limita a mantenerse firme en una oferta lesiva […], así como considera irrelevante el hecho de que la oferta provenga del contratante lesionado, o que este no haya sido inducido a error, pero hubiese sido consciente del alcance negativo del negocio concluido» [(2019) p. 1016; traducción mía].

[358] En esos puntos suspensivos del cuerpo del texto, Gazzoni dice, «como en el caso de la *emptio spei* (venta de todo el pescado que se pescará en el lanzamiento de la red a un precio a forfait, que puede resultar así inferior a la mitad del valor del pescado efectivamente pescado, pero que también habría podido ser superior)» [(2019) p. 1015; traducción mía].

[359] Gazzoni (2019) p. 1015; continúa: «Se piensa, por ejemplo, en el caso de quien vende a un precio muy bajo un inmueble, con asunción por parte del adquirente del riesgo de evicción. Admitiendo que puede hablarse de un riesgo, si existe el estado de necesidad del enajenante y el aprovechamiento por parte del adquirente, el contrato podrá ser rescindido cuantas veces el precio, teniendo en cuenta la devaluación consiguiente de la asunción del riesgo, es inferior a la mitad» del precio de mercado (p. 1015). Traducción mía.

[360] a) El artículo 282 CCP 1966 continúa: «2. Queda exceptuado el régimen especial establecido en los artículos 559-A y 1146» (traducción mía).

b) Artículo 282 CCP 1966: «Negócios usurarios

1. É anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados.

2. Fica ressalvado o regim especial estabelecido nos artigos 559º-A e 1146º».

La anterior redacción del artículo 282 CCP 1966 es fruto de su reforma por *Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho*[361] [362].

---

[361] a) a.1) En la versión anterior del artículo 282 CCP 1966 (antes de su reforma de 1983) se disponía: «Negocios usurarios

1. Es anulable, por usura, el negocio jurídico, cuando alguien, aprovechando conscientemente la situación de necesidad, inexperiencia, dependencia o deficiencia síquica de otro, obtiene de este, para sí o para un tercero, la promesa o concesión de beneficios manifiestamente excesivos o injustificados.
2. Queda exceptuado el régimen especial establecido para el mutuo en el artículo 1146» (traducción mía).

a.2) Artículo 282 (versión anterior a 1983) CCP 1966: «Negócios usurários

1. É anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, aproveitando conscientemente a situaçao de necessidade, inexperiência, dependencia ou deficiência psíquica de outrem, obteve deste, para si ou para terceiro, a promessa ou concessao de benefícios manifiestamente excessivos ou injustificados.
2. Fica ressalvado o regime especial estabelecido para o mútuo no artigo 1146º».

b) En su comentario del artículo 282 (versión anterior a 1983) CCP 1966, Pires De Lima/Antunes Varela explican:

b.1) Sobre sus requisitos de aplicación:

«Para que haya negocio usurario, en el amplio sentido que la ley da a esta categoría, se exige, como requisito de anulabilidad, la *consciencia* [cursiva del original] de la situación de necesidad, inexperiencia, dependencia, o deficiencia síquica de alguien. La anulabilidad no resulta, por tanto, solo de aquellos estados. Es necesario que exista la consciencia (conocimiento) de que se está aprovechando de la inferioridad del otro. Solo así el negocio puede ser considerado como usurario.

En segundo lugar, es necesario que la situación de inferioridad de una de las partes haya sido aprovechada por la otra para alcanzar una promesa o una concesión de un beneficio, en provecho de esta o de tercero. Y, por último, se exige aún que estos beneficios sean *manifiestamente* [cursiva del original] excesivos o injustificados –determinación que se deja entregada, caso por caso, al prudente criterio del juzgador» [«Artículo 282» (1982) 1, p. 259; traducción mía].

b.2) Sobre su ámbito de aplicación:

«La doctrina del artículo 282 es aplicable a todos los negocios –sea que se trate de *contratos bilaterales,* sea de *contratos unilaterales* o incluso de *negocios unilaterales*» (cursiva del original; 1, p. 259; traducción mía).

[362] a) En cuanto a los efectos de los negocios usurarios, uno es la anulación, efecto contemplado en el propio artículo 282.1 CCP 1966, que transcribo *supra* en el cuerpo del texto, en a) de este [D.4] y nota 360. Ahora bien, en lugar de la anulación, el negocio usurario puede modificarse, lo que se dispone en el artículo 283 CCP 1966 que transcribo a continuación.

b) b.1) Artículo 283 CCP 1966: «Modificación de los negocios usurarios

1. En lugar de la anulación, el lesionado puede requerir la modificación del negocio según juicio de equidad.
2. Requerida la anulación, la parte contraria tiene la facultad de oponerse a lo pedido, declarando aceptar la modificación del negocio en los términos del número anterior» (traducción mía).

b.2) Artículo 283 CCP 1966: «Modificação dos negócios usurários

1. Em lugar da anulação, o lesado pode requerer a modificação do negócio segundos juízos de equidade.
2. Requerida a anulação, a parte contrária tem a faculdade de opor-se ao pedido, declarando aceitar a modicação do negócio nos termos do número anterior».

c) Sobre los efectos de los negocios usurarios, Pires De Lima/Antunes Varela «Artículo 283» (1982) pp. 259-260; Da Mota Pinto (2005) p. 500; Hörster/Moreira Da Silva (2023) 958, pp. 624-625.

d) Más allá de lo anterior, el artículo 284 CCP 1966 trata de la «Usura criminosa», esto es, de «[c]uando el negocio usuario constituye un delito», y se ocupa, entre otros extremos, del cómputo de los derechos de anulación o modificación.

b) Da Mota Pinto comenta que, en el anterior «Código civil de 1867, rompiendo [a su vez] con el derecho anterior, se dejó de considerar a la lesión (grave desequilibrio entre las prestaciones, en los contratos onerosos conmutativos) motivo autónomo de invalidez de los negocios jurídicos», y así, «la lesión solo implicaría la anulabilidad del negocio, cuando envolviese error, dolo o coacción, con los requisitos necesarios para producir aquel efecto [de la anulabilidad]» (art. 1582 CCP 1865) [363]. Trasladándose al vigente Código civil de 1966, Da Mota Pinto destaca que «la prohibición de la lesión, bajo la denominación de *usura* [cursiva del original], solo se efectúa en los términos del artículo 282 [CCP 1966]» [364], términos dichos que, por mi parte, he reproducido en la anterior a) de este [D.4] y *supra* nota 360.

Situándose ya en el momento en el que escribe (en 2005), Da Mota Pinto se cuestiona, «¿[c]uál es […] *la relación entre el problema de la lesión y el de los vicios de la voluntad?* (cursiva del original) [365]. Y responde, «que resulta» del artículo 282 CCP 1966 «que la lesión, como fundamento de la anulación [art. 282 CCP 1966] o de la modificación de los negocios [art. 283 CCP 1966 que transcribo *supra* nota 362], no consiste solo, como consistía en nuestro antiguo derecho, en una fija desproporción entre prestaciones (lesión *"ultra dimidium"* o lesión enorme), pero sí, [consiste] igualmente, en una explotación de la otra parte, en casos en que habrá habido una manipulación en el modo de formarse la voluntad» [366]. Señala Da Mota Pinto, que «se emplea [en el artículo 282 CCP 1966] para definir a la figura [de la lesión; de la usura] una formulación objetivo-subjetivo, cuyo elemento objetivo se aprecia no con un criterio matemático rígido (más de la mitad, o 7/12, como ocurre en algunos derechos [367]), sino que comporta una cierta libertad en la apreciación judicial (*beneficios excesivos o injustificados)* y cuyos elementos subjetivos son dos: a) *una situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad de carácter en que se encontraba la víctima del acto lesivo;* y b) *una explotación de esas situaciones»* (cursiva del original) [368]. Concluye afirmando Da Mota Pinto, que «[s]on estos los términos [los requisitos del artículo 282 CCP 1966] en que la *lesión* (como *negocio usuario)* tiene relevancia de cara al nuevo código civil [de 1966]» [369].

c) Por su parte, Hörster/Moreira Da Silva comienzan su análisis de los negocios usurarios de los artículos 282 ss. CCP 1966, apuntando que «pertenecen

---

[363] a) Da Mota Pinto (2005) p. 499; traducción mía.

b) Artículo 1582 CCP 1865: «El contrato de compraventa no podrá ser rescindido bajo pretexto de lesión ó de vicios de la cosa, de los llamados redhibitorios, salvo si esa lesión ó esos vicios llevasen consigo error que anule el consentimiento, según lo dispuesto en los artículos 656 al 668 y 687 al 701, ó si hubiese convenio en contrario» [Romero Girón/García Moreno (1891) p. 316].

En los citados artículos 656 a 668 se regulan el error, el dolo, y la coacción, y en los igualmente citados artículos 687 a 701 se trata «De la rescisión de los contratos».

[364] Da Mota Pinto (2005) pp. 499-500; traducción mía.

[365] Da Mota Pinto (2005) p. 500; traducción mía.

[366] Da Mota Pinto (2005) pp. 500-501; traducción mía.

[367] Cuando Da Mota Pinto alude a los 7/12, entiendo que se refiere al conocido artículo 1674 CCF para la venta de inmueble, que transcribo *supra* nota 202 d).

[368] Da Mota Pinto (2005) p. 501; traducción mía.

[369] Da Mota Pinto (2005) p. 501; traducción mía.

a los negocios jurídicos con contenido desaprobado por el orden jurídico –y esto en virtud del desequilibrio de las prestaciones en ellos acordadas debido a la inferioridad de *una* [cursiva del original] de las partes con la consecuente falta de justicia conmutativa entre ellas» [370]. Explican además, que «[l]a finalidad de los artículos 282 ss. [CCP 1966] es […] la protección de las personas caracterizadas o afectadas por ciertas situaciones de inferioridad frente a quien pretenda obtener beneficios excesivos o injustificados» [371]. «En estos específicos casos, el contenido del contrato, como resultado del acuerdo (consenso) celebrado entre las partes, no conduce, al contrario de los casos normales, a un equilibrio de los intereses en causa: [pues,] hay, a pesar de la igualdad formal en la celebración, un desequilibrio material entre las partes», y «[l]a tentación de explotar al más débil (indefenso) es una realidad que la ley debe tener en debida consideración» [372]. «[L]a finalidad de los artículos 282 ss. [CCP 1966] es la de un correctivo material de índole social», y «[e]sta finalidad puede justificar la peligrosa laxitud con la que el negocio usurario, como tipo legal, es concebido» [373].

---

[370] a) Hörster/Moreira Da Silva (2023) 952, p. 619; traducción mía.

En su opinión, «[e]n términos sistemáticos su colocación en la ley [los negocios usurarios de los artículos 282 ss. CCP 1966, dentro de la sección II "Objeto negocial. Negocios usurarios"] es correcta. Así y todo, la sanción ordenada es, al contrario de los negocios cubiertos por los artículos 280 y 281 [CCP 1966, que transcribo en esta misma nota en la siguiente b)], solo la de la anulabilidad. Esta sanción [entienden Hörster/Moreira Da Silva] es inadecuada. Con todo, sucede con frecuencia que un negocio con las características aparentes de un negocio usurario puede ser calificado como ofensivo a las buenas costumbres, de modo que se aplican las reglas de los artículos 280, núm. 2, que producen su nulidad» (traducción mía; 952, p. 619).

b) b.1) Artículo 280 CCP 1966: «Requisitos del objeto negocial

1. Es nulo el negocio jurídico cuyo objeto sea física o legalmente imposible, contrario a la ley o indeterminable.

2. Es nulo el negocio contrario al orden público, u ofensivo a las buenas costumbres» (traducción mía)

Artículo 280 CCP 1966: «Requisitos do objeto negocial

1. É nulo o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrario à lei ou indeterminável.

2. É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes».

b.2) Artículo 281 CCP 1966: «Fin contrario a la ley o al orden público u ofensivo de las buenas costumbres

Si solo el fin del negocio jurídico fuese contrario a la ley o al orden público, u ofensivo a las buenas costumbres, el negocio solo es nulo cuando el fin fuera común a ambas partes» (traducción mía).

Artículo 281 CCP 1966: «Fim contrário à lei ou à orden pública ou ofensivo dos bons costumes

Se apenas o fim do negócio jurídico for contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes, o negócio só é nulo quando o fim for comum a ambas as partes».

[371] Hörster/Moreira Da Silva (2023) 954, p. 621; traducción mía.

[372] Hörster/Moreira Da Silva (2023) 954, p. 621; traducción mía.

[373] a) Hörster/Moreira Da Silva (2023) 954, p. 621; traducción mía.

b) Ahora bien, Hörster/Moreira Da Silva se encargan de advertir:

«[L]a finalidad del artículo 282 [CCP 1966] no es –en la senda de un "pensamiento de equidad general"– permitir a los incautos, a los imprevisores y a los despreocupados, tras haber hecho estos un mal negocio en el que actuaron dentro de los parámetros de la autonomía privada, desvincularse ahora del mismo y de sus obligaciones mediante la invocación de una situación de inferioridad, supuestamente existente. Actuar con base en la autonomía privada significa asumir la libertad con responsabilidad y el artículo 282 [CCP 1966] no sirve para alterar esta correlación. Además, es preciso tener en cuenta que la

Al igual que Da Mota Pinto [*supra* anterior b) de esta [D.4]], pero, con mayor detalle, Hörster/Moreira Da Silva se detienen en el análisis de los tres requisitos exigidos en el artículo 282 CCP 1966 para los negocios usurarios; esto es, los dos subjetivos, uno relativo a la víctima de la usura y el otro al contratante que se aprovecha, y, el tercer requisito objetivo del beneficio excesivo o injustificado.

c.1) Sobre la víctima de la usura y las concretas situaciones de vulnerabilidad contempladas en el artículo 282.1 CCP 1996 (primer requisito subjetivo), Hörster/Moreira Da Silva explican:

c.1.1) Sobre la «situación de necesidad», «existe cuando las grandes dificultades de una persona le provocan la necesidad imperiosa de obtener una prestación para liberarse de aquellas dificultades»; «[n]o solo dificultades económicas muy serias (p. ej., desempleo), sino también graves inconvenientes de naturaleza política, social, habitacional o estrictamente personal (p. ej., la pendencia de un proceso criminal) pueden estar en el origen de una situación de necesidad» [374].

---

función jurídico-política de la prohibición de los negocios usurarios es, en una sociedad de consumo con todas sus tentaciones, esencialmente diferente de la función del instituto en una sociedad donde todavía se trata de satisfacer necesidades más elementales.

De ahí que asuma un papel cada vez más significativo la usura del consumidor, designada en la forma de concesión abusiva de créditos desventajosos, contra los cuales este carece de protección.

Con todo, la protección obtenida por medio del artículo 282 [CCP 1966] es, en parte, meramente aparente: quien fue víctima de un negocio usurario no es propiamente la persona más indicada para anular el negocio lesivo, aunque sea la persona en cuyo interés la ley establece la anulabilidad. Habría sido mejor (re)admitir el negocio usurario en términos menos amplios, pero haciendo de la nulidad, exactamente como sucede con los restantes negocios cuyo contenido es desaprobado por el orden jurídico, consagrando, al efecto, una nulidad atípica en la que la obligación de restituir lo que hubiere sido prestado (art. 289, núm. 1, 1.ª parte) se limitase al usurero. Así, la protección de la víctima de la usura, sería, por lo menos, eficaz» (traducción mía; 954, pp. 621-622).

[374] a) Hörster/Moreira Da Silva (2023) 955, p. 622; traducción mía.

Por otro lado, cuando Hörster/Moreira Da Silva se ocupan del vicio de la coacción moral (arts. 255 y 256 CCP 1966), apuntan para el estado (situación) de necesidad: «En ciertas situaciones, la coacción moral tiene puntos de conexión con el negocio usurario, en particular en cuanto al criterio del "estado de necesidad". Aquí puede suceder que el beneficiario de la usura no se limite al simple aprovechamiento, a la explotación, de una situación ya existente, como es característico del negocio usurario, sino que contribuya para que surja aquel estado que, a continuación, explota. En estas situaciones puede ser posible aplicar simultáneamente las reglas del negocio usurario y de la coacción moral a partir de las perspectivas y presupuestos que les son peculiares: la explotación de la víctima, por un lado, la amenaza ilícita para modular la voluntad, por otro. Situación semejante se tiene en el caso del dolo omisivo, donde, tras el dolo, puede haber usura, o sea, un aprovechamiento de la situación de inferioridad causada por la omisión» [traducción mía; (2023) 1009, p. 653].

b) Da Mota Pinto, tras dedicar un específico apartado al vicio de la coacción, dedica el siguiente apartado al «[…] estado de necesidad y otros situaciones como vicios de la voluntad negocial». En este último se ocupa de confrontar el estado de necesidad con la coacción.

Al respecto, según Da Mota Pinto, la confusión entre el estado de necesidad y la coacción, «solo puede surgir cuando el estado de necesidad fue ocasionado por un hecho del hombre [advierto por mi parte que la coacción moral puede tener origen, o en un hecho natural, o en un hecho humano]. En este caso [en el ocasionado por hecho del hombre], estaremos [dice Da Mota Pinto] ante la figura del estado

c.1.2) Sobre la «inexperiencia», esta «existe en los casos en que el discernimiento necesario y adecuado todavía no fue adquirido o volvió a perderse, pudiendo ser varias las causas que llevan a tal situación (p. ej., juventud, edad avanzada, mentalidades no adaptadas [como sucede con los extranjeros], penas de privación de libertad por bastante tiempo, falta de preparación profesional, etc.)»; «[e]stando en causa la participación consciente en el tráfico jurídico, y atendiendo a los objetivos del artículo 282 [CCP 1966], la condición de la inexperiencia se define en términos relativos, de conformidad con los tipos de negocios y las situaciones concretas» [375].

---

de necesidad cuando la situación de peligro no fue creada con el propósito de arrancar un negocio (*falta de intención de coaccionar* [cursiva del original])» [(2005) pp. 534-535].

Ahora bien, considera Da Mota Pinto, «[p]ueden surgir igualmente dudas, si creado el peligro por un hecho natural o humano, el contratante que acude al necesitado tiene el *deber jurídico (legal o contractual)* o, igualmente, *solo* [tiene] *un imperativo deber moral de auxilio* [cursiva del original]. En esta hipótesis, si el contratante no presta el auxilio a que estaba obligado, a no ser después de exigir una retribución a la que no tiene derecho, no hay duda de que la situación de peligro en que se encuentra el necesitado es causalmente imputable a la negativa de aquél de actuar, y puede, así, decirse provocada, a partir de la omisión del actuar, con el objetivo de arrancar el negocio. No hay diferencia alguna entre los presupuestos de esta hipótesis y los de la coacción. Tales hipótesis (aquellas en que había obligación de socorrer al necesitado) son, sin embargo, objeto de un tratamiento más drástico y más justo por parte del derecho, del que serían si los calificásemos, pura y simplemente, como de coacción. [Y así], [e]n efecto, a la coacción moral corresponde la anulabilidad (art. 256 [CCP 1966, que transcribo *infra* nota 613]) y los referidos negocios deben tenerse por *nulos* [cursiva del original], con fundamento en la contrariedad a la ley o en la ofensa a las buenas costumbres (art. 280 [CCP 1966, que transcribo *supra* nota 370 b.1)])» (cursiva del original; p. 535). Concluye Da Mota Pinto, «[e]n verdad, la exigencia de remuneración viola la norma que impone la prestación de aquel auxilio en otras condiciones o, por lo menos, debe tenerse como ofensiva a las buenas costumbres» (cursiva del original; p. 535). E insiste más adelante diciendo, que el «régimen de los artículos 282 y 283 [CCP 1966] no se aplica, *habiendo antes lugar a la nulidad,* cuando la persona que se aprovecha conscientemente de la situación de necesidad *tiene el deber de auxiliar al necesitado* (acto contrario a la ley y ofensivo a las buenas costumbres)» (cursiva del original; pp. 537-538).

En otro plano, Da Mota Pinto indica que «[e]n el Código civil vigente [el de 1966], la hipótesis de los negocios en estado de necesidad debe subsumirse en la previsión del artículo 282 [que transcribo *supra,* en el cuerpo del texto, en a) del presente [D.4] y nota 360], dónde se establece la anulabilidad de los llamados negocios usurarios. [Y] [e]s en los términos de tal disposición [del art. 282 CCP 1966] […], que el legislador concede, bajo la designación de "usura", alguna relevancia al viejo instituto de la *lesión*, no sancionando un criterio puramente objetivo, sino exigiendo, de conformidad con la fisonomía moderna del instituto (*"Wuchergeschäft"*, previsto en el § 138, núm. 2, del Código civil alemán»; «acción general de rescisión por lesión», prevista en el artículo 1448 del Código civil italiano [para estos derechos alemán e italiano, *supra,* en el cuerpo del texto, en anteriores [D.1] y [D.3] c)]), la verificación de requisitos objetivos (*beneficios excesivos o injustificados)* y requisitos subjetivos *(explotación* de una *situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad de carácter del otro)*. Entre los requisitos subjetivos figura, pues, al lado de otras situaciones, el estado de necesidad» (cursiva del original; p. 536). Y a continuación, Da Mota Pinto analiza los requisitos subjetivos y objetivos del artículo 282 CCP 1966 para el estado de necesidad (pp. 536-537).

Traducción mía.

[375] Hörster/Moreira Da Silva (2023) 955, p. 622; traducción mía.

Continúan: «Por ello, no es posible "corregir" los efectos, mediante una interpretación extensiva del concepto de inexperiencia, de decisiones legislativas respecto de una fijación excesivamente baja de la mayoría de edad. Un procedimiento en este sentido es inadmisble en el interés de la seguridad del tráfico jurídico. Quien es mayor tiene, por ley, plena capacidad negocial y posee lógicamente, por vía de regla, experiencia suficiente para participar, de modo autónomo, en el tráfico jurídico negocial, *inclusive* [cursiva

c.1.3) Sobre la «ligereza», esta significa un comportamiento irreflexivo, inmaduro y desmedido, siendo la manera frívola e irresponsable de actuar un rasgo característico de la persona y no un fallo esporádico o accidental [376].

c.1.4) Sobre la «dependencia», esta «existe cuando la autonomía de decisión está limitada de hecho (p. ej., en virtud de relaciones de subordinación en el amplio y diversificado campo laboral, o a consecuencia de relaciones de subordinación resultado de la situación de *instrucción* [en sentido lato]) [377].

c.1.5) Sobre la «situación de estado mental», «aquí, la redacción del artículo 282 [CCP 1966] [introducida por el DL núm. 262/83, de 16 de junio] es mal portugués, debe abarcar las limitaciones de facultades mentales o estados de emoción y de descontrol que restringen el discernimiento del interesado y afectan a sus capacidades de decisión» [378].

Y c.1.6) sobre la «debilidad de carácter», «se verifica cuando una persona no está en condiciones morales o no tiene fuerza anímica para comportarse debidamente, a pesar de poder poseer perfecta lucidez respecto de su situación y de su comportamiento (por ej., en virtud de enfermedad, de tóxicodependencia, o de vicio de juego, etc.) [379].

c.2) Sobre «el aprovechamiento consciente por parte del usurero, de por lo menos una de las seis situaciones de inferioridad descritas» en el artículo 282 CCP 1966 y referidas en las anteriores c.1.1) a c.1.6), Hörster/Moreira Da Silva señalan que «[n]o constituye presupuesto legal de la usura que el usurero lleve a la otra parte a realizar el negocio: basta con que se aproveche de la situación de inferioridad existente» en dicha otra parte, «(siendo *incluso* [cursiva del original] que el propio [sujeto] haya creado esta situación)» [380]. También señalan que «[n]o es preciso que el usurero tenga intención de explotar», «[e]s suficiente que él aproveche conscientemente la situación de inferioridad de la otra parte, de la que tenga conocimiento, para obtener los beneficios» [381].

c.3) Por último, para la «desproporción excesiva o injustificada entre el beneficio obtenido y la contraprestación dada», Hörster/Moreira Da Silva apuntan que, «[a]l contrario […] de la redacción originaria del CCiv de 1966 [esto es, del art. 282 CCP 1966 en su redacción anterior a su reforma de 1983,

---

del original] para celebrar negocios arriesgados. La inexperiencia es una situación excepcional derivada de condicionantes específicos» (traducción mía; 955, pp. 622-623).

376 Hörster/Moreira Da Silva (2023) 955, p. 623; traducción mía.

377 Hörster/Moreira Da Silva (2023) 955, p. 623; traducción mía.

378 Hörster/Moreira Da Silva (2023) 955, p. 623; traducción mía.

379 Hörster/Moreira Da Silva (2023) 955, p. 623; traducción mía.

380 Hörster/Moreira Da Silva (2023) 956, p. 623; traducción mía.

381 a) Hörster/Moreira Da Silva (2023) 956, pp. 623-624; traducción mía.

b) Da Mota Pinto señala que debe darse el requisito subjetivo de «[*l*]*a explotación* de las situaciones tipificadas, que no es excluida por el hecho de que la iniciativa del negocio provenga del lesionado» [cursiva del original; (2005) p. 537]. Advierte además, que «[e]l requisito de *explotación* implica necesariamente aspectos subjetivos, a saber, la consciencia de situaciones tipificadas en el artículo [282 CCP 1966] y la consciencia de la causalidad entre esas situaciones y los beneficios recibidos, aunque en la práctica, este segundo momento (causalidad) resulta, muchas veces, de una prueba a través de presunciones» (cursiva del original; nota 738 de p. 537). Traducción mía.

> que transcribo *supra* nota 361 a)], que exigía, con toda razón, que la desproporción fuese *manifiestamente* [cursiva del original] excesiva o injustificada, la ley [el art. 282 CCP 1966], en su redacción actual [tras su reforma de 1983], no contribuye en nada a precisar el criterio objetivo de la desproporción "excesiva o injustificada", lo que representa [consideran Hörster/Moreira Da Silva] un factor de inseguridad para su aplicación» [382]. Añaden, que «el [vigente] artículo 282 [CCP 1966] no constituye ningún correctivo general para hacer viable el control judicial, especialmente de los contratos onerosos, según criterios de equidad o de "nivelación" por el respectivo juez. El legislador de 1966 [el del art. 282 CCP 1966 en su redacción anterior a 1983], al introducir [en dicho artículo] el criterio "manifiestamente", quiso evitar que se llegase a este resultado. Pero con la redacción [del art. 282 CCP 1966] de 1983 la determinación de un beneficio injustificado o excesivo queda entregada, caso por caso, al criterio del juez, situación esa que no puede dejar de ser considerada como preocupante y peligrosa» [383].

[19] Una vez expuestas las tesis estricta (o restringida) y amplia del dolo en relación con el artículo 1269 CC, con adscripción, a una u otra, de una serie

---

[382] Hörster/Moreira Da Silva (2023) 957, p. 624, traducción mía; continúan: «Una desproporción, solo por sí, no permite concluir la voluntad o consciencia de explotar. El elemento objetivo no prueba automáticamente el [elemento] subjetivo. Y no puede haber, en general, una presunción en este sentido. Por lo demás, un desequilibrio de las prestaciones es perfectamente aceptable, en cuanto que no alcance las proporciones que el artículo 282 [CCP 1966] rechaza» (traducción mía; 957, p. 624).

[383] a) Hörster/Moreira Da Silva (2023) 957, p. 624, traducción mía.

b) Similares y más amplias consideraciones, que las que expongo en el cuerpo del texto por parte de Hörster/Moreira Da Silva, hace Da Mota Pinto al explicar el «[v]alor de los negocios jurídicos realizados en estado de necesidad» [(2005) p. 535; traducción mía]. En concreto: «Deben, por tanto, verificarse *los requisitos objetivos: beneficios excesivos o injustificados.* Tiene que haber una desproporción clara entre las prestaciones. Solo habrá beneficios excesivos o injustificados cuando, *según todas las circunstancias,* la desproporción sobrepasa los límites de lo que puede tener alguna justificación. El legislador se niega a establecer una relación de valor determinada (p. ej., el criterio "*ultra dimidium"*). A pesar de la superación del criterio de la *laesio enormis* del derecho común y de nuestro antiguo derecho, el criterio del doble del valor será un límite a partir de cuya superación se deba averiguar la existencia de las demás circunstancias objetivas y de los requisitos subjetivos de la usura» [cursiva del original; (2005) pp. 536-537; traducción mía].

Además de lo anterior:

a) En nota 736 de p. 536, Da Mota Pinto advierte que, «[p]ueden ser importantes para, dentro de límites razonables, justificar una desproporción mayor, ciertas circunstancias como, p. ej., la anticipación de una prestación en relación con la otra, un riesgo especial, la naturaleza especulativa del tipo negocial. El Decreto-Ley núm. 262/83, de 16 de junio, modificó la redacción del artículo 282, núm. 1, dejando de hacer referencia a "beneficios *manifiestamente* [cursiva del original] excesivos o injustificados". Debe, por ello, continuar exigiéndose una clara desproporción entre las prestaciones. En nuestra jurisprudencia no se encuentran, sin embargo, muchos casos de anulación fundada en el artículo 282 del Código civil […]» (traducción mía).

b) Y en nota 735 de p. 536, Da Mota Pinto advierte, que «[l]os requisitos objetivos exigidos [en el art. 282 CCP 1966] no son, por otro lado, definidos matemáticamente con rigor (lesión *ultra dimidium* de nuestro antiguo derecho; o el criterio de los 7/12 a que se refiere el *Code Napoléon*, en la regulación de la compra y venta – [art.] 1674) [que transcribo *supra* nota 202 d)]), sino a través de un *standard* […] jurídico, a concretar por el juez» (cursiva del original; traducción mía).

de autores (*supra* [17]), además de haberme referido otras vías de solución nacional y de derecho comparado para los supuestos de abuso de posición/de situación, de influencia indebida (*supra* [18]), ¿qué tesis acoge el Tribunal Supremo para el dolo? Los autores suelen apuntar que la tesis amplia [384].

En ese sentido destaca Pasquau Liaño, sobre el que informaba en 2023 que, «si bien apunta que "[l]a manifestación más común del dolo es el engaño" […] [385], señala que "[e]l dolo puede consistir *también en el aprovechamiento de circunstancias no provocadas por el agente, pero que le colocan en una posición negociadora muy favorable, si puede calificarse como conducta contraria a la buena fe el prevalimiento de esa asimetría negociadora para conseguir la celebración de un contrato que por su contenido o sus condiciones resulta desequilibrado a su favor* (cesión gratuita de bienes o derechos, contratos onerosos pero con precio irrisorio, afianzamiento, etc.)" (cursiva mía). Añade el autor, que escribe en 2009 (en segunda edición), que el Tribunal Supremo "*no lo ha dicho nunca de manera clara, con la intención de sentar doctrina; sin embargo, un análisis de los supuestos en los que se ha estimado la pretensión de nulidad por dolo, demuestra que hay un grupo de ellos en los que concurre la doble circunstancia de la debilidad negociadora*

---

[384] Fenoy Picón (2023) [21] 128.

[385] En 2023, decía al respecto:

«Me limitaba a señalar […], que Pasquau Liaño apuntaba que "[l]a manifestación más común del dolo es el engaño", a lo que añado ahora que el propio Pasquau Liaño aclaraba de inmediato, "es decir, la inducción de error en la contraparte" […], citando una serie de sentencia en apoyo.

En general, el Tribunal Supremo suele apuntar *explícitamente, o algo menos,* al engaño que sufre el contratante que padece el dolo; el dolo produce (provoca) error. Aunque a lo largo del trabajo se irá constatando esto que digo a través de la lectura de las sentencias que voy exponiendo, aquí, y *a modo de ilustración* voy a referirme a dos sentencias. La primera es la *STS, 1.ª, 29.09.2015* en que se conoce de una opción de compra sobre unas fincas, ejercitada por los optantes. El engaño (que provoca el error) consiste en que los vendedores no informaron a los compradores que el plan de urbanización, presentado como definitivo, había sido impugnado y ello afectaría a la posibilidad de edificar (se pretendía la construcción de unos edificios en las fincas, y resultó que el plan se anuló). En la sentencia, en la que el Tribunal Supremo va comparando los vicios del dolo y del error, se lee que "[e]l error que produce o comporta el dolo […] es producto o consecuencia de una intención o propósito de engañar a la otra parte contratante", "aunque el engaño, ínsito en el dolo, provoque necesariamente el error a la otra parte contratante […]" (FD 2.º 2). Según el Tribunal Supremo hubo dolo de los vendedores, "[t]omando cuerpo en el engaño, por omisión, consistente en no advertir deliberadamente a la parte compradora de la existencia de un hecho, la impugnación del proyecto de urbanización presentado como definitivo, cuyo resultado o desenlace afectaría a la esencia y condiciones del contrato que estaban celebrando, viciando el consentimiento de los compradores acerca de las circunstancias reales de lo que adquirían" (FD 2.º3). […]

El otro ejemplo de sentencia ilustrativa es la *STS, 1.ª, 03.03.2021*, en que se conoce del engaño sufrido por un cofiador a primer requerimiento consistente, en esencia, en que se le oculta la deficiente situación patrimonial (insolvencia) en que estaba el deudor (prestatario) al que cogarantizaba, ocultación hecha por el deudor (prestatario) y conocida por el otro cofiador que no padeció dolo. Hubo un error (sobre la solvencia) provocado por dolo. […]» [cursiva mía; Fenoy Picón (2023) [22] pp. 134-135; expongo la *STS, 1.ª, 03.03.2021* en [22] [A] pp. 135-138, y la *STS, 1.ª, 29.09.2015* en [31] [A] pp. 162-165; *vid.* nota 237 de p. 134].

de una parte, y la realización de un contrato cuyo contenido es claramente beneficioso para la otra parte" (cursiva mía). Para Pasquau Liaño, la primera sentencia en la que el Tribunal Supremo aplica esto es de fecha *23.02.1934* y el caso del que se conoce consistió en que "la demandante había cedido sus derechos hereditarios por *"exiguo precio"* (inferior en mucho a la mitad de su valor real) al demandado, quien, *"prevaliéndose de la pobreza de ánimo y debilidad mental"* de la demandante, urdió mediante una comunicación *"insistente y continua"* la celebración del contrato en esas condiciones" (cursiva del original) [386]. Dicho esto, Pasquau Liaño cita y extracta una serie de sentencias del Tribunal Supremo que incluye en este *primer* grupo de supuestos; en concreto, se refiere a las *STS 06.11.1948* [387]*, STS 25.11.1960* [388]*, STS 20.12.1967* [389]*, STS 15.07.1987, STS 27.02.1989* […] y *STS 21.07.1995* [390]. Para este grupo de supuestos, Pasquau Liaño señala que aquí, "una de las partes aprovecha una situación de apremio o necesidad de la contraparte, con la intención de obtener una ventaja injusta", y "[s]on contratos *leoninos* que algunas veces el TS ha encuadrado en la categoría de la intimidación […] aunque probablemente sería más adecuado incardinarlos en el dolo" (cursiva del original). Concluye Pasquau Liaño, que "[s]ería muy interesante que el TS precisara los contornos *de esta peculiar modalidad de dolo, en la que lesión y prevalimiento de circunstancias se dan de la mano: el desequilibrio en las prestaciones (o la falta de justificación objetiva del negocio gratuito) pueden precisamente, en concurrencia con otros datos de hecho, denotar la falta de libertad contractual de la contraparte; pero el vicio de la voluntad no será*

---

[386] Sobre esa *STS 23.02.1934* señalé que «*[e]n mi opinión, la heredera padeció un error provocado, había vulnerabilidad aprovechada, existió presión, y beneficio del otro contratante*» [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) nota 227 de p. 129].

[387] Sobre esa *STS 06.11.1948* señalé que «*[e]n mi opinión, puede entenderse que hubo error provocado sobre un hecho futuro (que se despedirá al sobrino, si el tío no hacía lo que los directivos le señalaban), presión de los directivos sobre el tío (depresión de voluntad), y los directivos obtienen el beneficio del reconocimiento de deuda y su garantía*» [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) nota 229 de p. 129].

[388] Sobre esa *STS 25.11.1960* señalé que «*[e]n mi opinión, puede entenderse, con los datos del documento que manejo, que no hay error provocado, podría considerarse que había vulnerabilidad, aprovechada por los compradores, quienes obtienen un beneficio*» [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) nota 230 de p. 130].

[389] Sobre esa *STS 20.12.1967* señalé que «*[e]n mi opinión, hubo error provocado, presión, vulnerabilidad aprovechada, y beneficio*» [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) nota 231 de p. 130].

[390] Sobre esa *STS, 1.ª, 21.07.1995* informaba que «*[a]hora bien* […], Pasquau Liaño [apellidos, mayúsculas en el original] *advierte que el caso se resolvió como supuesto de error y no de dolo.* Explica que en la sentencia se "privó de eficacia a una oferta de venta que vino motivada por la circunstancia de creer erróneamente el oferente que el destinatario de la misma le asistía un derecho de tanteo. El TS admitió que el error del oferente fuese inexcusable, pero aún así prevaleció la consideración de la mala fe consistente en *"aprovecharse de un error de la contraparte"*. No lo calificó como dolo, pero el efecto no fue otro"» [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) nota 232 de p. 131].

la lesión, ni la situación de debilidad contractual, sino su utilización de mala fe; es decir, el dolo"» (cursiva del original) [391] [392].

[A] *Cuatro sentencias «habitualmente adscritas a la tesis amplia del dolo»* [393]

En 2023 señalaba, antes de extractar las cuatro sentencias en las que pensaba:

> «Las *STS, 1.ª, 15.07.1987* y *STS, 1.ª, 27.02.1989* son de *cita clásica, de ineludible, diría,* entre quienes estudían el dolo. En ambas, la contratante afectada por dolo se encuentra en situación de vulnerabilidad, existe en mayor o menor medida un cerco moral (presión) por el otro contratante, obteniendo este otro grandes beneficios económicos con el contrato celebrado (en la primera sentencia, una compraventa; en la segunda, una renta vitalicia). *Ahora bien,* advierto que para la *STS, 1.ª, 27.02.1989,* el propio Tribunal Supremo señala que hubo un error provocado (un engaño causal) [394]. Y para la citada en primer lugar, *STS, 1.ª, 15.07.1987,* si bien en el razonamiento argumentativo se percibe el progresivo cerco moral perseguido por los compradores a la vendedora, haciéndose los primeros imprescindibles para la segunda, *sin embargo,* existió el engaño de que, con la venta, los compradores podrían llevar mejor la administración y cuidado de los intereses de la vendedora (esta es la argucia de los compradores). […] [395]
>
> En cuanto a la *STS, 1.ª, 16.02.2010,* entre la vendedora y el comprador existía una previa relación de confianza (habían convivido, llevando el comprador los asuntos económicos de la vendedora). Aquí, el comprador de las acciones, que adquiere por persona interpuesta, engaña a la vendedora, haciéndole creer que vende por la oferta más alta, siendo el precio de venta muy inferior al valor real de las acciones. Hubo error provocado por dolo y de hecho, el Tribunal Supremo señala que el concepto central del artículo 1269 "es aquella estratagema que se utiliza para que se produzca una percepción errónea en el otro contratante

---

[391] Fenoy Picón (2023) [21] 128-132.

[392] Por otro lado e inmediatamente después de exponer lo que apunto en el cuerpo del texto sobre Pasquau Liaño, informaba también de la opinión de Rojo Ajuría. En concreto: «Por su parte, Rojo Ajuria (que escribe en 1994) *matiza más sus afirmaciones. …*, si bien considera que el Tribunal Supremo emplea el término dolo mezclándolo con otras cuestiones (intimidación) o lo utiliza impropiamente, *también destaca* que, diferente es, que habiéndose producido efectivamente un error provocado [tesis estricta (o restringida) del dolo], se hayan lógicamente tenido en cuenta circunstancias personales de la víctima del dolo. Y al respecto, Rojo Ajuria cita las SSTS de 23.02.1934 "(débil mental)", 06.11.1948 "(depresión)", 20.12.1967 "(escaso nivel cultural)", 15.07.1987 "(ingenuidad)" y para la STS 27.02.1989 señala que, además de los engaños y la desproporción de las prestaciones, [se] habla de un "cerco moral". *Todas estas sentencias coinciden con las sentencias que Pasquau Liaño cita* […] *en el grupo de situaciones en las que está presente la debilidad negociadora de uno, aprovechada por el otro, que obtiene un beneficio.* Y esta coincidencia en la cita de sentencias, sea total, sea parcial, se encuentra asimismo en otros autores. *Volviendo a Rojo Ajuria, entiendo que lo que este viene a apuntar es que, sentencias clasificadas por otros autores en el sentido de que, en ellas, se acoge la tesis amplia del dolo, realmente no sería así y responderían a la tesis estricta del dolo (pues puede comprobarse que hubo error provocado)»* [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) pp. 132-134].

[393] Expresión que utilicé, Fenoy Picón (2023) [23] p. 138.

[394] Explico caso y solución de esa *STS, 1.ª, 27.02.1989*, Fenoy Picón (2023) [23] [B] pp. 143-144.

[395] Explico caso y solución de esa *STS, 1.ª, 15.07. 1987*, Fenoy Picón (2023) [23] [A] pp. 140-143.

y por ello se pone se considera [*sic*] que, en definitiva, el dolo induce a un error" (FD 3.º). En función de lo hasta ahora indicado, esta sentencia debería haberla expuesto […] en la tesis estricta de dolo. Sin embargo, la analizo aquí porque el Tribunal Supremo *también* afirma que la definición de dolo del artículo 1269 CC "se ha considerado […] en un sentido muy amplio, [y así] "dolo es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio", aunque esto último [en propio beneficio] no es exigible para que pueda considerarse que ha concurrido dolo" (FD 3.º). A lo anterior se añade que el Tribunal Supremo apunta, que *"el supuesto en que una persona tiene una relación de confianza con otra que le induce a celebrar un contrato o bien no es lo suficientemente experimentada como para poder calibrar las condiciones de dicho contrato es uno de los casos más típicos de dolo* y como vicio independiente ha sido acogido en el artículo 4:109 ["Beneficio excesivo o ventaja injusta"] de los Principios del Derecho europeo de los contratos […], que permite la impugnación por parte de aquella persona en quien haya concurrido dicho vicio [396], que trata como vicio de la voluntad" (cursiva mía; FD 4.º) [397].

Y sobre la última sentencia […], la *STS, 1.ª, 28.09.2011* [de la que ya he dado cuenta *supra* [18] y nota 177], aquí, al ir a la notaria a escriturar la donación,

---

[396] a) Artículo 4:109 PECL: «Excessive Benefit or Unfair Advantage

(1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:

(a) it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and

(b) the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit.

(2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been followed.

(3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for excessive benefit or unfair advantage, provided that this party informs the party which gave the notice promptly after receiving it and before that party has acted in reliance on it».

b) Artículo 4:109 PECL: «Beneficio excesivo o ventaja injusta

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

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

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

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

(3) La parte a quien se comunica el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por beneficio excesivo o por ventaja injusta, puede igualmente solicitar del juez una adaptación del contrato, siempre que esta parte informe de ello sin dilación a la parte que le comunicó el ejercicio de su acción y antes de que dicha parte actúe en función de ella» [Barres Benlloch/Embid Irujo/Martínez Sanz (2003) p. 375; otra traducción al español, Díez-Picazo/Roca Trías/Morales (2002) pp. 43-44].

[397] Explico caso y solución de esa *STS, 1.ª, 16.02.2010,* Fenoy Picón (2023) [23] [C] pp. 145-147.

la donante iba con la idea de que solo donaba una finca a un donatario (su hijo), encontrándose en la notaria que donaba más bienes y estando presentes más donatarios (además del hijo, los nietos), y ante la presión de la presencia de los donatarios (para no desagradarlos), da su consentimiento. En este caso, la donante sufre un error inicial sobre el contenido de la donación, deshecho justo antes de formalizar la donación, por lo que, en mi opinión, sería un puro caso de captación de voluntad contractual. […]» [398].

[B] *Tres casos ingleses (undue influence) y tres casos españoles (dolo e intimidación)*

En el texto que, en breve reproduzco, de Infante Ruiz, este se refiere, primero, a tres casos ingleses relacionados con la *undue influencia* (sobre esta *supra* [18] b) [C.3]); y segundo, a tres casos españoles del Tribunal Supremo, en dos de los cuales se anuló el contrato por dolo [los de las *STS, 1.ª, 15.07.1987* (compraventa) y *STS, 1.ª, 27.02.1989* (renta vitalicia), sentencias a las que me acabo de referir en la anterior [A]], y en el tercero, el contrato se anuló por intimidación (*STS, 1.ª, 15.01.2004,* capitulaciones matrimoniales). Infante Ruiz se cuestiona en qué se diferencian todos esos casos ingleses y españoles, y apunta la dificultad de aplicar a los casos españoles el dolo, y más aún, la intimidación. Explica así:

«¿Por qué nos atrae una figura tan genuina del *common law* como la *undue influence*, una figura originariamente fraguada año tras año sentencia tras sentencia en los antiguos tribunales de la *equity?*

Dejemos que hablen primero los casos, sólo los casos, sin dar ahora valoraciones jurídicas:

– En 1868, la demandante fue presentada por su director espiritual y confesor, el Reverendor D. Nihil, a la demandada, la hermana superior de la congregación de *St. Mary at the Cross*, la Reverenda madre Skinner. Cuando la hermana Allcard juró sus votos como miembro de la congregación, se sometió a unas estrictras reglas. Estas reglas le exigían, entre otros deberes, completa obediencia a la hermana superior cuya voz debería ser considerada "la voz de Dios", estableciéndose en ellas, asimismo, que "no debería buscar consejo de otra alma en tierra mientras la superiora viviese". Juró también voto de pobreza, lo que significaba que debía desprenderse de toda su propiedad. Aunque esto no fue un requerimiento expreso, acabó donando todos sus bienes a la congregación, bajo la creencia de que existía la expectativa de que lo hiciera. Después de abandonar el convento, la Sra. Allcard demandó la revocación de todas las donaciones realizadas y como fundamento básico de la petición sostuvo que su consentimiento estaba viciado por *undue influence* (*Allcard v. Skinner, House of Lords,* 1887).

– Un antiguo miembro del regimiento SAS, un cuerpo de élite del ejército británico, publicó un libro sobre una operación secreta acaecida durante la Guerra del Golfo en 1991 en el que relataba sus experiencias como miembro de la patrulla "Bravo Delta Zero" que se lanzó tras las línea enemigas con el objetivo de locali-

[398] Fenoy Picón (2023) [23] pp. 138-140.

zar misiles *scud* y cortar las comunicaciones. Parte de la patrulla murió y algunos de sus miembros fueron capturados, entre ellos el propio R, quien fue sometido a torturas durante cuarenta y ocho días. Nadie imaginaría que un "súper boina verde" preparado para resistir lo insufrible o soportar la tortura extrema podría ser fácilmente influenciable. Pero la cuestión siempre es relativa, depende de quien ejerza la presión. La publicación del libro se hizo en contravención de un acuerdo de confidencialidad con la Corona británica. El acuerdo se firmó después de la guerra, cuando R todavía servía como miembro del SAS, sin que recibiera ningún tipo de asesoramiento independiente ni esta posibilidad le fuera indicada por sus superiores. El Abogado General para Inglaterra y Gales hizo caer el peso de su graciosa Majestad sobre el Sr. R y le demandó por incumplimiento del acuerdo de confidencialidad. R alegó, entre otras excepciones, que el acuerdo había sido firmado bajo influencia indebida porque existía la amenaza velada, cosa que todos sabían en la unidad, de que, en caso de no firmar el acuerdo, la persona que no lo hiciera sería trasladada inmediatamente al destacamento regular (*R. Attorney-General for England and Wales, Privy Council,* New Zeland, 2003).

– La Sr. Bennett prestó una garantía sobre la vivienda familiar registrada a su nombre para asegurar los créditos al descubierto facilitados por el banco para la marcha del negocio de su esposo, en el que ella misma tenía un pequeño interés, pero el control efectivo lo ejercía él. Tiempo después, la Sra. Bennet alegó que la garantía y el crédito debían anularse por *undue influence* ejercitada por su marido. Fue probado que su esposo consiguió la firma mediante presiones, aunque no amenazas, y molestias que redujeron la voluntad de su esposa, sin convencerla con razón alguna. Según parece, su facultad de resistir al marido se hallaba muy mermada como consecuencia del uso por este de un lenguaje despectivo e insultante y continuas acusaciones de deslealtad, y el miedo sufrido por ella de que pondría el matrimonio en un serio riesgo si no firmaba (*Bank of Scotland v. Bennett, House of Lords*, 1999) [399].

---

[399] a) Sobre el tipo de caso, que genéricamente consiste en un préstamo concedido por el banco (el prestamista) a un cónyuge (el deudor; en general el marido) para su negocio (luego en su interés) y cuya devolución garantiza el otro cónyuge (garante; en general la mujer), gravando la vivienda familiar (hipoteca), para el derecho inglés, Oliva Blázquez (2014) pp. 214-215, 219-232, y para el derecho escocés, pp. 232-234; también, Palazón Garrido (2017) pp. 849-857.

b) Por otro lado, Palazón Garrido, que informa sobre la *STS, 1.ª, 15.01.2004* [*Pte. Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez; Roj STS 68/2004*; en la nota inmediatamente siguiente doy cuenta de dicha sentencia], en la que la mujer (la intimidada) impugnó las capitulaciones matrimoniales (dos escrituras de capitulaciones matrimoniales) que celebró con su marido, estimándose su anulación por intimidación [(2017) pp. 886-889], se plantea la posibilidad de aplicar la intimidación al tipo de caso, al que me he referido en la anterior a) de esta nota. Y, concretamente lo explica así:

«Trayendo la doctrina de la sentencia [*STS, 1.ª, 15.01.2004*] al supuesto en estudio, cabe plantearse si en los casos en que se haya probado la existencia de violencia de género, la garantía prestada por la mujer, víctima de violencia, por una deuda del marido con perjuicio de su patrimonio propio, la vivienda familiar o los bienes gananciales, debe presumirse ineficaz por intimidación.

En mi opinión [Palazón Garrido], la respuesta aquí también debe ser negativa. Estoy de acuerdo con Bayod [apellido, mayúsculas en el original; para la opinión de Bayod López, la nota inmediatamente siguiente] en la peligrosidad del planteamiento, y la falta de seguridad jurídica que supondría poner bajo amenaza de ineficacia todos los negocios concluidos durante la convivencia violenta. Además, en ausencia de una doctrina jurisprudencial asentada que configure un supuesto de miedo ambiental relevante en los

¿Son muy diferentes estos casos a estos otros?

– Dña. Isabel, una señora viuda, de nacionalidad portuguesa y de edad avanzada, profesaba un amor desmesurado por los animales, especialmente por los perros, vivía sola y carente de ambiente y afecto familiares en la ciudad de Almería, donde consagró su vida e inquietudes al cuidado y atención de los animales, llegando a tener bajo su cuidado más de ciento cuarenta perros y docenas de gatos. Conocedores de esta situación, Don Juan José D. M. y su esposa Doña María Dolores B., coincidentes con Doña Isabel en "su amor entrañable a los animales", se ganaron su plena y absoluta confianza, convirtiéndose en personajes imprescindibles y cotidianos en su vida. En un corto espacio de tiempo consiguieron de parte de Doña Isabel un importante y significativo desplazamiento patrimonial de bienes inmuebles y otros activos. Tiempo después, cuando el matrimonio desapareció de su vida, Dña. Isabel, puso primeramente una denuncia por estafa que fue archivada y luego planteó demanda civil solicitando la anulación de las operaciones patrimoniales realizadas (*STS, Sala 1.ª, de 15 de julio de 1987).*

– La hermana del actor cedió bienes de su propiedad a la demandada, su prima hermana, en virtud de un contrato de renta vitalicia, constitutivo de la mitad indivisa de su patrimonio, a cambio de percibir, de por vida, una pensión de 70.000 pesetas mensuales. Planteada demanda por el hermano, solicitando la anulación del contrato, en el juicio se probaron los siguientes hechos: 1.º) Timidez de carácter y natural generosidad de la cedente. 2.º) Estado de crisis depresivas en la fecha del contrato, que determinó su internamiento en una clínica de Palma de Mallorca desde el verano de 1978 hasta el verano de 1980, aislada de su familia, fuera de su residencia habitual (Ciudadela de Menorca), siempre acompañada por la demandada, época en la que su percepción era limitada y en un estado mental que "no era el más idóneo y aconsejable para permitirle cuidarse de sus negocios ni otorgar, ni firmar documento", pese a lo cual "desplegó una inusitada labor jurídica en favor de su prima". 3.º) La cedente tenía bienes sobrados para hacer frente a sus gastos en consideración a su cuantioso patrimonio

---

casos de violencia de género, el cónyuge que alegue la intimidación deberá probar –como requisito de la misma– el nexo causal directo entre la amenaza y el concreto contrato de garantía celebrado. Como advierte Morales Moreno [apellidos, mayúsculas en el original], la actuación intimidatoria debe referirse, de modo concreto, a la celebración del contrato en el que se invoca el vicio de la voluntad. La celebración del contrato debe ser la consecuencia de la amenaza. Sí es cierto, no obstante, que existiendo violencia de género probada, el hecho de que el contrato celebrado cause al cónyuge un claro perjuicio o lesión puede constituir un indicio de la existencia de intimidación, aunque aquella no sea necesaria para la ineficacia del contrato, como deriva del artículo 1300 del Código civil, que establece que "los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley". En este sentido, en la sentencia analizada [*STS, 1.ª, 15.01.2004*], el tribunal de apelación (y luego también el Supremo) otorga singular relieve, en materia de prueba del vicio invalidante que afecta a la voluntad de la esposa, a la circunstancia de haber celebrado un negocio jurídico notoriamente perjudicial para sus intereses.

La concurrencia de la intimidación determinará la anulabilidad del contrato de garantía, así como la indemnización de daños y perjuicios causados a la víctima del vicio y que no pueda reparar la anulación (y que se fundamentaría en estos casos en el artículo 1902 CC), amén de la eventual respuesta penal que pueda acarrear» [(2017) pp. 889-890].

inmobiliario. 4.º) Desproporción entre lo percibido por la cesionaria que obtenía la mitad indivisa de cuatro fincas, tres rústicas y una urbana, a cambio de una pensión de 70.000 pesetas mensuales, por un periodo previsiblemente breve, como así confirmó la realidad (*STS, Sala 1.ª, de 27 de febrero de 1989).*

– Después de la separación, Dña. Antonieta demandó a su esposo D. Víctor Manuel pidiendo la invalidez de unas capitulaciones matrimoniales consentidas por ella en una situación de absoluta sumisión hacia el marido con previos episodios constantes de malos tratos y violencia. Dña. Antonieta alegó la intimidación ejercida por su marido, más no consta que en el periodo de la firma existieran amenazas o coacciones expresas. Según se declaró probado en la apelación, el demandado tenía totalmente anulada la capacidad de decisión de su esposa, a la que constantemente amenazaba con causarle daños físicos tanto a su persona como a otros miembros de su familia. En los capítulos matrimoniales se contenían disposiciones en perjuicio de la esposa, según la Audiencia Provincial de Orense, "en notorio quebranto de los intereses de la esposa" y "estipulaciones insólitas"» (*STS, Sala 1.ª, de 15 de enero de 2004*) [400].

---

[400] a) En esta *STS, 1.ª, 15.01.2004 (Pte. Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez; Roj STS 68/2004),* el Tribunal Supremo reproduce de la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, que estimó la anulación de las escrituras de capitulación matrimonial (una de fecha 26.03.1988 y la otra de fecha 11.08.1989), lo siguiente: «Es expresivo el tenor de su F. J. 2.º "…si nos atenemos al hecho de que entre tales testimonios figura el del único hijo de los litigantes [Ricardo], bien que intervenga como reconviniente al contestar a la demanda tras la subsanación de la falta de litisconsorcio pasivo necesario, así como los testimonios de hermanos y otros familiares de la actora [Antonieta], cuyas declaraciones cobran una especial significación si nos atenemos al hecho de que el hijo y un hermano de la actora [Antonieta] convivían con los litigantes en el domicilio familiar del Pazo de Eiróas, expresando que el demandado [Víctor Manuel] tenía totalmente anulada la capacidad de decisión de su esposa [Antonieta], a la que amenazaba constantemente, o que el dicente veía acobardada a su hermana [Antonieta] e influenciada por su marido [Víctor Manuel], que la amenazaba continuamente con matar a su familia y suicidarse, etc. Del carácter violento del demandado [Víctor Manuel] no deja margen alguno de duda la sentencia del Juzgado de lo Penal de Orense, que lo condena por agredir a su hijo [Ricardo] dándole un golpe en la cabeza con un hacha al levantarse de la mesa tras el almuerzo familiar. El momento del cese de tal situación de intimidación o violencia, es un dato que no ofrece duda alguna, puesto que si doña Antonieta toleró muchas cosas en cuanto se produce la agresión de su esposo al hijo [Ricardo] de ambos, de inmediato presenta demanda de separación conyugal que, efectivamente, así se produce por Sentencia de fecha 17 de junio de 1992 […]» (FD 2.º; para el caso, *vid.* FD 1.º).

b) Esta sentencia ha sido considerada y valorada por distintos autores (así, Bayod López, Infante Ruiz, Palazón Garrido):

b.1) Dejando a un lado la cuestión del *dies a quo* de los cuatro años para la anulación por intimidación (FD 3.º), en lo que no entro, para lo que me interesa, la calificación del caso como vicio de intimidación, y a modo de introducción en su comentario a la *STS, 1.ª, 15.01.2004*, Bayod López comienza señalando:

«El TS se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales fundada aquélla en diversas razones; una de las más recurrentes la ilicitud de la causa (nulidad entonces de los capítulos); otras, aunque sin alcanzar demasiado éxito, dada la dificultad de prueba, por haber alegado uno de los esposos o cónyuges capitulantes vicios del consentimiento: error, dolo, e incluso en alguna ocasión también intimidación, causa que hasta la fecha (salvo error por mi parte [Bayod López] al consultar las bases de datos) no ha contado con éxito alguno.

Posiblemente sea esta [*STS, 1.ª, 15.01.2004*] la primera sentencia en la que el TS aprecia la invalidez de unos capítulos matrimoniales por hallarse viciado el consentimiento de uno de los cónyuges a causa de intimidación ejercida por el otro capitulante» [*CCJC* (2004) pp. 1046-1047].

Bayod López considera que en el caso había una situación de temor ambiental y apunta que la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo consideran dicho temor ambiental como prueba presunta de que

hubo intimidación en las capitulaciones matrimoniales; destaca además, que en la decisión de la Audiencia Provincial influyó decisivamente el hecho de que en las capitulaciones matrimoniales se contenían cláusulas claramente perjudiciales a la mujer [Antonieta era la que aportaba los bienes] y ventajosas para el marido [Víctor Manuel no aportaba bienes]; y entiende que, en su sentencia, el Tribunal Supremo da ideas algo peligrosas. Lo anterior lo explica así:

«Al referirme [BAYOD LÓPEZ] a los requisitos que deben concurrir para que haya intimidación, quedaba descartado el llamado temor ambiental, entendido éste como una situación externa [a] la relación negocial de las partes, pero capaz de influir en la toma de decisiones de una de ellas.

Esta situación psicológica del sujeto, aún cuando pueden constreñir la voluntad del mismo, no es relevante en nuestro Derecho […].

No obstante, en España, de forma excepcional, pero con acomodo en alguna Ley especial (Ley de salvamento marítimo y Ley de 5 de noviembre de 1940, de anulabilidad de los contratos celebrados en la "zona roja") este llamado temor ambiental ha propiciado la anulabilidad del contrato celebrado bajo el mismo.

Quizás, también, porque además de la presión psicológica padecida por el sujeto, haya concurrido en algunos supuestos en los que se admite esta causa como vicio invalidante la amenaza de un sujeto determinado u "organizaciones sindicales rojas o marxistas", así como, el aprovechamiento de la situación de peligro o temor [...]

En el caso de autos, cabría que nos preguntásemos si ciertamente se llega a demostrar la relación de causalidad entre la intimidación y la celebración de los capítulos: ¿los gananciales están bajo sospecha?

De la prueba practicada, y de los acontecimientos que yo [BAYOD LÓPEZ] calificaba al principio de inquietantes, más bien lo que parece que existe es una situación que bien podríamos calificar de temor ambiental, dado el marcado carácter violento del marido. Quizás por ello, en primera Instancia, se desestimaran las pretensiones de la actora [Antonieta] (curiosamente, también las del marido [Víctor Manuel]).

No obstante, la AP y el TS consideran esta situación al menos como una prueba presunta de la existencia de intimidación que, a juicio de estos tribunales, influyó decididamente en el otorgamiento capitular.

Aún sin adentrarme excesivamente en la SAP de Orense que da lugar a éste [*sic*] recurso, al parecer influyó bastante en la Audiencia (y luego en el Supremo) algunas cláusulas de los capítulos, que se califican por parte del tribunal de apelación de "insólitos", y que son considerados como una evidencia más de la intimidación que padecía Dña. Antonieta:

"ciertamente en la escritura se recogían estipulaciones insólitas, como hemos dicho (al parecer se refiere la Sala a la falta de equilibrio en las prestaciones, de cada una de las partes contratantes, hasta el punto, dice que en realidad se hace una donación disimulada), a la que se puede añadir la que figura como estipulación segunda de la de 26 de marzo de 1988, expresiva de que "a través de la precedente aportación D. Víctor y Dña. Antonieta se dan por pagados y se declaran extinguidos todos aquellos créditos que a favor de uno, de la otra o de la sociedad de gananciales pudieran existir contra el patrimonio privativo de cualquiera de los cónyuges o contra el patrimonio ganancial", cuando en realidad de las cosas el cónyuge D. Víctor nada aporta y sólo lo hace efectivamente su esposa; o la que se incluye en la escritura de capitulaciones de 11 de agosto de 1989, expresando a los (sic) otorgantes "de la mera eficacia de las partes de las cláusulas pactadas, e incluso de la dudosa eficacia en derecho y simple eficacia moral de alguna de ellas" (…). Pese a la evidencia de falta de aportación patrimonial alguna por parte del marido se establece la estipulación de que "se comprometen igualmente los comparecientes a si por algunas causas distintas del fallecimiento de cualquiera de ellos, se disolviera la sociedad de ganancias, la liquidación de la misma se hará, en la medida de lo posible, partiendo por mitad todos los bienes que con carácter ganancial les pertenezcan". Esto es, el demandado [Víctor Manuel] no sólo no aporta nada, sino que además alcanza el compromiso de partir por mitad los bienes de su esposa".

Pues bien, ¿están prohibidas las donaciones entre cónyuges, si acaso hubiese alguna, en estos capítulos (que no parece que la haya, sólo hay estipulaciones capitulares)?, ¿de esta última cláusula que transcribo [BAYOD LÓPEZ] se deriva la obligación de partir los privativos de la esposa? ¿acaso no se pueden condonar las deudas?

Ciertamente, son las "sospechosas" circunstancias que rodean el caso –y que son según la AP, que el abogado del marido es el padre del notario; que en las escrituras se infringe el reglamento notarial, ya que no se valora ningún bien de los que se nombran, ni se hacen las advertencias ni reservas legales pertinentes–, las que llevan a la AP (luego también la [*sic*; al] Supremo) a calificar el otorgamiento de inválido en base a la intimidación que sufre la esposa dado el ambiente de violencia familiar.

El contraste entre las soluciones a los tres casos ingleses mediante la doctrina de la *undue influence* (por cierto, el segundo [caso inglés, del antiguo miembro del regimiento SAS] es desestimatorio) y las soluciones a los tres casos españoles, con dificultades en la aplicación del dolo en los dos primeros y con aún mayores dificultades sobre la intimidación en el tercero, llama poderosamente la atención.

La *undue influence*, en una primera aproximación, fascina enormemente por la solución lineal y sencilla que da a una serie de supuestos difíciles de encajar en el dolo o en la intimidación, pero que revelan actuaciones indecorosas de sus protagonistas: un contratante beneficiado que tiene una relación de influencia sobre otro, frecuentemente en virtud de una relación jurídica de carácter familiar o privado, y que se aprovecha injustificadamente de la relación para celebrar un contrato, que puede reportarle, aunque esto no es requisito, algún importante beneficio.

Luego, a poco que se ahonde en la figura, el jurista continental percibirá una enorme complejidad, llena de casos, circunstancias fácticas, factores que de-

---

Ahora bien, así las cosas, ¿en el ámbito familiar, la violencia doméstica va a constituir una presunción de intimidación contractual?, o en el peor de los casos, un supuesto de miedo ambiental relevante, al estilo del que este país tuvo lugar con ocasión de la guerra civil, ya que hay i) un sujeto al que imputar la amenaza (el marido [Víctor Manuel]) y ii) un aprovechamiento y beneficio obtenido de la situación de peligro.

Como sabemos, en estos momentos existe un anteproyecto aprobado por el Gobierno del Reino de España sobre violencia doméstica, en el que no se habla de anulabilidad de los contratos celebrados por la mujer (y sólo por ella) en caso de padecer violencia; pero una sentencia así [*STS, 1.ª, 15.01.2004*], cuando menos da ideas, y a mi juicio [Bayod López], algo peligrosas.

Con todo, al TS, no le cabe duda alguna de que Dña. Antonieta padeció un vicio invalidante de su consentimiento» [*CCJC* (2004) pp. 1052-1054].

b.2) Infante Ruiz no comparte las consideraciones de Bayod López, que he expuesto en la anterior b.1). Al respecto, dice y argumenta:

«En el comentario a esta sentencia [*STS, 1.ª, 15.01.2004*] algún autor [se refiere a Bayod López; nota 331 de p. 180] ha mostrado su preocupación por las afirmaciones excesivamente generales sobre la intimidación, considerando que se trata más bien de un supuesto de terror ambiental que de intimidación y se pone en duda si a partir de esta sentencia la "violencia doméstica" (*sic*) va a constituir en el ámbito familiar una presunción de intimidación contractual o un supuesto de miedo ambiental relevante. Estas afirmaciones fueron realizadas poco antes de la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y algunos años antes de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, por lo que el reproche de su desconocimiento no puede hacerse, pero sí exigirse un esfuerzo mayor por integrar los principios constitucionales en la interpretación del derecho civil (arts. 10, 14 y 39 CE).

No estoy de acuerdo [Infante Ruiz] con estas apreciaciones por los siguientes motivos: uno, porque "violencia de género" no es jurídicamente (tampoco socialmente) lo mismo que "violencia doméstica" y este caso debe ser tratado como un episodio más de una larga crónica de "violencia machista" sufrida por su víctima; dos, porque la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ordena que el principio de igualdad de trato sea un "principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas" (art. 4), lo que obliga a integrarlo asimismo en la interpretación y aplicación del artículo 1267 CC; tres, porque, si bien la doctrina del terror ambiental no se puede aplicar directamente a los casos de relación de dependencia, como ya se ha comentado, sí lo es la enseñanza que de ella se extrae sobre la relevancia jurídica de una amenaza no explícita; cuatro, no es necesario, cuando se dan estas circunstancias, que la amenaza exista expresamente en el momento de celebrar el contrato (los capítulos matrimoniales en este caso); la víctima firma el contrato no por el miedo o temor a desagradar (no es miedo reverencial), sino porque la alternativa –muy probable– es sufrir un daño físico en su persona o en la de sus allegados» [(2022) pp. 179-180].

b.3) Para Palazón Garrido, la nota inmediatamente anterior a esta, en b).

> ben tenerse en cuenta pero otros que no y numerosas reglas que [en] unos casos se aplican y en otros no. Frecuentemente, los juristas continentales aludimos a la *undue influence* como a una especie de estrella en el firmamento sin apercibirnos de que es un instrumento o remedio equitativo muy terrenal, como la vida misma, como los casos con personaje de carne y hueso que ante ella se dan cita» [401].

Por último y más allá de todo lo anterior, el Tribunal Supremo ha apuntado, refiriéndose al dolo, a «la voluntad del declarante quede [que queda] viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia» [402].

[20] Una vez que he expuesto, además de otros extremos, el concepto de dolo en la regulación del Código civil (arts. 1269 y 1270 CC), a continuación me ocupo de la ventaja injusta, sobre la que ya hice algunas consideraciones *supra* [3] c). El precepto que me interesa y me centro en este [20] es el artículo 1302.3 CC, que trata de la legitimación activa para anular el contrato [403]. En virtud de su párrafo II, si el contrato lo celebró la persona con discapacidad

---

[401] INFANTE RUIZ (2022) pp. 21-25. El autor explica los casos ingleses y su solución, para el primer caso en las pp. 91-93, y para el segundo en las pp. 98-99; sobre los casos españoles, para el primero, en las pp. 165-166, para el segundo, en las pp. 166-167, y para el tercero, la nota inmediatamente anterior a esta, en b).

[402] FENOY PICÓN (2023) [27] [A] p. 159, en donde cito un conjunto de sentencias en las que se contiene la afirmación del cuerpo del texto.

Y antes decía: «*Sin un particular detenimiento y cuando se pronuncia,* para el Tribunal Supremo, *en general,* la voluntad del que padece el dolo se ve afectada *en su (natural) libertad y conocimiento.* Ahora bien, *sobre qué causa ese defecto de la (natural) libertad y conocimiento*, hay al menos a gruesos, pero identificables trazos, dos grupos de sentencias. *En uno,* las posibles causas [de] la afectación son *el engaño, la coacción u otra insidiosa influencia.* Aunque no se diga expresamente, se apunta a la tesis amplia del dolo. *En el otro grupo de sentencias,* simplemente se señala que la causa del vicio es el *engaño*, lo que podría interpretarse en favor de la tesis estricta del dolo, pero, ciertamente, el Tribunal Supremo *no* especifica que el engaño sea la única causa para el dolo. *Por último,* en otras sentencias, el Tribunal Supremo solo señala que [lo que] se [ve] afectado es la libertad del declarante» (cursiva del original; pp. 158-159; *vid.* también [27] [B] y [C]).

[403] Además de lo indicado en el cuerpo del texto para la ventaja injusta en el Código civil:

a) En este mismo artículo 1302 CC, ahora en su apartado 4, se contempla un conjunto de personas que no pueden anular el contrato (carece de legitimación activa): «*Los contratantes no podrán alegar* la minoría de edad *ni la falta de apoyo de aquel con el que contrataron;* ni los que causaron la intimidación o violencia o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato» (cursiva mía). *Vid.* GARCÍA RUBIO/VARELA CASTRO, «Artículo 1302» (2022) pp. 666-667; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES (2022) pp. 509-510.

b) En cuanto a la duración del plazo para anular el contrato, su naturaleza e inicio de cómputo:

b.1) El artículo 1301 primera regla, y segunda regla 4.º, CC ordena: «La acción de nulidad caducará a los cuatro años. Este tiempo empezará a correr:

[…]

4.º Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas, desde la celebración del contrato».

b.2) Para la norma propuesta, en su día, en el *Proyecto de Ley de 2020* sobre la duración y el computo del plazo para el contrato celebrado por persona con discapacidad que prescindió de las medidas de apoyo cuando fueron precisas [norma propuesta que transcribo en esta misma nota, siguiente b.3)] y la

provista de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar [404]

---

norma definitivamente aprobada en el artículo 1301.4.º CC [que transcribo en esta misma nota en la anterior b.1)], García Rubio informa:

«En relación con al [*sic*; el] tiempo de ejercicio de la acción [de anulación contractual], el artículo definitivamente aprobado sustituye el doble plazo que recogía el Proyecto de Ley (cuatro y cinco años) por un único plazo de cuatro años (artículo 1301.4.º CC). En el texto proyectado se contemplaba, por un lado, un plazo de caducidad de la acción –cuatro años desde que la persona con discapacidad deje de necesitar el apoyo– y, por otro, un plazo que voy a llamar de "situación claudicante" –cinco años desde la celebración del contrato– que, según creo [García Rubio], tenía cierto sentido con un plazo bianual de caducidad, como era la idea original, pero que perdía gran parte de su significado con un plazo de cuatro años objeción de que un plazo de cinco años es escasamente más largo que uno de cuatro) [*sic*, en relación con el paréntesis final]. Incluso ese doble plazo podía inducir a confusión, dando a entender que la persona con discapacidad no podía ejercitar la acción de anulabilidad mientras no se extinguiera el apoyo, cuando lo cierto es que ni es ni debe ser así; muy al contrario, nada impide que, de ser pertinente el ejercicio de la acción, la pueda ejercitar la persona con discapacidad a pesar de contar con una medida de apoyo y que, además, lo haga con el citado apoyo o sin él, sencillamente porque, insisto, la existencia de la medida no puede, en ningún caso, significar un requisito adicional que le impida acudir a los tribunales de justicia en idénticas condiciones que los demás, derecho que expresamente le reconoce el artículo 13 CNUDPD.

En consecuencia, no deja de tener sentido que finalmente y tomando en consideración todas las pretendidas reformas del artículo 1301 CC que fueron finalmente abandonadas, se optase por establecer un plazo único de cuatro años para que la situación interina que representa la posibilidad de anular el contrato no se prologase innecesariamente. En este supuesto el plazo se contará a partir de la celebración del contrato, *dies a quo* que, según me parece [García Rubio], otorga un plus de seguridad jurídica a la situación» [(2022) pp. 353-354; esencialmente similar y de la misma autora, «Artículo 1301» (2022) p. 644].

b.3) Según el artículo 1301 CC del *Proyecto de Ley de 2020* y en lo que interesa*:* «La facultad de anular el contrato caducará a los cuatro años y este tiempo empezará a computarse:

[…]

4.º Cuando la facultad se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad, desde que dejen de precisar apoyo para celebrar el contrato. En todo caso, no podrá ejercitarse pasados cinco años desde la celebración del contrato.» [BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, serie A, 17.07.2020, núm. 27-1, 121/000027 Proyecto de Ley 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].

b.4) Por su parte Álvarez Lata comenta y valora lo siguiente sobre el artículo 1301.4 CC: «[…] ya no es [el] momento de la extinción de las medidas de apoyo sino el de la celebración del contrato el relevante para el cómputo del plazo de caducidad de cuatro años. Ello incorpora una dosis de certidumbre al cómputo del plazo para anular el negocio; […]. Claramente, además, este nuevo momento de cómputo reduce el tiempo de impugnabilidad del negocio, y, como consecuencia, el de pendencia del mismo: transcurridos los cuatro años desde el momento de celebración en [*sic;* el] contrato se confirmará si no ha habido impugnación por parte de algunas de las personas legitimadas para proceder a su anulación –téngase en cuenta que el plazo es de caducidad–.

Puede concluirse que, respecto del menor y de lo que acontecía antes de la reforma [por Ley 8/2021], la norma actual [del Código civil] no favorece los intereses de la persona con discapacidad, que ve acortado su margen de instar la ineficacia del negocio. No obstante, entendemos [Álvarez Lata] que este efecto es precisamente el que pretende la norma [art. 1301.4 CC], coherente, en este caso, con la "regla de no protección", con el principio general de evitar tratamientos distintos y discriminatorios (incluso aunque sean protectores) de los contratantes por razón de su discapacidad. Téngase en cuenta que ahora la persona con discapacidad puede por sí anular el negocio con los apoyos necesarios, sin que haya de esperar a que cese la causa de discapacidad o las propias medidas de apoyo (cfr. artículo 1302 CC)» [«Artículo 1301» (2021) pp. 1010-1011].

b.5) Sobre estas cuestiones, *vid.* además Egusquiza Balmaseda (2022) pp. 1160-1161, 1163-1164; Parra Lucán (2022) pp. 339-340.

[404] a) Como es conocido, con la Ley 8/2021 se produjo un importante cambio en relación con la capacidad de contratar de las personas con discapacidad, y, actualmente, en el artículo 1263 CC solo se

hace referencia a los menores de edad (ordenándose, recuerdo: «[l]os menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con la asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales»).

a.1) García Rubio informa que el artículo 1263 CC experimentó «un cambio profundo por mor de la LRAPD [Ley 8/2021]. Se trata de un cambio operado de modo progresivo en la fase prelegislativa, puesto que desde el Anteproyecto de Ley elaborado por la CGC, publicado en 2018, hasta su versión definitiva [en el Código civil], ha sufrido una alteración muy importante, cual es la de la supresión del segundo párrafo que estaba inicialmente previsto. En el mencionado Anteproyecto [de 2018] el primer párrafo de este artículo tenía un contenido idéntico al finalmente aprobado [para el Código civil], pero se incluía un segundo párrafo conforme al cual "Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas", párrafo que también estaba en el Proyecto de Ley de 17 de julio de 2021 […]. La supresión de esta regla, a mi juicio [García Rubio] […] resulta acertada y coherente con el sentido general de la nueva Ley; se produjo en la tramitación parlamentaria al ser objeto de varias enmiendas en el Congreso […] dirigidas, bien a modificar bien a suprimir este párrafo, lo que finalmente sucedió. Así las cosas, ya en el Informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados publicado el 18 de marzo de 2021 el artículo 1263 aparece con el texto que, a la postre, resultaría definitivo» [«Artículo 1263» (2022) p. 623].

Sobre el antes referido párrafo II del artículo 1263 del citado Proyecto de Ley, García Rubio considera que «[r]esultaba palmario que en un sistema como el que pretendía instaurar la LRAPD [Ley 8/2021], de reconocimiento de la capacidad jurídica (en su doble sentido de titularidad y ejercicio del derecho) de las personas con discapacidad en idénticas condiciones que los demás, una norma de este tipo era del todo incongruente. Recordaré [García Rubio] que, de conformidad con los principios que sustentan la nueva Ley [8/2021], ni las personas con discapacidad han de soportar limitaciones a su capacidad de contratar, ni las medidas de apoyo pueden ser contempladas nunca como limitación de ningún tipo a la hora de celebrar un contrato. De lo que se trata es de que este apoyo ayude a las personas con dificultades cognitivas o volitivas a conformar, tomar y/o expresar las decisiones más adecuadas y realmente queridas, no de privarle de espacios de capacidad. Lo juicioso era, por lo tanto, eliminar este infortunado párrafo [II] que resultaba no solo innecesario, sino también incongruente; afortunadamente, la supresión se produjo en el proceso de tramitación parlamentaria.

En definitiva, las personas con discapacidad, incluida aquella que afecta a los aspectos mentales o psicosociales que *a priori* pueden incidir en la toma de decisiones y en la formación y expresión de la voluntad negocial, tienen la misma capacidad de contratar que todas las demás y, por añadidura, tienen derecho a hacerlo con los apoyos que precisen, como claramente impone el artículo 12.3 CDPD» (pp. 627-628).

Por último, indica García Rubio, «[a]lgunos autores piensan que una concepción de la capacidad contractual de las personas con discapacidad como la que aquí se ha tratado de plasmar expulsará del mercado a las personas con discapacidad intelectual […]. Mi opinión [García Rubio] es, justamente, la contraria: que esa expulsión se ha producido durante mucho tiempo, entre otras razones, por la existencia de normas jurídicas excesivamente partenalistas que desincentivaban a los terceros para contratar con personas con discapacidad. También, y sobre todo, con la sustitución en la toma de decisiones que les afectaban, sustitución que venía impuesta por el ordenamiento, particularmente, cuando dichas decisiones tenían trascendencia jurídica patrimonial, que es lo que únicamente ha parecido preocupar a nuestro legislador hasta fechas muy recientes. Precisamente por eso la Observación General, núm. 1, de 19 de mayo de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad insiste en que los Estados deben abrogar los sistemas sustitutivos e instaurar un sistema de apoyos que permita a todas las personas el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad» (p. 629).

a.2) A propósito del artículo 1263 CC y la capacidad jurídica en sentido amplio (titularidad y ejercicio), también, por ejemplo, Barceló Compte, *ADC* (2024) pp. 540-545. Además, Parra Lucán (2022) pp. 329-330, y en nota 5 de p. 329, la autora reproduce las distintas dicciones que el artículo 1263 CC ha tenido a lo largo del tiempo.

b) Por otro lado, según García Rubio/Varela Castro: «Aunque de la literalidad de la disposición legal [art. 1302.3 CC] pudiera derivarse otra cosa, es oportuno advertir que en la mayor parte de los casos no se tratará de situaciones en las que el contratante con discapacidad cuente con "medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar" en general, sino con apoyos para celebrar un acto o contra-

y prescindió de ellas cuando fueran precisas, «la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo» podrá anular el contrato, y «[e]n este caso, la anulación sólo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».

Este artículo 1302.3 CC ha suscitado distintas interpretaciones, unas referidas a su párrafo II, cuya norma acabo de reproducir; otras, a su párrafo I. A continuación desarrollo tan solo algunas de las cuestiones interpretativas suscitadas, que son las más directamente relacionadas con la ventaja injusta (lo que me interesa)[405]. Además, me referiré a unas concretas propuestas *de lege ferenda* de Barceló Compte para la carga de la prueba (dos presunciones *iuris tantum*). Advertido lo anterior:

a) La ventaja injusta es literalmente exigida en el párrafo II del artículo 1302.3 CC en el que, como antes dije, se regula la legitimación activa para anular el contrato por parte de la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En cambio, en el párrafo I del artículo 1302.3 CC, nada se dice sobre que haya de existir una ventaja injusta para que pueda anular el contrato la persona con discapacidad provista de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar y que prescindió de ellas cuando fueron precisas.

Siendo esto así (*primera cuestión* y posibles soluciones), se ha defendido que para poder anular el contrato se requiere la obtención de una ventaja injusta por parte del otro contratante, tanto si el que anula el contrato es la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo (art. 1302.3. II CC), como si el que anula es la persona con discapacidad provista de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad de contratar y que prescindió de ellas cuando eran precisas (art. 1302.3. I CC). En este sentido se manifiestan, por ejemplo, García Rubio/Varela Castro[406], y con

---

to determinado, el cual efectivamente celebra sin utilizar dicho apoyo. Así se deduce de los principios de proporcionalidad y de necesidad que han de guiar el régimen de los apoyos a las personas con discapacidad; principios de los que se infiere que, salvo en situaciones excepcionales, el apoyo se precisará únicamente para actos o contratos concretos, como, por ejemplo, se dice de manera expresa en el artículo 269 CC cuando, en relación con la curatela, se dispone que los actos en los que el curador debe prestar apoyo deberán fijarse de manera precisa» [«Artículo 1302» (2022) p. 649].

[405] Por ejemplo, no trato qué apoyos encajan en el artículo 1302.3 CC, ni en qué supuestos la persona con discapacidad tiene legitimación activa para anular el contrato, sin perjuicio, para esto último, de lo que indica Barceló Compte *infra,* notas 408 y 415 a); *vid.* también, las explicaciones de Egusquiza Balmaseda (2022) pp. 1155-1158, 1165-1168; y Parra Lucán (2022) pp. 344-354.

[406] Según García Rubio/Varela Castro, «el segundo escenario sería aquel en el que, aunque no haya certeza o constancia de que se ha renunciado voluntariamente al apoyo, *lo cierto es que el contrato se ha celebrado entre la persona con discapacidad y el otro contratante sin contar para nada con dicho apoyo, pero sin que la persona con discapacidad haya sufrido ningún vicio del consentimiento. A nuestro juicio* [García Rubio/Varela Castro], *si en este caso se pretende la anulación del contrato a instancia del contratante con discapacidad, no basta con la aludida omisión del apoyo para apreciar que efectivamen-*

apoyo en los anteriores, Infante Ruiz [407], y Barceló Compte [408]. Incidentalmente apuntaré, que Varela Castro destaca que «la nueva causa de anulabilidad [de la Ley 8/2021] es la obtención por uno de los contratantes de una ventaja in-

---

te se produjo una irregularidad contractual, pues de hacerlo, de nuevo incurriríamos en la situación de discriminación antes denunciada, al contemplar el apoyo como un requerimiento adicional para la plena regularidad del contrato. *Entendemos* [García Rubio/Varela Castro] *que se necesita algo más; algo que no se menciona expresamente en el punto destinado a la legitimación de la persona con discapacidad, pero que sí recoge el segundo párrafo de este numeral tercero del artículo 1302 CC cuando contempla la legitimación activa del prestador del apoyo: en concreto, según este texto legal* [art. 1302.3. II CC] *se requiere que "el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta"*. Más adelante nos detendremos [García Rubio/Varela Castro] en el análisis de este enunciado, *limitándonos ahora a señalar que debe entenderse aplicable no solo al caso de quien inste la anulabilidad sea quien hubiera debido prestar el apoyo, sino también cuando lo haga la persona con discapacidad en la situación que se acaba de describir. Es cierto que según se lee en el texto relativo a la ventaja injusta previsto en el párrafo segundo del artículo 1302.3 CC, este se aplica "en todo caso […] solo […]", con lo que pudiera derivarse que quede circunscrito exclusivamente al supuesto en que la impugnación proceda de la persona a quien habría correspondido prestar el apoyo: conclusión todavía más reforzada por la división del numeral tercero del precepto* [art. 1302 CC] *en dos párrafos separados. Sin embargo, creemos* [García Rubio/Varela Castro] *que tal interpretación textual puede ser cumplidamente rebatida*, […]» [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) [3] [A.2] p. 43; sobre los argumentos justificativos de los autores, hasta p. 44].

[407] Para Infante Ruiz: «Destaca en especial la contraposición [en el artículo 1302.3 CC] entre esta legitimación especial conferida al apoyador para impugnar el contrato por causa de la "ventaja injusta" y la de la propia persona con discapacidad, quien no tendría, de hacerse una interpretación estrictamente literal de la norma, legitimación para impugnar el contrato por este mismo motivo cuando la haya celebrado sin el apoyo necesario. La doctrina más conspicua [se refiere a García Rubio] entiende que esta causa de anulabilidad debe extenderse no sólo al caso de que quien inste la anulabilidad sea quien hubiera debido prestar el apoyo, sino también cuando lo haga la persona con discapacidad. De acuerdo con esta visión la interpretación textual puede rebatirse en virtud de una lectura atenta de las diversas versiones del precepto [art. 1302.3] en su tramitación parlamentaria, el cual sufrió alteraciones, pero siempre estuvo presente en todos los debates la idea de que el trato diferenciado no tiene sentido, siendo que el motivo último que barajó el legislador en todo momento para permitir anular el contrato por la persona con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo era la obtención por el otro contratante de una ventaja injusta. *Esta lectura, que comparto plenamente* [Infante Ruiz], […]» [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) nota 42, b), de p. 44].

Además, dice Infante Ruiz, «[i]ntroduce el Código civil de este modo, con poca claridad y parcialmente para un único supuesto, la figura de la "ventaja injusta". Se prevé como un vicio de consentimiento que solo puede alegar la persona que hubiera debido prestar el apoyo, pero no, sorprendentemente, el principal interesado, esto es, la persona con discapacidad. No obstante, por cuanto se ha visto, es posible la extensión también a la propia persona que precise el apoyo gracias a la interpretación teleológica que antes se ha mencionado. Por cuanto se verá a continuación, dependiendo del supuesto, sería posible, aunque complicado, la alegación del error o del dolo. He aquí una razón, ante una futura reforma del Código Civil, para la inclusión del "aprovechamiento injustificado" como un vicio del consentimiento con entidad propia» (p. 161).

[408] Barceló Compte, en relación con los supuestos encajables en el artículo 1302.3. I CC, se refiere, *primero*, al «[c]ontratante con discapacidad que prescinde voluntariamente de las medidas de apoyo» y, «bajo nuestro punto de vista [Barceló Compte], una acción de anulación en este sentido no debería tener posibilidades de éxito. Es decir, si bien es la exclusión de cualquier medida (formal o informal) la que permite la impugnación del contrato (si se sigue el tenor literal del artículo [1302.3. I CC]), hay que tener presente, aquí, la doctrina de los actos propios: nadie puede ir en contra de sus propios actos. Esto significa que el titular de un derecho subjetivo está vinculado por sus propios actos, lo que conlleva la imposbilidad de actuar de manera que contradiga su actuación previa» [*ADC* (2024) pp. 545-546].

justa de la persona de cuya situación de discapacidad se ha aprovechado» [409], y que, según García Rubio/Varela Castro, «algunas líneas y probablemente bastantes problemas interpretativos se pudieron haber ahorrado en el 1302.3. I CC afirmando sencillamente que "Las personas con discapacidad también podrán anular, con el apoyo que precisen [léase, quieran] los contratos que celebren por sí solas o con alguna medida de apoyo cuando el otro contratante se hubie-

---

Y *segundo*, Barceló Compte se refiere al «[c]ontratante que no prescinde expresamente de las medidas de apoyo –es decir, no hay una renuncia expresa– pero tampoco las utiliza: ¿es este el caso específico que describe el artículo 1302.3 CC? Bajo nuestro punto de vista [Barceló Compte] la respuesta sería afirmativa. Con Carrasco defenderíamos [Barceló Compte] que estos supuestos hay que analizarlos casos [*sic*] por caso. Es decir, este autor indica que una medida de apoyo establecida como precisa en abstracto puede no revelarse precisa en consideración a las circunstancias del caso. Esta línea de interpretación se orienta hacia escenarios *ad hoc* de protección de la parte débil, alejándose de aquella idea de protección basada en la clase (protección *class-based* […]» (p. 546). Pues bien, sobre «este segundo supuesto de contratación sin medidas de apoyo a las que no se ha renunciado expresamente, cabe señalar que el éxito de impugnar el contrato por falta de medidas de apoyo dependerá de si estas eran necesarias o no para el supuesto concreto. Así, decimos [Barceló Compte] que el juicio que aborde la necesidad o no de las medidas es circunstancial. Sin embargo, […] [l]a omisión del apoyo no bastaría, pues, para que prosperara la acción. […] Si la regla general es la capacidad como norma general de todos los contratantes, con o sin discapacidad, y esta no puede ser limitada por la presencia o no de apoyos formales o informales, la anulabilidad del contrato por la falta de apoyos precisos en un momento determinado debe ir unida a la obtención por la contraparte de una ventaja injusta. Esta es la idea abonada por la doctrina más autorizada a pesar de que una lectura más obvia del artículo 1302.3 CC pareciera derivarse otra idea (así, del tenor literal del artículo 1302.3 CC puede interpretarse que la exigencia de una situación de ventaja injusta queda limitada a los supuestos en los que se otorga legitimación para anular al prestador de apoyos, tal y como se describe en el segundo párrafo del numeral tercero del artículo 1302 CC)» (pp. 547-548).

Cuando Barceló Compte se refiere, en el párrafo anterior, a la idea abonada por la doctrina más autorizada, en nota 31 de p. 547, dice: «García Rubio y Varela Castro [apellidos, mayúsculas en el original] entienden (y con quiénes coincidimos [Barceló Compte]) que el enunciado del 1302.3 CC, segundo párrafo, debe entenderse aplicable también en el párrafo primero [del mismo artículo], es decir, no debe limitarse al caso en el que quien inste la anulabilidad sea quien hubiera debido prestar el apoyo, sino también cuando lo haga la persona con discapacidad. […]». Y en nota 32 de p. 548, Barceló Compte indica que «[b]ajo nuestro punto de vista, el primer párrafo del 1302.3 CC necesariamente ya exige una situación de ventaja injusta».

Por último: «En resumen, constatamos [Barceló Compte] que el artículo 1302.3, primer párrafo, a pesar de lo establecido por la letra de la norma y, en consonancia con la reforma proyectada, el sentido de la CDPDNY y por lo dicho por la doctrina más autorizada debería ir acompañado, en cualquier caso, de la exigencia de una situación de ventaja injusta en la otra contraparte para que prospere la acción de anulación» (pp. 548-549).

[409] Varela Castro, «Artículos 1304 y 1314» (2022) p. 674.

A lo que he transcrito en el cuerpo del texto le precede lo siguiente: «Cuando durante la tramitación parlamentaria se dio entrada a la figura de la ventaja injusta, el legislador pudo haber optado por economizar el lenguaje. Pero como se explica en el comentario al artículo 1302 CC, tuvo enormes dificultades para comprender cuál era la causa de la anulabilidad, la virtualidad a estos efectos de la celebración del contrato con o sin los apoyos calificados de "precisos", en qué situación merecía protección la contraparte, etc. El resultado son unos preceptos de difícil inteligencia, que no pudieron desprenderse de toda una inercia, la obsesión por el papel de los apoyos en materia de anulabilidad, en la que se acumularon cambios estilísticos y de fondo que desvía la atención de la esencia de la innovación: […] [y en estos últimos puntos suspensivos, Varela Castro afirma lo que transcribo en el cuerpo del texto]» (p. 674).

Además, de Varela Castro: en «el comentario al artículo 1302 CC en esta misma obra [se] explica con pormenor que la celebración de un contrato sin el apoyo no es *per se* causa de anulación» (p. 672); «pero tal causa de impugnación –se leía en el entonces proyectado artículo 1314 CC– era la propia "discapacidad" y esto es insostenible según el nuevo sistema. Dicha causa ya no podía ser la condición de la persona –su discapacidad–, y finalmente se fundamentó en el contrato y su resultado –la ventaja injusta obtenida por el otro contratante–» (p. 674).

ra aprovechado de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta"» [410] [cfr. con la dicción del artículo 45-6.1 CDFA, *supra* [3] c) [A.3], pero, recuerdo, en el derecho aragonés a la ventaja injusta se le asocia el régimen de la rescisión, no el de la anulación].

Frente a la antes expuesta interpretación del artículo 1302.3. I CC, Gómez Calle considera que el requisito de la ventaja injusta solo se exige para la legitimación activa de la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo (art. 1302.3. II CC) [411]. En el mismo sentido se manifiestan Álvarez Lata [412], y De Amunátegui Rodríguez [413].

---

[410] García Rubio/Varela Castro, «Artículo 1302» (2022) p. 660; *vid.* también p. 664

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

Por mi parte [Gómez Calle] [apellidos, mayúsculas en el original], en cambio, no veo claro, tal como se han formulado tanto el párrafo II del artículo 1302 como los artículos 1304 y 1314 CC, que la persona con discapacidad solo pueda anular el contrato en los supuestos apuntados para la persona de apoyo. Y es que cabría entender que lo que ha pretendido el legislador ha sido sancionar por diversas vías a quien contrata con una persona con discapacidad cuando su conducta es particularmente censurable. Esas sanciones consistirían, de un lado, en la ampliación de la legitimación activa para anular, permitiendo hacerlo a la persona de apoyo (art. 1302.3. II CC) y, de otro, en los privilegios previstos en los artículos 1304 y 1314 CC en favor de la persona con discapacidad» [Fenoy Picón (2023) [3] nota 42 c) de p. 45, pero *vid.* desde p. 44 en donde Gómez Calle apunta los argumentos de García Rubio en apoyo de su tesis y su opinión sobre ellos].

[412] Según Álvarez Lata: «En cualquier caso, quienes debieran prestar el apoyo están legitimados para anular el contrato realizado por la persona con discapacidad, solo en ciertos supuestos. No se les reconoce legitimación de manera amplia y para cualquier hipótesis, sino cuando acontezcan dos circunstancias que se analizarán a continuación. En realidad, […], se ha tratado de buscar un equilibrio entre conceder total autonomía a la persona para anular o confirmar sus decisiones –versión del Proyecto, sobre la base del derecho a no recibir apoyos– evitando el control del apoyo, y la de concederle a éste la posibilidad de rehacer lo hecho por la persona con discapacidad, volviendo a una situación pre-CDPD. A medio camino se sitúa el artículo 1302.3 CC, que justifica la intervención del titular del apoyo solo en el caso de mala fe del otro contratante, que parece concretarse (esa mala fe) –desde su paso por el Senado– en que haya conocimiento de la necesidad de dichos apoyos por el cocontratante o concurra ventaja injusta para él. Así las cosas, […], la presencia de un contratante de buena fe bloquea la impugnación del contrato celebrado sin los apoyos previstos en el caso en que la impugnación la realice el curador o guardador (o defensor, en su caso); pero no en el supuesto en que dicha impugnación sea solicitada por la propia persona con discapacidad (incluso con el apoyo de dichos curadores o guardadores)» [«Artículo 1302» (2021) pp. 1017-1018].

[413] Según De Amunátegui Rodríguez: «Si nos paramos aquí [art. 1302.3. I CC] resulta evidente la legitimación de la propia persona que prescinde de sus apoyos a la hora de realizar el contrato para poder impugnar, ahora sí con apoyo, sin quedar sujeto a ningún otro presupuesto. Resulta así que en este caso hay que entender que la impugnación se antepone a la posible buena fe del contratante, disponiendo una causa general de anulabilidad cuando se actúe sin o contra los apoyos establecidos.

Llama la atención que parece existir una rectificación en el criterio y decisión adoptada por la persona, pues a la hora de entablar la acción sí cuenta con el apoyo del que antes ha prescindido, que sin duda tendrá lugar cuando los efectos del negocio le hayan sido desfavorables, y aquí sí encontramos esa sensación de privilegio.

Esa circunstancia la veo [De Amunátegui Rodríguez] propia de aquellas discapacidades en las que la situación de la persona puede presentar agravaciones o crisis que la lleven a actuar de esa manera, con un, podríamos decir, cierto arrepentimiento posterior al querer contar *ex post* con el apoyo que ha rechazado *ex ante.*

Por otra parte no podemos excluir una sensación de preocupación en el sentido de que cuando no sea libre la persona con discapacidad sea cuando impugna el negocio (quizá con la influencia indebida de quien lo desempeña).

[…]

b) ¿Cómo ha de entenderse la norma del párrafo II del artículo 1302.3 CC, anteriormente reproducida, de que «la anulación sólo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta»? (*segunda cuestión*). La exigencia de la ventaja injusta, ¿solo se aplica al supuesto en el que hubo ese aprovechamiento de otro modo de la situación de discapacidad? ¿O también se requiere si el otro contratante fue conocedor, cuando celebró el contrato, de que había medidas de apoyo? En resumen, ¿en el artículo 1302.3. II CC se disponen dos supuestos de hecho y a solo uno se le aplica la exigencia de la ventaja injusta? ¿O para ambos supuestos de hecho se requiere la ventaja injusta?

Al respecto, se ha defendido que la ventaja injusta se exige tanto si el otro contratante fue conocedor de la existencia de las medidas de apoyo cuando celebró el contrato, como si el aprovechamiento de la situación de discapacidad fue de otro modo. En este sentido se manifiestan García Rubio/Varela Castro[414], y Barceló Compte[415].

De la dicción del texto [art. 1302.3. I CC] no se exige ningún otro presupuesto, con lo que no queda protegido el otro contratante aunque hubiera actuado de buena fe, circustancia que, a la larga podrá dificultar la plena inclusión en el mercado de las persona con discapacidad. El hecho de que no tenga consecuencias el contrato inicial puede plantear dificultades a futuro.

No obstante, como he dicho, si quiere mantener la validez del contrato, especialmente frente a reclamaciones caprichosas podría demostrar que el sujeto al contratar formó adecuadamente su voluntad para evitar la impugnación, no pudiendo considerarse automática por la simple presentación de la falta de apoyo» [(2022) p. 95].

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

En síntesis, atendiendo a las redacciones barajadas durante la tramitación parlamentaria relativas a la legitimación de la persona a quien habrá correspondido prestar apoyo, nos parece [García Rubio/Varela Castro] *que hubiera sido más sensato y más claro circunscribir la causa de anulación a la obtención de una ventaja injusta por parte de quien contrató con la persona con discapacidad, tal y como preveían las enms. núm. 400 y 164* [en el Senado]. *No obstante, el resultado no es muy diferente al derivado de la interpretación que proponemos* [García Rubio/Varela Castro] *para la mucho más compleja fórmula finalmente incluida en el texto legal* [del artículo 1302. II *in fine* CC]» (cursiva del original; Fenoy Picón (2023) [3] [A.3] pp. 46-47, pero *vid.* desde p. 45].

[415] Según Barceló Compte: «La lectura del precepto [del artículo 1302.3. II CC] nos invita a reflexionar sobre dos posibilidades de interpretación con relación a la posibilidad de instar la anulabilidad por parte de los prestadores de apoyo:

a) *"la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación"* [cursiva del original]*:*

En cambio, consideran que si el otro contratante fue conocedor de la existencia de medidas de apoyo para la persona con discapacidad, cuando esta celebró el contrato, no se requiere que, además, hubiera existido una ventaja injusta, Gómez Calle[416],

---

Con relación a ello, caben hacer una doble interpretación: la primera es la que limita la legitimación únicamente al conocimiento de la existencia de medidas de apoyo en la persona con discapacidad. Bajo nuestro punto de vista [Barceló Compte], y en consonancia con lo dicho en relación al primer párrafo del artículo 1302.3 CC, esta primera posibilidad (para que prosperara la acción [de anulación]) requeriría en la otra contraparte la obtención de una ventaja injusta. Como ya hemos advertido [Barceló Compte], esta primera interpretación no sería conforme con lo establecido por la CDPDNY ni con lo que determina la LRAPD [Ley 8/2021], ya que ello presupondría que las personas con discapacidad necesitan un requerimiento adicional para contratar: el apoyo. Ello nos lleva, pues, a la segunda interpretación del precepto cual es que la anulación procederá cuando el otro contratante *hubiera sido conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación* [cursiva del original] y hubiera obtenido una ventaja injusta. Es necesario extender, pues, este segundo elemento ya que, de conformidad con la reforma operada por la LRAPD [Ley 8/2021], la posibilidad de anular el contrato no puede depender ni de la falta de apoyo ni del conocimiento de la falta del mismo en la contraparte, sino que lo relevante es el aprovechamiento injusto de la situación de vulnerabilidad que rodea las personas con discapacidad.

La primera interpretación, como vemos, prescinde del elemento objetivo [de la ventaja injusta], es decir, pasa por alto la obtención de una ventaja injusta –elemento objetivo– en la contraparte, y, por lo tanto, es independiente del resultado económico del contrato. No compartimos [Barceló Compte] dicha interpretación ya que, por ejemplo, si los apoyos tuvieran (excepcionalmente) facultades representativas porque se han establecido medidas de garantía que incidieran precisamente en la eficacia de las facultades dispositivas de la persona con discapacidad, el contrato sería nulo (sin necesidad de que hubiera lesión o ventaja injusta). La curatela o los apoyos con facultades representativas son la excepción a la norma general, como venimos diciendo [Barceló Compte], y por ello la lógica interpretación del artículo 1302.3 CC implica que el supuesto de hecho de la norma parta de un contratante con discapacidad que puede y debe prestar el consentimiento, sólo que además necesitaba el prestador de apoyos (es decir, la concurrencia del consentimiento del prestador para aquel contrato o negocio para el que era necesaria su intervención). En otras palabras, el artículo 1302 no se refiere ni a una curatela representantiva ni a una medida de apoyo con facultades representativas. Esta primera interpretación [la de que la anulación solo procede si el otro contratante conoció la existencia de las medidas de apoyo cuando celebró el contrato] no la compartimos porque como hemos subrayado [Barceló Compte] la mera falta de apoyos no puede limitar per se la capacidad jurídica de la persona que contaba con los mismos. Por lo tanto, esta circunstancia debe ir unida a la obtención de una ventaja injusta. La interpretación que prescinde del elemento objetivo de la figura se aleja de la ventaja injusta para aproximarse a un supuesto típico de la influencia indebida» [*ADC* (2024) pp. 569-570].

Además Barceló Compte, en nota 110 de p. 569**,** señala: «En otro sentido, alguna doctrina entiende que las circunstancias establecidas por el artículo 1302.3, segundo párrafo, son de carácter alternativo, es decir, que dándose algunos de los dos supuestos que fija la norma el titular de los apoyos contará con legitimación para instar la acción de anulabilidad del contrato celebrado por la persona con discapacidad si [*sic,* sin] contar con los apoyos previstos, cfr. Egusquiza Balmaseda [apellidos, mayúsculas en el original] [sobre esta autora, *infra* nota 418] […]. En el sentido que hemos anotado y que defendemos [Barceló Compte], véase lo señalado por García Rubio y Varela Castro [apellidos, mayúsculas en el original] […], apuntado dichos autores que "pero además, tal y como está redactado el párrafo del artículo 1302.3 CC que ahora nos ocupa, parece claro que esta primera circunstancia no puede radicar exclusivamente en el hecho de que el otro contratante conociera la existencia de las medidas de apoyo, sino que, sobremanera, es preciso que de ese conocimiento haya obtenido un aprovechamiento, con el consiguiente quebranto para el contratante con discapacidad, como bien se deduce de la locución "de otro modo" recogida en la norma».

[416] a) Según Gómez Calle: «tengo mis dudas acerca de esta interpretación [de García Rubio, que expongo en el cuerpo del texto y *supra* nota 414]. Y ello no solo por el argumento puramente literal que resulta del empleo de la disyuntiva "o" al mencionar los dos casos y que apunta a que se trata de dos situaciones diferenciadas. En efecto, el hecho de que la expresión *"de otro modo"* [del art. 1302.3.II *in fine* CC] vaya referida a *"aprovecharse"* permite entender que, para el legislador, quien contrata con una persona con discapacidad prescindiendo a sabiendas de las medidas de apoyo (a las que la persona con discapacidad no ha renunciado expresamente»), "se aprovecha" ya de la situación, lo que justificaría que el prestador de apoyo pueda anular el contrato, aun cuando quien contrató con la persona con discapacidad no hubiera obtenido una ventaja injusta. […].

En este punto hay que tener en cuenta que la eventual necesidad de apoyo a la persona con discapacidad no se justifica solo por el contenido mismo del contrato y por la posibilidad de que el otro contratante pueda

aprovecharse al tiempo de contratar para obtener o no una ventaja injusta, sino que *el apoyo puede ser preciso también después de celebrado el contrato, para evitar que la persona con discapacidad pierda inútilmente la contraprestación recibida.* Dicho de otro modo: el problema que plantean los contratos de las personas con discapacidad no es solo que se puedan aprovechen [sic; aprovechar] de ellos *al celebrar* el contrato para obtener una ventaja injusta. Es también que lo haga la persona con discapacidad *después de celebrado el contrato* con la prestación recibida (que lo pierda, que le priven de ello…). Esto último es lo que justificaba los privilegios en materia de restitución y conservación de la acción que establecían los artículos 1304 y 1314 en su redacción anterior. La reforma de 2021 los ha mantenido, pero reducidos, en cuanto los circunscribe a los mismos dos casos que menciona el artículo 1302.3.II CC. Si ahora se entiende que esos beneficios solo operan si hay ventaja injusta (tal como entiende García Rubio [apellidos, mayúsculas en el original] […], la protección de la persona con discapacidad se vería aún más mermada en ese segundo aspecto (el relativo a lo que puede acontecer después de celebrado el contrato). Y ello porque no disfrutaría de los beneficios de los artículos 1304 y 1314 CC si quien contrató con ellos conocía la existencia de las medidas de apoyo omitidas pero no se aprovechó de la discapacidad para obtener una ventaja injusta (y nótese que esto sería así en todo caso, incluso en aquellos en que el apoyo consistiera una curatela representativa).

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

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

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

Se trataría, en fin, de quien va a contratar con una persona con discapacidad sabiendo que tiene medidas de apoyo, no actúe como si estas medidas no existieran y trate al menos de que ese apoyo se preste. Si, habiéndolo intentado, la persona con discapacidad rechaza expresamente recibir el apoyo, probablemente habría que distinguir: si la medida de apoyo es puramente asistencial y la persona con discapacidad tiene capacidad natural de entender y querer, seguramente habría que entender que el contrato es válido, de no mediar otras causas de anulabilidad [así, García Rubio [mayúsculas en el original] […]; en cambio, si es una curatela representativa, que abarque precisamente el tipo de contrato en cuestión, esto sería indicativo de que se ha considerado que la persona con discapacidad no estaba en condiciones de celebrarlo, por lo que el tercero debería abstenerse de contratar con la persona con discapacidad que rechaza el apoyo, pues, de otro modo, el contrato sería anulable» [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) nota 43 de pp. 47-48, b); vid, todo ese b)].

b) En la anterior a) de esta nota, Gómez Calle se ha referido a los artículos 1304 y 1314 CC en su redacción por Ley 8/2021. Por su parte, García Rubio manifiesta que, «hubiera preferido que desapareciera de ambos preceptos [arts. 1304 y 1314 CC] toda mención a la discapacidad y el privilegio que teóricamente recogen hubiera quedado reservado exclusivamente a los menores de edad» (p. 355), lo cual justifica en que la equiparación del tratamiento entre menores de edad y personas adultas con discapacidad, a efectos del efecto restitutorio, supone un tratamiento discriminatorio y que esa «obligación de restitución minorada […] supone en realidad una barrera más que aleja a las personas con discapacidad de su plena integración en el mercado y en el tráfico jurídico» (pp. 355-356); en suma, para García Rubio, «lo adecuado hubiera sido que las referencias a las personas con discapacidad hubiesen desaparecido de estos dos artículos [1304 y 1314 CC], cuyo régimen privilegiado ha de quedar reservado a los menores de edad» (p. 355); (2022) *vid,* pp. 354-357.

Álvarez Lata [417], Egusquiza Balmaseda [418], De Amunátegui Rodríguez [419], y Parra Lucán [420].

---

[417] a) Según Álvarez Lata, «[l]as dos circunstancias que determinan la legitimación del titular de las medidas de apoyo son:/ a) *Que el otro contratante conociera la existencia de los apoyos* […]/ b) *Que el otro contratante obtuviera una ventaja injusta*» [cursiva del original; «Artículo 1302» (2021) pp. 1018-1019].

b) Sobre la noción de ventaja injusta, a la que alude Álvarez Lata, me ocupo en el cuerpo del texto en este [20], *infra* c) (*tercera cuestión*).

Y sobre que el contratante conociera de la existencia de los apoyos cuando la celebración del contrato, Álvarez Lata explica: «Si el otro contratante conoce la existencia de los apoyos en el momento de la contratación y aun así contrata con la persona con discapacidad que prescinde del apoyo, habrá legitimación del titular de la medida de apoyo omitida. Se parte de la premisa de que [*sic*; de que el] conocimiento de la existencia de apoyo en el momento en que se va a celebrar el contrato sin que se utilicen por la persona con discapacidad no es una conducta diligente o reveladora de buena fe por parte del otro contratante y, siendo así, ese contratante que conoce la necesidad de la persona con discapacidad de contar con apoyos (que no está usando) no merece la protección que puede apelar como tercero de buena fe que contrata con persona con discapacidad –y por lo tanto, se abre la impugnación del contrato a otras personas distintas: los que debieran apoyar ese negocio, sea como fuere–. Hay que tener en cuenta dos cuestiones que dificultan la aplicación de este parámetro, por lo que será fácil para el contratante alegar el desconocimiento y evitar la impugnación del acto por el titular de las medidas. La primera, que la nueva Ley 8/2021 rebaja notoriamente la posibilidad de los contratantes de conocer la existencia de apoyos en tanto que sólo las medidas de apoyo judiciales constan en el Registro Civil (cfr. arts. 300 CC; y arts. 4.11.º y 72.1 LRC), y además, constituyen un dato con publicidad restringida al que no pueden acceder terceros [cfr. arts. 83.1.b) y 84 LRC]. La segunda, que la realidad de buena parte de la contratación actual propicia el desconocimiento del otro contratante o de sus apoyos y, por tanto, aleja de la impugnación a los titulares de las medidas: la contratación a distancia neutralizará seguramente la aplicación de este punto» [«Artículo 1302» (2021) pp. 1018-1019].

[418] Para Egusquiza Balmaseda: «La argumentación [de García Rubio], aun resultado [*sic*; resultando] sugerente, supone reescribir el tenor del art. 1302.3, párrafo segundo del CC, en un sentido que no parece que haya sido el que el legislador ha querido establecer en última instancia. Por ello, desde la perspectiva práctica, el titular de los apoyos gozará de legitimación, alternativamente, tanto si consigue acreditar que la otra parte contratante era conocedora de la existencia de los apoyos y prescindió de ellos para concluir el negocio, como si no teniendo conocimiento de ello obtiene una ventaja injusta» [(2022) p. 1174]. *Vid.* además *supra* nota 415, último párrafo, en donde Barceló Compte señala la opinión de Egusquiza Balmaseda.

Con anterioridad a las acabadas de reproducir palabras de Egusquiza Balmaseda, esta apunta que «[p]ara la mayor parte de los autores, las circunstancias establecidas en el art. 1302.3, párr. 3.º [sic; 2.º) del CC son de carácter alternativo. Ello supone que dándose alguno de los dos supuestos que fija la norma el titular de los apoyos contará con legitimación para instar la acción de anulabilidad del contrato celebrado por la persona con discapacidad sin contar con los apoyos "provistos"» [(2022) pp. 1171-1173].

[419] Según De Amunátegui Rodríguez: «Sí se exige aquí [art. 1302.3. II CC] la presencia de dos presupuestos:

– Conozca de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación. Se trata de un presupuesto complejo, por la limitadísima publicidad que existe de las medidas de apoyo (art. 83 LRC, limitadísima publicidad), en cuyo caso sólo quedaría acudir al siguiente requisito. El CC consagra así una suerte de principio de buena fe en el contratante que no conoce de la existencia de medidas de apoyo, siendo de mala fe en el supuesto de que sí tenga conocimiento de las mismas, lo que determinará la posibilidad de impugnar.

Durante un tiempo la norma se refería expresamente a la mala fe en general del contratante, que fue sustituida por el texto final. Creo [De Amunátegui Rodríguez] que la referencia a la mala fe habría sido más adecuada a los supuestos de discapacidad manifiesta, pudiendo considerarse como mala fe el comportamiento del contratante cuando sea notorio que la persona necesita apoyos, lo que no es lo mismo que centrarlo en el conocimiento de medidas, aunque siempre queda el otro presupuesto.

Veo [De Amunátegui Rodríguez] esta posibilidad especialmente interesante en aquellos contratos en los que no exista intervención notarial, por ejemplo, en los contratos bancarios que tantísimos problemas presentan ante los tribunales, en los que es difícil apreciar dolo y que muchas veces se llevan a cabo con personas con discapacidad y mayores afectados de enfermedades degenerativas al margen de las medidas de apoyo.

– El otro requisito, alternativo, es que el contratante obtenga una ventaja injusta. […]» [(2022) p. 96; para la continuación de este texto, *infra* nota 445].

[420] Explica Parra Lucán: «Además, los contratos también podrán ser anulados "por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo"; pero, "en este caso", "la anulación solo procederá cuando el

Para el artículo 1302.3. II, segunda regla *in fine,* CC, Alberruche Díaz-Flores afirma que son «dos condiciones alternativas» [421].

> [A] *Nuevo excurso sobre el derecho aragonés: la anulación del contrato celebrado por persona con discapacidad, y la excepción a la anulación*
>
> *a)* En el artículo 40.1 («Presunción de aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica») CDFA se indica que, «[t]iene aptitud para ejercitar la capacidad jurídica la persona que por sí sola puede comprender y valorar el significado y los efectos de un acto concreto en el contexto en que se produce y, en consecuencia, determinar su voluntad, expresarla y actuar conforme a ella», y, según el artículo 40.3 CDFA, «[s]e presume la aptitud para realizar un acto concreto siempre que para dicho acto la persona no esté sujeta a medidas de apoyo asistenciales o representativas, judiciales o voluntarias ya eficaces, y que no se demuestre lo contrario de forma cumplida y adecuada». En el siguiente artículo 41 («Validez de los actos jurídicos de la persona con discapacidad») CDFA se dispone, que «[l]a persona que no tiene la suficiente aptitud para ejercer por sí sola su capacidad jurídica respecto de un acto concreto puede realizarlo válidamente con las medidas de apoyo adecuadas conforme a lo establecido en este Código».
>
> Por otro lado y como apunté *supra* [3] c) [A.3] c), para los supuestos de los artículos 45 «Invalidez del acto de la persona sin aptitud para realizarlo» [422], 45.1

---

otro contratante fuera conocedor de la existencia de las medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta" (art. 1302.3. II CC). Si no se da alguna de estas circunstancias, la legitimación para impugnar se limita a la propia persona con discapacidad (con apoyo en su caso) o sus herederos.

La legitimación del apoyo se restringe, pues no basta que se haya omitido su intervención, sino que es preciso de manera alternativa, bien el conocimiento por el tercero de la existencia del apoyo, bien el aprovechamiento por el tercero de una ventaja injusta (por ejemplo, no sabe que existe apoyo, pero aprecia la discapacidad, las dificultades cognitivas de la otra parte, y celebra un contrato ventajoso para él, y cabe pensar, en detrimento de la persona con discapacidad). Lo que sucede es que los presupuestos de legitimación de quien estaba llamado a prestar el apoyo no pueden someterse a un control de verificación previo y requieren para su acreditación que se siga el procedimiento correspondiente.

De la redacción de la norma (art. 1302.3. II CC) no resulta que en el primer caso (conocimiento por el tercero de la existencia del apoyo) se exija, además, un beneficio para el tercero y algún tipo de desventaja para la persona con discapacidad. La legitimación del apoyo omitido no requiere, además, la ventaja injusta del tercero si este conocía la existencia de la medida de apoyo» [(2022) pp. 340-341].

[421] Alberruche Díaz-Flores (2022) p. 507. De alternatividad hablan también, Egusquiza Balmaseda, *supra* nota 418, De Amunátegui Rodríguez, *supra* nota 419, y Parra Lucán, *supra* nota 420.

[422] a) Bayod López explica que «[e]l artículo 45 CDFA [que transcribo en esta nota, siguiente b)] regula con carácter general la invalidez de los actos y contratos realizados por las personas que carecen de aptitud para realizar un acto concreto en consonancia con lo previsto en el artículo 41 ["Validez de los actos jurídicos de la persona con discapacidad"] CFDA» [artículo que transcribo en el cuerpo del texto, en el anterior párrafo de esta [A] a)]. Aquí, «la invalidez se hace depender de la falta de aptitud para ejercitar por sí sola la capacidad jurídica (art. 40.1 CDFA ["Presunción de aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica", que transcribo en el cuerpo del texto en el anterior párrafo de esta [A] a)]) referida a un momento concreto, y no teniéndola, no cuente tampoco con las medidas de apoyo que puedan suplir esta insuficiencia. La razón puede estar en que todavía no cuenta con ningún tipo de medidas previstas en el artículo 101 CDFA ["Medidas de apoyo a personas con discapacidad"; mandato de apoyo, guarda de hecho, curatela, defensor judicial] o, teniéndolas, ha prescindido de ellas. Si bien la intervención del curador y mandatario de apoyo, cuentan con una regulación específica». Añade la autora que, «[c]iertamente, esta

«Invalidez por falta de intervención del curador o mandatario de apoyo» [423], y 45-2 CFDA, «Invalidez por defectos en la prestación del apoyo» [424] se aplica el régimen

---

norma [art. 45 CDFA], está ubicada en el Capítulo II, *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad,* pero creo [Bayod López] que es una norma susceptible de ser aplicada a cualesquieras situaciones en las que la persona concernida no tenga aptitud para manifestar su voluntad en los términos expresados en el artículo 40.1 CDFA». Bayod López (2024) pp. 78-79.

Si «la persona no tiene aptitud para ejercitar su capacidad jurídica y no cuenta con la medida de apoyo adecuada, el acto es inválido, y el régimen jurídico previsto es la anulabilidad», si bien «[e]xcepcionalmente, el acto será nulo *si vulnera las leyes que exigen una capacidad específica, salvo que en ellas se establezca un efectos distinto* (art. 45.3 CDFA)» (cursiva del original; p. 79).

b) Artículo 45 CDFA: «Invalidez del acto de la persona sin aptitud para realizarlo

1. Será inválido el acto realizado por quien, en el momento de su celebración, carezca de la suficiente aptitud para ejercitar su capacidad jurídica y no cuente con las medidas de apoyo que procedan para suplir esa insuficiencia.

2. El acto realizado será anulable a instancia de:

a) El propio interesado o sus herederos.

b) La persona cuya asistencia o representación habría evitado la invalidez.

3. No obstante, el acto será nulo si vulnera leyes que exigen una capacidad específica, salvo que en ellas se establezca otro efecto distinto».

[423] a) Bayod López explica para el artículo 45-1 CDFA [que transcribo en esta nota, siguiente b)] que, «[s]iguiendo la doctrina clásica, y en aras a la seguridad del tráfico jurídico, cuando la persona con discapacidad contara con medidas de apoyo judiciales o voluntarias que ya hubieran iniciado su eficacia para llevar a cabo determinadas actuaciones jurídicas, la actuación por sí sola y sin contar con la medida de apoyo prevista permite instar la anulabilidad de la actuación llevada a cabo, tanto por la persona con discapacidad o sus herederos o como por el curador o mandatario de apoyo preterido» [(2024) p. 80].

Con anterioridad, la autora explica, que «se parte de una presunción: si hay medidas de apoyo judiciales o voluntarias previstas para llevar a cabo un acto concreto, su falta provoca la invalidez del acto; si bien excepcionalmente el acto o contrato puede ser válido, si se demuestra la posibilidad de prestar un válido consentimiento por parte de la persona con discapacidad, o bien si la otra parte contratante no pudo conocer las causas de la anulabilidad» (p. 74); «cuando la persona con discapacidad está sujeta a medidas de apoyo judiciales o voluntarias ya eficaces, la presunción es la contraria: se presume que carece de aptitud para emitir un válido consentimiento por sí sola, siendo, por ello, el acto contrato susceptible de impugnación (art. 45.1 CDFA)./ […]/ En efecto, si la persona con discapacidad y sujeta a medidas de apoyo tuviera aptitud suficiente para llevar a cabo el acto o contrato el mismo será válido (art. 45 CDFA *a sensu contrario*); si bien, la carga de la prueba recaería en la persona con discapacidad» (pp. 75-76); «la discapacidad no es por sí sola causa de invalidez de los actos y contratos, sólo debe serlo la falta de aptitud para emitir un consentimiento consciente y libre, aun cuando este no se presuma si la persona cuenta con medidas de apoyo judiciales o voluntarias vigentes» (p. 76).

b) Artículo 45-1 CFDA: «Invalidez por falta de intervención del curador o mandatario de apoyo

1. El acto para el que la autoridad judicial hubiera establecido curatela asistencial o representativa que sea realizado por la persona con discapacidad sin la intervención del curados será anulable.

2. También será anulable el acto para el que se hubiera establecido un mandato de apoyo que hubiera iniciado su eficacia y que requiera la actuación con carácter asistencial o representativa del mandatario, cuando sea realizado por la persona con discapacidad sin su intervención.

3. Podrán instar la anulabilidad:

a) La persona con discapacidad o sus herederos.

b) El curador o mandatario de apoyo».

[424] a) Bayod López señala que el artículo 45-2 CDFA [que transcribo en esta nota, siguiente b)] «regula dos situaciones diversas». Una (art. 45-2.1 CDFA) «se refiere a los actos del curador representativo previstos en el artículo 169-24, *Actos que requieren autorización o aprobación* [cursiva del original], CDFA», «[p]ero también, aun cuando no será lo habitual, a los actos otorgados por el defensor judicial, si

de la anulabilidad [con la excepción señalada en el artículo 45-3 CDFA. Sin embargo, esta anulabilidad puede excepcionarla el otro contratante en los supuestos del artículo 45-3 CDFA. Dice este artículo 45-3 CFDA: «Excepciones a la anulación

1. En los casos regulados en los artículos anteriores, el otro contratante podrá oponerse a la acción de anulabilidad probando que no conocía, ni razonablemente podía conocer, las causas en que se funda la acción de anulabilidad.

2. Tampoco procederá la anulación si el acto ha sido confirmado por quien podría impugnarlo».

b) Centrándome en el artículo 45-3.1 CDFA, Bayod López explica que su norma «responde a la salvaguada del principio de buena fe y lealtad en toda actuación jurídica […] y toma como premisa dos circunstancias» [425]. Una, «[e]l cambio de paradigma que trae consigo la CDPD: no hay procedimiento de incapacitación y sí una presunción de aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica en las condiciones del artículo 40 CDFA [que transcribo, en parte, en la anterior a) de esta [A]]»; y, la otra, «[e]l desconocimiento de la existencia o no de medidas de apoyo de la persona con discapacidad requeridas para determinadas actuaciones jurídicas, desde el momento en que ha quedado tan restringida la publicidad sobre las mismas» [426]. A lo anterior se añade, indica Bayod López, que el artículo 45-3

---

así lo ha dispuesto el Juez (art. 129-2.2 CDFA) o por el guardador de hecho en el supuesto del artículo 169-12.6 CDFA. Igualmente, será aplicable a los supuestos del mandatario de apoyo que no hubiera cumplido las condiciones de ejercicio del artículo 169-4 CDFA». La otra situación (art. 45-2.2 CDFA) «se refiere con carácter general a los supuestos de oposición de intereses entre la persona con discapacidad y quien le preste el apoyo, indicando como actuar válidamente, cuando no se actúe en dicha forma, habrá un defecto en la prestación de los apoyos que permite anular dicha intervención». Bayod López (2024) p. 81.

b) Artículo 45-2 CFDA: «Invalidez por defectos en la prestación del apoyo

1. Será anulable el acto realizado en representación de la persona con discapacidad sin la debida autorización o aprobación cuando el acto la requiera.

2. También será anulable el acto realizado con apoyo asistencial o representativo cuando exista oposición de intereses entre quien presta el apoyo y la persona con discapacidad.

3. Podrán instar la anulabilidad:

a) La persona con discapacidad o sus herederos.

b) Si fuesen varias las personas designadas para prestar apoyo, las que no hayan intervenido en el acto».

[425] Bayod López (2024) p. 82.

[426] a) Bayod López (2024) p. 82.

b) En otro plano, sobre lo sucedido en la Comisión Aragonesa de Derecho civil, a propósito del ahora artículo 45-3 CDFC, Bayod López informa:

b.1) «En la sesión de 21 de junio de 2023 (Acta 314) en la que yo misma actué [Bayod López] como secretaria accidental de la Comisión se dice: "Como ya se ha indicado el Presidente no está de acuerdo con este precepto [ahora, el artículo 45-3 CDFA], y manifiesta que, de haber votación, lo hará en contra a su aprobación; considera, además, que este precepto será objeto de conflicto para su aprobación, en su momento, por las Cortes de Aragón. En concreto el Excmo. Sr. Presidente me pasa por escrito el siguiente texto que transcribo: "Interesó la supresión de esta excepción porque no está contenida en la Convención de Nueva York; no está recogida en la tradición jurídica aragonesa; porque queriendo proteger al tercero, disminuye la protección del discapacitado; pongo en duda su eficacia, porque la prueba del conocimiento es complicada y difícil de hacer, porque ciertos datos de las personas están protegidos, además es previsible que pueda suscitar conflictos y pleitos. Al ser parte general de la norma afecta a toda ella, de ahí su trascendencia. (…) Llegados a este punto el Presidente propone que, en la siguiente sesión, que

CDFA «evita el recurso a una posible aplicación supletoria del nada riguroso artículo 1302.3 [CC] en su párrafo segundo» [427]. La justificación del artículo 45-3 CDFA, según Bayod López, fue «la necesidad de equilibrar los intereses en juego de todas las partes contratantes para defender la validez del acuerdo cuando, una de ellas, no pudo conocer las causas en las que se funda la anulabilidad» [428]. Y

será el 5 de julio, se siga debatiendo este precepto". Previamente, habían manifestado su conformidad con el mismo (recordemos que es el texto de la Ponencia a cargo de los vocales Serrano y Santacruz) los vocales Bayod y Oria, principalmente por las dos razones aducidas: la CDPD y la falta de publicidad de las medidas de apoyo en el Registro Civil» (nota 18 de p. 82).

b.2) «La norma [ahora, el artículo 45-3 CDFA] se debatió ampliamente en la sesión de la Comisión de 5 de julio de 2023 (Acta 315) la misma se aprueba con cuatro votos a favor (Doña Carmen Bayod López, Doña Aurora López Azcona, Don José Antonio Serrano García y Don Rafael Santacruz Blanco), dos abstenciones (Don David Arbués Aisa y Don Adolfo Calatayud Sierra) y un voto en contra (Presidente)» (p. 83).

c) Por último, en el III de la Exposición de motivos de la Ley 3/2024 se explica cuál es la razón del artículo 45-3 CDFA: el desconocimiento de la discapacidad del otro contratante, teniendo en cuenta la dificultad de conocer las medidas de apoyo existentes, dada la restricción en la publicidad del Registro civil. Se lee en dicha Exposición de motivos:

«La reforma ha llevado a un artículo independiente, lo que llama "excepciones a la anulación" (artículo 45-3), en el que, junto a la posibilidad de confirmar el acto anulable por quien podría anularlo, se ha introducido otra excepción novedosa: "En los casos regulados en los artículos anteriores, el otro contratante podrá oponerse a la acción de anulabilidad probando que no conocía, ni razonablemente podía conocer, las causas en que se funda la acción de anulabilidad". La discapacidad que puede provocar la anulabilidad de un acto concreto puede no ser conocida por la otra parte contratante, en particular cuando no hay medidas de apoyo notariales o judiciales establecidas; pero incluso cuando las haya, no es fácil conocer su existencia, al menos en una contratación privada sin intervención de Notario, pues la publicidad que suministra el Registro Civil de la discapacidad y las medidas de apoyo es restringida al tratarse de datos especialmente protegidos. Por ello, si la otra parte actúa de buena fe puede oponerse a la anulación del acto. El trato de favor a la persona con discapacidad que conlleva el régimen de la anulabilidad requiere que la otra parte no actúe de buena fe».

[427] Bayod López (2024) p. 82. La autora informa, que evitar la aplicación del artículo 1302.3 CC «fue uno de los argumentos esgrimidos en los debates de la Comisión: "Don Rafael Santacruz Blanco defiende la necesidad de incorporarlo [el ahora artículo 45-3 DCFA], ya no solo porque comparta su contenido, sino so riesgo que, en caso de no introducirlo, se aplique supletoriamente la solución del Código civil, que ni a él particularmente le convence, porque solo permite instar la anulabilidad al curador que no ha intervenido en el acto cuando acredite la mala fe de la otra parte, no así, en cambio, sorprendentemente a los herederos (art. 1302 Cc)"» (nota 18 de p. 82).

[428] a) Bayod López (2024) p. 83.

En cuanto a cómo se justificó, dentro de la Comisión aragonesa de derecho civil, el ahora artículo 45-3 CDFA, dice Bayod López: «En concreto "Doña Carmen Bayod López defiende, en cambio, la necesidad de incluir una norma dirigida a proteger a los terceros de buena fe, ya no sólo porque el CDFA contiene diferentes preceptos en esta línea, sino porque la Convención UN 2006 ha cambiado las reglas de juego en el tratamiento de la discapacidad. De ello resulta, a su entender, la necesidad de equilibrar los intereses en juego: los de las personas con discapacidad, pero también los de la persona que contrata con ella desconociendo tal circunstancia y más desde el momento en que ha quedado tan restringida la publicidad sobre medidas de apoyo. (…) Doña Aurora López Azcona sigue el criterio de la mayoría, adhiriéndose a las razones expuestas, especialmente a la relativa a la necesidad de equilibrar los intereses en juego en una situación harto diferente que la anterior, pero también como herramienta para garantizar la entrada en el tráfico jurídico y económico a las personas con discapacidad, tal y como exige la Convención. Si no se protege al tercero, con las nuevas reglas en juego, muy pocas personas van a querer contratar con una persona discapacitada"» (nota 20 de p. 83).

Además, *supra* nota 426 c) para la Exposición de motivos de la Ley 3/2024.

b) Más allá de lo anterior y con un carácter general, Bayod López informa, que «[l]a regulación de la invalidez e ineficacia de actos y contratos llevados a cabo por la persona con discapacidad […] tuvieron

> advierte la mentada autora, que «[l]as causas en las que se funda la anulabilidad serían la falta de aptitud para prestar el consentimiento, no la discapacidad de la persona evidentemente, así como un defecto en la prestación de apoyos o la falta de contar con los apoyos precisos cuando estos fueran necesarios» [429].

c) La *tercera* cuestión es, ¿en qué consiste la ventaja injusta (concepto indeterminado) que exige el artículo 1302.3. II CC? ¿Ha de ser económica? ¿Puede, además, ser de otro tipo? A fin de poder concretar mi respuesta, antes, voy a referirme al derecho catalán y al *soft law.*

c.1) En el derecho catalán, el artículo 621-45.1 CCCat [que transcribo *supra* [3] c) [A.1] a)] tiene por leyenda «[v]entaja injusta» y exige, además de ciertos requisitos subjetivos, otro tercero de carácter objetivo, consistente en que el otro contratante hubiera obtenido «un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta» (carácter alternativo).

El beneficio excesivo lo relaciona Martín Casals con el precio o falta de equivalencia económica entre prestaciones en el momento de la celebración del

---

en cuenta tres principios: *la seguridad del tráfico jurídico*, que exige anudar el sistema de invalidez a la falta de medidas de apoyo cuando estas se hayan establecido; *el respeto a la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad,* que debe poder contratar siempre que pueda manifestar un consentimiento consciente y libre, esté o no sujeta a medidas de apoyo y, también, apostar por la validez del contrato cuando el otro contratante no conocía, ni razonablemente podía conocer, las causas en que se funda la acción de anulabilidad: *buena fe y lealtad en la contratación»* (cursiva del original; p. 74).

[429] a) Bayod López (2024) p. 83.

b) En el derecho catalán, se cuenta con el «Proyecto de ley de modificación del Código civil de Cataluña en materia de soportes al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas»; BOPC, XV Legislatura, segundo periodo, núm. 86, miércoles 13 de noviembre de 2024, expediente 200-00002/15.

De modo básico y en lo que me interesa, según el artículo 222-1: «Derecho al soporte

1. Toda persona mayor de edad tiene capacidad jurídica para ser titular de derechos y obligaciones y para ejercitarlos de acuerdo con su capacidad natural.
2. Toda persona tiene derecho a acceder a soportes individualizados y adaptados a su situación para tomar decisiones con efectos jurídicos en condiciones de igualdad.
3. El hecho de contar con soportes para la toma de decisiones no supone una limitación de la capacidad jurídica de la persona» (traducción mía).

Y según el artículo 222-62: «Validez de los actos hechos con o sin soportes o con conflicto de intereses.

1. Los actos jurídicos realizados con la intervención de un soporte formal dentro del ámbito de sus funciones no pueden anularse únicamente por razón de la condición personal del que da lugar a la constitución del soporte.
2. El acto jurídico hecho por la persona asistida sin la conformidad de la persona que asiste, de la asistencia de cooperación, o infrigiendo las limitaciones establecidas en un soporte representativo, pueden ser impugnados por el asistente, por la misma persona asistida, en su caso, con el soporte que necesite, y por los que la suceden.
3. El acto jurídico en que una de las partes actúa con un soporte formal, cuando existe conflicto de intereses entre la persona que recibe el soporte y la que lo presta, o abuso, o influencia indebida de esta, puede ser impugnado por la primera, por los que la sucedan o por los que supervisan el ejercicio del soporte solo si la otra parte conocía o había de conocer estas circunstancias. En caso de que el acto no pueda impugnarse, se pueden reclamar las responsabilidades que correspondan.
4. El plazo para el ejercicio de las acciones que establecen los apartados 2 y 3 es de cuatro años desde el otorgamiento del acto» (traducción mía).

contrato, falta de equivalencia que ha de ser desproporcionada teniendo en cuenta las circunstancias del caso y situación general del mercado [430]. Por su parte, Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy/Bosch Capdevila apuntan que, dado que en el artículo 621-46 CCCat se regula la lesión *ultra dimidum* [431], no debería requerirse para la ventaja injusta del artículo 621-45.1 CCCat que la lesión fuera en más de la mitad, pues, si así se exigiera, la ventaja injusta del artículo 621-45.1 CCCat perdería utilidad al poder acudirse a la rescisión por lesión [432].

Sobre la ventaja manifiestamente injusta, para Martín Casals, aun no habiendo falta de equivalencia económica entre prestaciones, supone que existen cláusulas que imponen obligaciones o deberes excesivamente gravosos, habiendo un desequilibrio entre las ventajas que cada parte obtiene, desequilibro que reside en la distribución hecha en el contrato, y no por circunstancias externas al mismo [433].

---

[430] En concreto: «Para el *beneficio excesivo,* Martín Casals apunta, primero, que el *beneficio* debe "entenderse un exceso o defecto del precio, o más generalmente, en una falta de equivalencia económica entre prestación y contraprestación de acuerdo con el precio de mercado", que ha de apreciarse en el momento de la perfección del contrato. Y sobre que sea *excesivo,* se traduce en que sea "desproporcionado atendidas a las circunstancias del caso", para lo que habrá de tenerse en cuenta el contrato en su conjunto (por ejemplo, si contiene elementos especulativos, o se introducen riesgos o incertidumbres) y la situación general del mercado (por muy excesivo que parezca el precio, puede ser el precio del mercado, cuando la perfección del contrato, dada la escasez del objeto)» [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) [136] [A.2] p. 647].

[431] a) Sobre la lesión en más de la mitad del Código civil de Cataluña (arts. 621-46, 621-47.2, y 621-48), Fenoy Picón (2023) [136] [B] pp. 656-665.

b) De los citados artículos en la anterior a) de esta nota, el artículo 621-46 CCCat dispone: «Lesión en más de la mitad

1. El contrato de compraventa y los demás de carácter oneroso pueden rescindirse si la parte perjudicada prueba que, en el momento de la conclusión del contrato, el valor de mercado de la prestación que recibe es inferior a la mitad del valor de mercado de la prestación que realiza.

2. En el caso a que se refiere el apartado 1, la otra parte puede oponer que el pretendido desequilibrio se justifica en el riesgo contractual propio de los contratos aleatorios o en la existencia de una causa gratuita.

3. En los supuestos de opción de compra, el desequilibrio a que se refiere el apartado 1 debe existir en el momento en que se pacta la opción».

[432] a) En concreto: «Consideran Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy, y Bosch Capdevila, que «[h]abrá de esperar a las decisiones de los tribunales para ver cómo se cuantifica el beneficio "excesivo", *pero hay que tener presente que, al mantenerse en el CCCat la rescisión por lesión* ultradimidium (art. 621-46), *no debería requerirse que la lesión fuera en más de la mitad, dado que si así fuera la rescisión del contrato por beneficio excesivo perdería utilidad, al poder también acudirse a la figura de la rescisión por lesión»* [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) [136] [A.2] p. 647; además, [136] [B.3] p. 664].

b) Igualmente Barceló Compte: «Sobre su "encaje" [en la ventaja injusta o en la lesión en más de la mitad], Barceló Compte entiende que si "[e]l perjuicio excesivo que experimenta la parte débil es una lesión por debajo de la mitad (lesión *citra dimidum*)" se aplica la ventaja injusta del artículo 621-45.1 CCCat, mientras que si el perjuicio alcanza el umbral del 50 por 100, la cuestión recibiría respuesta a través del artículo 621-46, el relativo a la lesión en más de la mitad» [[136] [B.3] p. 665].

c) Y lo mismo Ginés Castellet para el Proyecto de Ley del Libro VI del Código civil de Cataluña (nota 1261 de p. 666).

[433] En concreto: «Para la otra alternativa del artículo 621-45 CCCat, la *ventaja manifiestamente injusta*, según Martín Casals, "parece referirse a que puede aplicarse el remedio rescisorio, aunque no haya un desequilibrio o falta de equivalencia económica entre prestación/contraprestación, *habiendo, por ejem-*

Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy/Bosch Capdevila consideran que «el concepto de "ventaja injusta", […] va más allá del precio, y puede referirse a otras condiciones del contrato, como la forma de pago o las causas de resolución del contrato» [434].

En suma y por lo expuesto, en el artículo 621-45.1 CCCat se admite que el desequilibrio puede ser de carácter económico o relativo a las obligaciones o condiciones del contrato. El artículo 621-45.1 CCCat abarca ambos supuestos y su leyenda es, como ya dije, la de «ventaja injusta».

c.2) En el *soft law* (textos, como es sabido, anteriores al derecho catalán, por lo que aquel *soft law* es el que influye en el derecho catalán, aunque haya invertido el, en principio, orden lógico de exposición), el artículo 4:109 PECL, con leyenda «*Excessive Benefit or Unfair Advantage*» («Beneficio excesivo o ventaja injusta») y, que transcribo *supra* nota 396, incluye los supuestos en que «the other party […] took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive Benefit» («la otra parte […] se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo»). Este artículo 4:109 PECL incluye, así, los dos supuestos antes comentados para el derecho catalán.

Pese a que su leyenda no coincida con la del artículo 4:109 PECL, el artículo II.-7:207 DCFR (titulado «Unfair explotation», «Explotación indebida)» [435]

---

plo, cláusulas que imponen obligaciones o deberes excesivamente gravosos" […]. Además, "*[n]ormalmente, estas ventajas tendrán una traducción en el precio o valor de mercado de la contraprestación, pero, incluso aunque no fuese así*", en opinión de Martín Casals, "*es esencial que el desequilibrio entre las ventajas que obtiene cada una de las partes se encuentre en la distribución que se hace en el contrato y no en circunstancias externas al contrato, como es el caso del ejemplo holandés* (Van Elmbt v. Feierebend […]"» (cursiva del original; ejemplo holandés al que me refiero *supra* [18] b) [C.1] c); Fenoy Picón (2023) [136] [A.2] p. 648].

[434] Fenoy Picón (2023) nota 1220 de p. 648.

[435] a) Artículo II.-7:207 DCFR: «Unfair exploitation

(1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:

(a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaing skill; and

(b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage.

(2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may it it is appropiate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requeriments of good faith and fair dealing been observed.

(3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair explotation, provided that this party informs the party who gave the notice without undue delay after receiving it and before that party has acted in reliance on it».

b) Artículo II.-7:207 DCFR: «Explotación indebida

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

también recoge esos dos supuestos del derecho catalán [436]. Y lo mismo sucede en el artículo 51 CESL (con leyenda «Explotación injusta») [437] [438]. En cuanto al

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

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

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

(3) El juez también podrá adaptar el contrato a petición de la parte que haya recibido la notificación de anulación por explotación indebida, siempre que esta informe sin demora excesiva a la que solicitó su anulación y antes de que dicha parte actúe en consecuencia» [revisión de Bosch Capdevila (2015) p. 106].

[436] Habiendo acudido al comentario oficial del artículo II.-7:207 DCFR, decía en 2023: «*Sobre el beneficio excesivo,* el artículo II.-7:207 DCFR "se aplica cuando el beneficio obtenido por una parte se prueba excesivo comparando con el precio "normal" o con otro retorno semejante contractual […]. Ahora bien, "[e]l hecho de que la falta de suministro haya conducido generalmente a precios altos no es fundamento para" aplicar el artículo II.-7:207 DCFR, "incluso si el incremento repentino del precio ha permitido que una parte pueda obtener un provecho anormalmente alto" […]. Lo reseñado se ilustra en la *Ilustration 1* como sigue: "Durante un repentino golpe de frío a principio de verano el precio de los tomates se incrementa drásticamente. B acuerda comprar tomates a A al precio incrementado. B no puede anular el contrato bajo este Artículo [II.-7:207 DCFR], aunque B descubra que A compró los tomates a un precio mucho más bajo antes del verano y los mantuvo en un almacén frío" […].

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

Y sobre la ventaja groseramente injusta, "incluso si el intercambio no es excesivamente dispar en términos de valor monetario, [el artículo II.-7:207 DCFR se aplica] si una ventaja groseramente injusta ha sido obtenida por otras vías" […]. "Por ejemplo, un contrato puede ser injusto para una parte que malamente puede permitírselo, incluso si el precio no es irrazonable" […]. Y en la *illustration 5* se expone: X, viuda, vive con sus numerosos hijos en una grande, pero ruinosa casa, la cual Y, un vecino, hace tiempo que quería comprar. X ha venido confiando en los consejos de Y en asuntos de negocios. Y, buen conocedor de esto, lo manipula en su beneficio: la persuade para que se la venda. Le ofrece el precio del mercado, pero sin destacarle que le será imposible encontrar cualquier lugar para vivir en el vecindario por esa cantidad de dinero. X puede anular el contrato» [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) nota 115, b), de pp. 80-81].

[437] Artículo 51 CESL: «Explotación injusta

Una parte podrá anular un contrato si, en el momento de su celebración:

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

b) esta otra parte sabía o cabía esperar que supiera dicha situación del otro contratante y, atendidas las circunstancias y finalidad del contrato, se aprovechó de ello para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja injusta».

[438] Pfeiffer, a propósito del «[c]ontenido del contrato», comenta que «[l]as expresiones de beneficio excesivo ["excessive benefit"] o ventaja injusta ["unfair advantage"] [del art. 51 CESL, que transcribo

artículo 3.2.7 Principios UNIDROIT 2016, su leyenda es «Excesiva desproporción», y en su interior, solo se habla de ventaja excesiva [439], pero, en su comentario oficial se exponen ejemplos de desequilibrio económico y de desequilibrio en las condiciones del contrato [440].

---

en la nota inmediatamente anterior a esta] disponen un *criterio abierto* [esta cursiva, negrita en el original] (cláusulas generales), las cuales necesitan de mayor concreción. Tal mayor concreción ha de lograrse a través del establecimiento de un cuerpo de jurisprudencia ["case law"] referido al artículo 51. En particular, tal jurisprudencia establecerá los típicos casos de beneficio excesivo o ventaja injusta» [traducción mía; «Artículo 51» (2012) 25, p. 282].

En cuanto a «[l]a expresión *excesivo beneficio* [esta cursiva, negrita en el original] [del artículo 51 b) *in fine* CESL] se refiere al resultado del contrato cumplido, en particular con respecto al beneficio económico de la parte explotadora. La expresión *ventaja injusta* [esta cursiva, negrita en el original] es más general y también incluye otros aspectos del contrato y sus cláusulas accesorias ["collateral clauses"]. La cuestión del beneficio excesivo ha de ser respondida con relación a la general situación del mercado. Una primera indicación puede ser dada por la doctrina de la lesión (*laesio enormis*) de modo que un excesivo beneficio puede ser considerado, si una parte promete más del doble del valor objetivo de mercado para la retribución de la otra parte. Por ejemplo, una temporal escasez de cierto bien, de lo cual resulta un significativo incremento de precios, constituye una típica situación de mercado, pero no refleja un consentimiento viciado. Lo mismo es verdad en relación a casos, en los que el contrato encierra un elemento de especulación o de asunción de riesgo. En los comentarios del DCFR [sobre estos, *supra* nota 436] se sostiene que una ventaja injusta puede darse en casos en los que el precio es perfectamente razonable, pero, la parte en cuestión no puede permitírselo y es persuadida para celebrar el contrato haciéndose uso de su imprevisión, falta de experiencia o ignorancia. Tal contrato, en sí mismo, es perfectamente justo. No es el interés de ser protegido contra un beneficio excesivo o una ventaja injusta, sino más bien contra una temeridad o ignorando las dificultades de la otra parte lo que se pone en juego. Por tanto, este asunto es uno de inmoralidad y se deja a los derechos nacionales» [26, p. 282].

[439] Artículo 3.2.7 Principios UNIDROIT 2016: «(Excesiva desproporción)

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

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

(b) la naturaleza y finalidad del contrato.

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

(3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicará, por consiguiente, el párrafo (2) del Artículo 3.10».

[440] Habiendo acudido al comentario oficial del artículo 3.2.7 Principios UNIDROIT, decía en 2023: «[…] "[l]a expresión ventaja *"*excesiva*"* denota que, para *permitir la anulación o adaptación del contrato* bajo este artículo [3.2.7 Principios UNIDROIT 2016], *no basta una desproporción sustancial entre el valor y el precio o algún otro elemento que rompa el equilibrio entre prestaciones*", sino que "se requiere […] que *el desequilibrio de las prestaciones sea de tal magnitud, de acuerdo con las circunstancias, aue resulte escandaloso para una persona razonable* […]. *Además,* la ventaja *"*debe ser […] *injustificada" y para determinarlo "se deben valorar todas las circunstancias del caso", mereciendo "una especial atención" los "dos aspectos concretos",* esto es, los de las letras a) y b), *del artículo 3.2.7 (1) Principios UNIDROIT* […].

[…]

El *segundo* aspecto del artículo 3.2.7 (1) Principios UNIDROIT 2016, *el de la letra b),* es el de *"*la naturaleza y finalidad del contrato*"*. "Existen situaciones en las que una ventaja excesiva es injustificada,

Por otro lado y avanzando parte de lo que afirmo *infra* [23], en c.3), para el artículo 1301 PMCC 2009 (que carece de leyenda), en él solo se menciona a la «ventaja excesiva», y pese a ello, Bosch Capdevila interpreta que dicha locución incluye los dos referidos tipos de desequilibrio, el económico y el de las condiciones del contrato. Pues bien, considerando lo que he expuesto en los anteriores c.1) y c.2), en mi opinión, la «ventaja injusta» del artículo 1302.3 CC (requisito objetivo) ha de interpretarse en el sentido de que abarca los desequilibrios económico y en las condiciones del contrato.

Otros autores también se han ocupado del significado (del contenido) de la ventaja injusta del artículo 1302.3 CC. Para Barceló Compte, «el elemento objetivo de la ventaja injusta es la excesiva desproporción o el beneficio excesivo que obtiene una de las partes» [441]. Sobre el beneficio excesivo, entiende Barceló Compte, es «resultado de la abultada disparidad de valores entre lo que las partes se intercambian» comparando «con el valor del mercado», queriendo indicar aquella «expresión de beneficio excesivo […] que la diferencia entre el valor de las prestaciones debe ser chocante, flagrante, anormal, y dicha anormalidad puede obtenerse de una comparativa con el valor del mercado» [442]. Añade la autora, que «además […] la desigualdad entre las prestaciones puede ir más allá del valor económico», ya que «la ventaja puede derivar no sólo del precio final sino de un abuso importante por otras razones (puede referirse a la forma de pago o a las causas de resolución del contrato). Es una ganancia externa que puede proceder de otras circunstancias como por ejemplo la calidad de los bienes o las posibilidades para los contratantes. Así, un contrato puede ser injusto para una parte que difícilmente puede permitírselo, aunque el precio no sea irrazonable. En resumen, [concluye Barceló Compte] un desequilibrio objetivo entre las prestaciones a las que ambas partes se obligan» [443].

---

aun cuando" su beneficiario "no haya abusado de la posición negociadora más débil de la otra parte" y su determinación "dependerá de la naturaleza del contrato y finalidad" […]. Se explica al respecto, que "una cláusula del contrato que establezca un plazo demasiado breve para comunicar defectos en las mercaderías o en los servicios, podrá ser considerado una ventaja excesiva para el vendedor o prestador de servicios dependiendo de la especie de mercaderías o servicios de que se trate"; lo mismo, "la comisión cobrada por un agente comercial, establecida en base a un porcentaje del precio de las mercaderías vendidas o servicios prestados, podría justificarse con la contribución sustancial prestada por dicho agente para celebrar las operaciones, o porque el valor de las mercaderías o servicios no es muy alto, pero podría significar una ventaja excesiva en favor de dicho agente si su participación en dichas operaciones ha sido insignificante, o si el valor de las mercaderías o servicios llegare a ser extremadamente elevado […]"» [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) nota 155 de p. 95].

[441] Barceló Compte, *ADC* (2024) p. 560.

[442] Barceló Compte, *ADC* (2024) p. 560; antes dice: «cabría señalar como punto de partida del beneficio excesivo la noción de valor del mercado con el fin de establecer cuándo existe o no desequilibrio de orden económico entre las prestaciones intercambiadas por las partes».

[443] Barceló Compte, *ADC* (2024) p. 561.

Por último, en su análisis de la ventaja injusta del artículo 1302.3 CC, Álvarez Lata indica que se confronte con el artículo 621-45 CCCat [del que doy cuenta en la anterior c.1) de este [20]] y tan solo destaca que «no exige la norma [del artículo 1302.3 CC] que el resultado de dicha ventaja sea especial o notoriamente desproporcionado u oneroso para la persona con discapacidad»; «[e]n otras palabras, [precisa Álvarez Lata], no hay una cuantificación de la lesión que dicha ventaja produce en la persona con discapacidad» [444] (y en sentido similar se manifiestan De Amunátegui Rodríguez [445] y Jarufe Contreras [446]). Además, Álvarez Lata entiende que, dado que el artículo 1302.3 CC

---

[444] Según Álvarez Lata, «[s]e trata [en el artículo 1302.3 *in fine* CC] de que se pueda impugnar la validez de un contrato, incluso en contra de la voluntad de la persona con discapacidad, sobre el fundamento de que ha determinado una ventaja indebida para la otra parte aprovecharse de la situación de discapacidad de la persona, como situación de debilidad o vulnerabilidad contractual (en este sentido, cfr. artículo 621-45 CC catalán [que transcribo *supra* [3] c) [A.1]]). Se aprecia claramente un componente subjetivo en este requisito: aprovechamiento, obtención de ventaja injusta, que entraría de lleno en el propio concepto de influencia indebida, que la CDPD trata de evitar.

Aunque no se define por el legislador, y hasta ahora el Derecho contractual español ha permanecido más o menos ajena a ella –al margen de las confluencias con algunos vicios del consentimiento y con el propio tratamiento de la usura–, la regla de la ventaja injusta da relevancia a la situación de vulnerabilidad de una parte contratante –en ese caso, por causa de la discapacidad– y a la actitud desleal o reprobable de la otra –que se aprovecha de dicha circunstancia– para obtener una ventaja a su favor que de otra manera no hubiera tenido. En este caso, *la discapacidad de la persona puede determinar la falta de capacidad para prever las consecuencias de sus actos o su inexperiencia o la ignorancia especial respecto del contrato que se celebra* [cfr. esto con lo que García Rubio considera, *supra* [3] c)]*, situación que es aprovechada por la contraparte para obtener una posición ventajosa o mejorada que no obtendría de no ser por ello. La ventaja ha de ser injusta en sí misma, aunque no exige la norma que el resultado de dicha ventaja sea especial o notoriamente desproporcionado u oneroso para la persona con discapacidad. En otras palabras, no hay una cuantificación de la lesión que dicha ventaja produce en la persona con discapacidad»* [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) nota 45 de p. 49].

[445] Según De Amunátegui Rodríguez: «–El otro requisito, alternativo, es que el contratante obtenga una ventaja injusta. Se trata este de un concepto que se incluye por primera vez en el CC que se asocia a supuestos de asimetría contractual, recogido en textos europeos (Draft y Propuesta de Reglamento europeo relativo a la compraventa). En este caso parece asociarse a la mala fe, en el sentido de aprovecharse de la debilidad o vulnerabilidad para la obtención de una ventaja injusta. No se recogen previsiones sobre cuantificación de esa ventaja al modo de una rescisión por lesión, ventaja que, sin duda, debe probar el titular de la medida de apoyo.

No se define en el CC, aunque se recogen nociones cercanas en Derechos civiles autonómicos, artículo 621-45 CCCat [que transcribo *supra* [3] c) [A.1]], en relación con la rescisión, y en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores se menciona dentro de los vicios del consentimiento en el artículo 527-9 [que transcribo *infra* nota 478 a)]» [(2022) p. 96; salvo la primera frase, el texto reproducido es continuación del que reproduzco *supra* nota 419].

[446] Para Jarufe Contreras: «Sabemos que la ventaja injusta responde a la necesidad de protección del contratante más débil, en este caso de aquella persona con discapacidad que debía actuar con apoyos y no lo hizo [art. 1302.3 CC], generándose una desproporción en las prestaciones de las partes.

Pero, en primer lugar, no define el legislador español qué entiende por ventaja injusta, ni tampoco si su apreciación se ajustará a algún parámetro objetivo de desproporción. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que pudiera traer consigo importantes problemas de interpretación o que podría significar su uso indiscriminado, lo que desvirtuaría su rol protector. En este sentido, se ha discutido acerca de la pertinencia o no de establecer fórmulas específicas como parámetros para la constatación de la figura: algo

no «distingue […] si la regla de la ventaja injusta se aplica a todos los contratos o solo a los onerosos», podrá anularse «la donación otorgada por la persona con discapacidad lo que resulta claramente conveniente en un ámbito ciertamente propio para la influencia indebida» [447]. Sobre la prueba de la ventaja injusta, la presente autora precisa que ha de acreditarla «el titular del apoyo como requisito para su legitimación en orden a impugnar el contrato» [448].

d) Conectando con la prueba (propuestas de presunción *de lege ferenda* e *iuris tantum*), Barceló Compte muestra especial preocupación por ella, ante su dificultad, tanto para el requisito objetivo de la ventaja injusta [449], del que

---

así como lo que opera en algunos ordenamientos jurídicos respecto de la definición de la lesión enorme: por ejemplo, que una de las partes, en este caso, la persona con discapacidad que debía actuar con apoyo, recibe menos del duplo o paga más del doble, en cuyo caso podrá solicitarse la rescisión del contrato (figura que opera solo en algunos contratos onerosos en el Derecho civil chileno, pero que no se basa en motivos específicos sino únicamente en la ocurrencia de la desproporción dentro de aquellos parámetros); o como ocurre en el derecho civil peruano en el que se establece el derecho civil italiano, en el que se establece la posibilidad de accionar únicamente si la desventaja de una de las partes equivale a más de la mitad del valor de la prestación de la contraria» [(2022) p. 466].

[447] Según Álvarez Lata: «*Tampoco distingue la norma* [art. 1302.3. II CC] *aquí si la regla de la ventaja injusta se aplica a todos los contratos o solo a los onerosos.* Así las cosas, dados los términos del artículo 1302 CC, pueden anularse por el curador o por los demás titulares legitimados, según hemos dicho, también la donación otorgada por la persona con discapacidad lo que resulta claramente conveniente en un ámbito ciertamente propicio para la influencia indebida. *En cualquier caso, la concurrencia de la ventaja injusta habrá de acreditarse por el titular del apoyo como requisito para su legitimación en orden a impugnar el contrato»* [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) nota 45 de p. 49].

[448] *Vid.* la última frase del texto de Álvarez Lata que transcribo en la nota inmediatamente anterior a esta; también lo defiende De Amunátegui Rodríguez, *supra* nota 445.

[449] A propósito del requisito objetivo de la ventaja injusta del artículo 1302.3 CC, Barceló Compte realiza las siguientes consideraciones, sobre cómo se valora la justicia material del contrato en dicho artículo 1302.3 CC (cambio de paradigma) frente a la regla del Código civil de inadmisión de la lesión con carácter general. Dice así:

«Cabe señalar aquí que en el marco del Código civil la exclusión general de la rescisión por lesión en general (arts. 1290 ss.) determina una apariencia de innecesaria equivalencia entre las prestaciones intercambiadas por las partes.

En el Código civil, los contratos onerosos sobre bienes inmuebles no son, por regla general, rescindibles por razón del precio, más o menos lesivo, fijado a cambio del bien inmueble. Los supuestos de rescisión que enumera el Código son distintos entre ellos pero en todos existe el perjuicio económico, derivado de la propia estructura del intercambio (*ex* artículos 1291.1 y 2 CC); o que supone un detrimento para la solvencia de uno de los contratantes (dificulta la cobrabilidad del crédito a algunos de los acreedores *ex* artículo 1291.3) o como mecanismo para proteger la oposición de un litigante (art. 1291.4 CC). Constatamos [Barceló Compte], pues, que el codificador estatal establece de modo contundente el carácter excepcional de la rescisión por lesión en sentido estricto, esto es, aquella que toma como punto de partida un precio considerado justo, sin que sea necesario que concurran circunstancias subjetivas en uno de los contratantes para que triunfe la ineficacia del contrato por lesión económica.

Sin embargo, la introducción de la ventaja injusta en el artículo 1302.3 CC supone un cambio de paradigma con relación a la reticencia del legislador a la valoración de la justicia material del contrato. Considerando todo ello en su conjunto […], hubiera sido plausible y oportuno la integración e incorporación de una norma con alcance general de protección del contratante débil: una norma que contemplara el equilibrio del contrato y la correcta formación de la voluntad contractual, tal y como se observa en el artículo 621-45 CCCat [que transcribo *supra*, [3] c) [A.1]; dicha norma aúna el presupuesto típico de la causa onerosa –ya que se fundamenta en el objeto del contrato– y protege, a la vez, una libre formación

me he ocupado en la anterior c) de este [20], como para los otros dos requisitos subjetivos de la ventaja injusta del artículo 1302.3 CC (persona con discapacidad y medidas de apoyo, y explotación por parte de la otra parte), de los que me ocuparé en la siguiente e) de este [20] [450].

Concretamente, Barceló Compte propone la adopción de las dos siguientes presunciones. Una consiste en que, si la desproporción alcanza el umbral de la mitad (50%), debiendo probar «el contratante con discapacidad o su prestador de apoyo» que en el momento de la celebración del contrato «el valor de la contraprestación que recibió fue inferior a la mitad del valor de su prestación», «se presumiría el requisito objetivo» de la ventaja injusta, reduciéndose así «la arbitrariedad judicial» y preservándose «la seguridad contractual» [451]. La segunda presunción *de lege ferenda* consiste en que, «a partir del desequilibrio importante entre las prestaciones contractuales (presumido, asimismo,

---

del consentimiento contractual. Este es el presupuesto último de la ventaja injusta: la emisión de una voluntad libre, informada y reflexiva» [*ADC* (2024) pp. 558-560].

[450] En los siguientes fragmentos, Barceló Compte señala el conjunto de los requisitos subjetivos y el objetivo de la ventaja injusta del artículo 1302.3 CC:

a) «con relación a la reforma operada por la LRAPD [Ley 8/2021] necesariamente la referencia a la ventaja injusta conllevará implícita una lesión –económica– o una ventaja manifiestamente injusta. Es decir, la impugnación con éxito del contrato celebrado por una persona con discapacidad prescindiendo de los apoyos vendrá condicionada por las posibilidades de probar la existencia de una ventaja injusta (como elemento objetivo […]) y los dos elementos subjetivos que describe la norma (el abuso de la situación y el hecho de que la parte que sale beneficiada era conocedora de la situación de discapacidad y de las medidas de apoyo precisas para contratar). Habrá situaciones en las que un contrato celebrado por una persona con discapacidad sin el apoyo preciso no redundará en una situación de ventaja injusta (elemento objetivo) en la contraparte o esta no se habrá aprovechado de la ausencia de medidas de apoyo en el contratante con discapacidad y, por lo tanto, el contrato debería mantener su eficacia ya que la norma exige la concurrencia de los tres elementos: el elemento objetivo relativo a la desproporción y los dos elementos subjetivos: la situación de debilidad, que el presupuesto de la reforma [de la Ley 8/2021] limita a la prescindencia de las medidas de apoyo, y el aprovechamiento de tal ausencia en la contraparte» [*ADC* (2024) p. 557-558].

b) «*o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta»* [esta cursiva del original]

La segunda parte del precepto [art. 1302.2. II CC] ya resulta más clara, cuando señala que «se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta». Aquí si observamos la relación de elementos subjetivos (el aprovechamiento y la situación de discapacidad en uno de los contratantes al que se le han previsto medidas de apoyo) y objetivos (ventaja injusta como elemento objetivo)» (p. 570).

c) «Existe un contexto negocial que propicia una voluntad que no basta, *per se,* para anular el contrato. La institución [de la ventaja injusta] se triangula entre el elemento objetivo de la desproporción y los subjetivos divididos en el estado negocial en el que se encuentra una parte (en el caso de la reforma [de la Ley 8/2021], la discapacidad y la provisión de medidas de apoyo) y el elemento relativo a la explotación de dicho estado por la otra, mermando su capacidad de negociación y resultando en la celebración de un contrato altamente injusto. Si alguno de los tres elementos no concurre, la acción no debería prosperar. De este modo se protege el interés de la contraparte que […] no ha causado el estado de debilidad (o la situación de discapacidad) del contratante débil. Este contratante más fuerte sólo se verá perjudicado si se aprovecha injustificadamente de la situación de discapacidad de la otra parte obteniendo, a través de ello, una ventaja injusta» (p. 573).

[451] *Vid. infra* nota 453 a) para el texto de Barceló Compte.

en el [anterior] umbral del cincuenta por ciento)» podría presumirse «los dos requisitos subjetivos [de la ventaja injusta]: el abuso de dicha situación con el fin de obtener un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta, así como, también, la vulnerabilidad recogida en el Código civil por una situación de discapacidad limitada a la prescindencia de las medidas de apoyo previstas», facilitándosele «la carga probatoria de las circunstancias subjetivas a la parte débil» [452]. Con lo anterior, apunta Barceló Compte, «a la parte beneficiada por el contrato» le correspondería probar que no abusó, o no se aprovechó, «de la situación de la otra parte y que el contratante perjudicado ni era persona con discapacidad ni tenía medidas de apoyo previstas» [453].

---

[452] *Vid.* la nota inmediatamente siguiente a esta, a) y b), para el texto de Barceló Compte.

[453] a) Según Barceló Compte:

«Como se observa de la regulación de la figura [de la ventaja injusta], ya sea con carácter general (por ejemplo, […] artículo 621-45 CCCat [que transcribo *supra* [3] c) [A.1]]), o con carácter limitado (art. 1302.3 CC), a nivel procesal, las posibilidades de éxito de la acción dependerán, en gran parte, pues, del logro probatorio con relación a los elementos que conforman la figura (especialmente la ventaja obtenida y el abuso y conocimiento del estado de debilidad, en el caso de la reforma [por Ley 8/2021], de la prescindencia de las medidas de apoyo precisas para el contratante con discapacidad). Por todo ello, el resultado favorable al contratante con discapacidad se verá condicionado por la actividad probatoria desplegada, lo que elevará el nivel de exigencia y dificultará, en consecuencia, el éxito de la impugnación del contrato celebrado.

[…]

Dada la dificultad probatoria señalada *supra,* consideramos [Barceló Compte] que el elemento objetivo de la desproporción entre las prestaciones podría presumirse (en una propuesta *de lege ferenda*), […] cuando alcanzara el umbral de la mitad. Es decir, podríamos presumir la existencia de una ventaja injusta (elemento objetivo) cuando el desequilibrio entre prestaciones de las partes consiguiera llegar al límite del cincuenta por ciento. En tal propuesta, la parte perjudicada (el contratante con discapacidad o su prestador de apoyo, al estar legitimado), debería probar que en el momento de la conclusión del contrato el valor de la contraprestación que recibió fue inferior a la mitad del valor de su prestación; probado ello, se presumiría el elemento objetivo de la norma. La acreditación de esta asimetría prestacional reduciría la arbitrariedad judicial ante la dificultad de determinar qué se entiende por desproporción excesiva entre las prestaciones y preservaría, asimismo, la seguridad contractual. Además, sería conveniente establecer una segunda presunción, tal y como hace la lesión quebenquense: a partir del desequilibrio importante entre las prestaciones contractuales (presumido, asimismo, en el umbral del cincuenta por ciento), podríamos presumir, también, los dos requisitos subjetivos: el abuso de dicha situación con el fin de obtener un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta así como, también, la vulnerabilidad, recogida en el Código civil por una situación de discapacidad limitada a la prescindencia de las medidas de apoyo previstas. Ello facilitaría la carga probatoria de las circunstancias subjetivas a la parte débil (al contratante con discapacidad o, en su caso, al prestador de apoyos). En resumen, presumido el elemento objetivo alcanzado el umbral del 50%, podemos presumir los elementos subjetivos que describe el artículo 1302.3 CC, segundo párrafo: que el otro contratante era conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o que se había aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad y la situación de discapacidad del contratante perjudicado al que se le habían constituido medidas de apoyo. Ello facilitaría la apreciación de los requisitos apuntados por los elementos subjetivos de la figura y correspondería a la parte beneficiada por el contrato la carga de probar que no había abusado o no se había aprovechado de la situación de la otra parte y que el contratante perjudicado ni era persona con discapacidad ni tenía medidas de apoyo previstas.

De lege data, como decimos [Barceló Compte], el problema reside, entre otros, en la publicidad restringida de los datos relativos a la discapacidad y a la existencia de medidas de apoyo, ya que será muy

En cambio, «[s]i no se alcanza» el anterior umbral «(que hemos propuesto [Barceló Compte] de la mitad del valor entre las prestaciones intercambiadas), ello no significa que el contrato no pueda anularse», pero «será necesaria una mayor actividad probatoria», pues «debería probarse que existe tal ventaja

difícil para el contratante con discapacidad acreditar que el otro era conocedor de dicha circunstancia, aunque recordemos que el artículo [1302.3 CC] también cubre aquellos casos en los que se hubiera aprovechado de otro modo (lo cual nos hace pensar [Barceló Compte] que aunque la parte beneficiada fuera ignorante de la existencia de medidas de apoyo, era inexcusable que ignorara que la otra parte era un contratante con discapacidad o no era justificable no tener la mera sospecha de ello). Por ello, la presunción propuesta *de lege ferenda*, permitiría superar el escollo de la publicidad de dichos datos. De otro modo, si la ventaja excesiva no llegara al umbral del cincuenta por ciento, la acción igualmente podría prosperar pero el nivel de exigencia probatoria se elevaría para el demandante (contratante con discapacidad o prestador de apoyos)» [*ADC* (2024) pp. 576-580; además, p. 581].

b) «Ello nos lleva a considerar [Barceló Compte] que esta situación determina una carga prenegocial implícita en la parte beneficiada por el negocio jurídico; ante una demanda de anulación del contrato por ventaja injusta, si contemplamos la posibilidad de presumir dicha explotación cuando la desproporción exceda del 50% del valor total del intercambio (en una propuesta *de lege ferenda*), cabe la posibilidad de que la parte demandada refute dicha presunción alegando la inexistencia de un abuso o explotación del estado de debilidad de la otra parte» (pp. 573-574).

c) Ya en 2019, Barceló Compte defendía la adopción de una presunción de existencia de lesión económica cuando la desproporción de las prestaciones alcanzase el 50%, y la adopción de otra presunción consistente en que a partir del desequilibrio importante entre las prestaciones contractuales (presumido, además, en el umbral del 50%) se presumiera la situación de debilidad y el abuso de dicha situación para obtener un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta [Fenoy Picón (2023) nota 1281 de p. 672, en a)].

En 2016, Ginés Castellet también proponía la adopción *de lege ferenda* de esas dos presunciones (nota 1282 de pp. 673-674)

d) Traslándome al derecho catalán, por regularse, en él, tanto la ventaja injusta [art. 621-45 CCCat, que transcribo *supra* [3] c) [A.1]] como la lesión en más de la mitad [art. 621-46 CCCat, que transcribo *supra* nota 431, b)], surge la cuestión de su interrelación. Para Barceló Compte, «si "[e]l perjuicio excesivo que experimenta la parte débil es una lesión por debajo de la mitad (lesión *citra dimidium*)" se aplica la ventaja injusta del artículo 621-45 CCCat, mientras que si el perjuicio alcanza el umbral del 50 por 100, la cuestión recibiría respuesta a través del artículo 621-46 CCCat, el relativo a la lesión en más de la mitad» [Fenoy Picón (2023) [136] [C] p. 665].

Por otro lado, Barceló Compte «*cuestiona* "el actual mantenimiento de la rescisión por lesión [en el derecho catalán] ya que la introducción de la ventaja injusta integra en su contenido el elemento objetivo caracterizador de la *laesio enormis;* [y] *entendemos* [Barceló Compte] *que no era necesaria una regulación paralela relativa únicamente al desequilibrio intrínseco en el contrato; la nueva regulación de los artículos 621-45 y 621-46 CCCat denota una duplicidad del objetivo protector de la parte débil, innecesario bajo nuestro punto de vista"»* (cursiva del original; [136] [D.4] p. 671).

Y para Barceló Compte, «*"la solución idónea* [para el derecho catalán] *hubiera sido fusionar la lesión en más de la mitad en el seno de la ventaja injusta presuponiendo el abuso o aprovechamiento de una situación de debilidad cuando el valor de la prestación recibida en el momento de la conclusión del contrato fuera inferior a la mitad del valor de la prestación que se hace* […]*; ello permitiría una conjunción en un mismo precepto de los elementos objetivos de la rescisión por lesión y los subjetivos del abuso o aprovechamiento de la ventaja injusta"* […]. E inmediatamente señala [Barceló Compte] que "es la opción que desarrollan Del Pozo Carrascosa, Bosch Capdevila y Vaquer Aloy [apellidos, mayúsculas en el origina] en su propuesta de regulación, soldando la lesión en más de la mitad en el presupuesto de la ventaja injusta, presumiendo el beneficio excesivo cuando la lesión sea superior al 50 por 100 y facilitando, así, la carga probatoria de las circunstancias subjetivas a la parte débil"» (cursiva del original; [136] [D.4] p. 672).

Infra nota 478 b.1), transcribo el artículo 56 P Bosch/Del Pozo/Vaquer, en cuyo apartado 2 se dispone la presunción a la que se refiere Barceló Compte; *vid.* también *infra* nota 455, b).

excesiva (elemento objetivo), no afectando «al resto de requisitos [subjetivos] exigidos» [454] [455].

e) Finalmente, quedan los dos requisitos subjetivos de la ventaja injusta del artículo 1302.3 CC [456] (*cuarta y última cuestión*).

Uno de ellos es, señala Barceló Compte, «el estado o situación de debilidad de una de las partes», que en el supuesto del artículo 1302.3 CC «es la prescindencia de las medidas de apoyo previstas y precisas para el contratante con discapacidad, lo cual lo hace más vulnerable»; «la reforma del Código civil de 2021 lo centraliza [el estado de debilidad] en la circunstancia de la discapacidad que tiene uno de los contratantes» [457].

El otro requisito subjetivo, explica Barceló Compte, trata del «abuso o la explotación de dicho estado de debilidad para obtener una ventaja injusta o un beneficio excesivo» por el otro contratante [458]; «se relaciona con el aprovechamiento por la contraparte de la circunstancia de debilidad (de la discapacidad y de la prescindencia de las medidas de apoyo, en el supuesto de la reforma [de la Ley 8/2021])» [459].

Ahora bien, admitiéndose el supuesto en que el otro contratante conozca, ¿ha también de admitirse el de, si debería (hubiera debido) de conocer? Se ha visto que el artículo 1302.3. II CC apunta al conocimiento («fuera conocedor» se dice) «de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación»; y que, en el mismo también se dispone, «o se hubiera aprovechado de

---

[454] Barceló Compte, *ADC* (2024) p. 561; sobre esto y para su opinión en 2018, Fenoy Picón (2023) nota 1281 de pp. 672-673.

[455] a) En el artículo 527-9 PCCAPPDC [que transcribo *infra* nota 478 a.1)] nada se indica a propósito de la prueba.

b) b.1) En cambio en el artículo 56.2 P Bosch/Del Pozo/Vaquer se dispone que «[l]os requisitos exigidos por el apartado 1 de este artículo para la anulación del contrato se presumen cuando la parte perjudicada prueba que, en el momento de la conclusión del contrato, el valor de la contraprestación que recibe es inferior a la mitad del valor de su prestación», presunción *iuris tantum* [transcribo todo el artículo 56, *infra* nota 478, b.1)].

b.2) En su comentario a dicho artículo 56, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican: «Resulta obvia la dificultad de apreciación y de prueba de la concurrencia de algunos de los requisitos apuntados [en el artículo 56.1 P Bosch/Del Pozo/Vaquer], como, por ejemplo, la calificación de "angustiosa" de la situación económica, el conocimiento por la otra parte de la situación de debilidad de la víctima, o el alcance del concepto de "beneficio excesivo" o "ventaja injusta". Por ello, y con la finalidad de objetivizar de alguna manera una institución basada en circunstancias subjetivas, se presume, con carácter *iuris tantum*, que si la lesión es superior al 50 por 100, existe un beneficio excesivo que podrá dar lugar a la anulación del contrato; cuando no se llegue a este porcentaje, o la ventaja no se pueda cuantificar en estas magnitudes, el contrato también se podrá anular si se consiguen acreditar los requisitos antes apuntados» [(2016) p. 204].

[456] Recuerdo (*supra* nota 450) que Barceló Compte considera que la ventaja injusta del artículo 1302.3 CC exige dos requisitos subjetivos y un tercero objetivo.

[457] Barceló Compte, *ADC* (2024) p. 562.

[458] Barceló Compte, *ADC* (2024) p. 562.

[459] Barceló Compte, *ADC* (2024) p. 563

otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta». Sobre «[e]sta [otra y última] parte del artículo [1302. II CC], [Barceló Compte considera que] se puede relacionar con lo que señala la norma catalana "y la otra parte conocía o debía conocer esta situación, se aprovechó de ello" [del artículo 621-45.1 CCCat, que transcribo *supra* [3] c) [A.1]]; por lo tanto, [continúa Barceló Compte], aun no siendo conocedor [la otra parte] (se puede generar cierta confusión con dicha expresión "conocía o debía conocer esta situación"; ¿se está refiriendo al supuesto de la existencia de medidas de apoyo? ¿o a la situación de discapacidad, con o sin medidas de apoyo previstas?) era inexcusable que no lo fuera [conocedor] (o es razonable pensar que la parte beneficiada era conocedora de la existencia de medidas de apoyo o de la situación de discapacidad) y por ello, la obtención de la ventaja injusta se produce como consecuencia de ello» [460].

Por su parte, Alberruche Díaz-Flores, considera que el «se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad» del artículo 1302.3. II CC «(se está refiriendo a los casos en los que no han sido asignadas medidas de apoyo, o, que estando asignadas no las conoce, pero es consciente de la discapacidad de la otra parte porque es evidente) esto es, que el otro contratante haya obrado de mala fe» [461]. Y para Parra Lucán, para «el aprovechamiento por el tercero de una ventaja injusta» del artículo 1302.3.II *in fine* CC, indica, «por ejemplo, no sabe que existe apoyo pero aprecia la discapacidad, las dificultades cognitivas de la otra parte, y celebra un contrato ventajoso para él y, cabe pensar, en detrimento de la persona con discapacidad» [462].

[21] Una vez que he expuesto el concepto de dolo según la tesis estricta (o restringida) y según la tesis amplia, y también el de la ventaja injusta y sus requisitos en el Código civil (*supra* [17]-[20]), es momento de que plantee si la introducción de la ventaja injusta por Ley 8/2021 ¿impide que pueda seguir defendiéndose la tesis amplia del dolo? O dicho de otro modo, ¿la acogida de la ventaja injusta impone que haya de acogerse la tesis estricta del dolo?

---

[460] Barceló Compte, *ADC* (2024) pp. 570-571; continúa: «Algunos autores señalan que con dicha expresión el legislador deja la puerta abierta a todo tipo de situaciones en las que el otro contratante ha obtenido una ventaja que, por el hecho de hacerlo aprovechándose de la discapacidad de la persona, tendría la consideración de injusta» (y en nota 113 de 571, Barceló Compte cita a Alberruche Díaz-Flores).

Además: «entendemos [Barceló Compte] que es suficiente que se aprovechara con conocimiento del estado de debilidad de la otra parte» (p. 571); «[l]o señalado por el artículo 1302.3 CC, segundo párrafo (*o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad* [cursiva del original]) nos dirige a esta última línea: era inexcusable para la contraparte el desconocer tal situación de discapacidad» (pp. 571-572).

[461] Alberruche Díaz-Flores (2022) p. 507.

[462] El fragmento del cuerpo del texto se encuentra en el texto que de Parra Lucán reproduzco *supra* nota 420.

En mi opinión, la respuesta es negativa. Considero que se puede continuar admitiendo la tesis amplia del dolo, si se es partidario de ella.

> [A] *Los vicios del consentimiento contractual y la persona con discapacidad tras la Ley 8/2021: una reflexión previa*
>
> Al respecto, apunta De Amunátegui Rodríguez:
>
> «¿Qué sucede con los vicios del consentimiento? ¿Quedan de alguna manera afectados? ¿Pueden juzgarse con menor rigor en el caso de quien preste el consentimiento sea una persona con discapacidad? Tampoco me queda claro [De Amunátegui Rodríguez] qué sucederá ante los tribunales, es cierto que una persona con discapacidad es un sujeto vulnerable, y así se viene considerando en numerosos campos como el testamento o la contratación con consumidores, por lo que a la hora de juzgar los efectos de una intimidación o de un error (posiblemente el vicio más presente) podrían tenerse en cuenta sus circunstancias especiales, pero debería actuarse con rigor por los tribunales. Estamos acostumbrados en sede judicial a ver mezcladas las cuestiones sobre capacidad en las que el anterior [artículo] 1263 [CC] se presenta junto a supuestos de error o intimidación (lo mismo que vemos en testamentos) y creo [De Amunátegui Rodríguez] que se impone un mayor rigor en el tratamiento de estas cuestiones.
>
> En el supuesto de dolo, el tratamiento general del vicio y sus consecuencias serían aplicables como en cualquier otra situación.
>
> La apreciación de los vicios puede servir como medio de impugnación con independencia de que tenga o no apoyo [la persona con discapacidad], si bien si los tiene y no cuenta con ellos tendríamos la posibilidad de impugnación más sencilla que es la que se refiere el artículo 1302. Creo [De Amunátegui Rodríguez] que en todos estos casos deberá atender el juez a resolver con firmeza, en base a las premisas y principios de la ley, a no "dejarse llevar" de un excesivo ánimo de protección para las actuaciones de las personas con discapacidad que hayan devengado en malos resultados, permitiendo que entre por la ventana aquello a lo que se cierra por la puerta o se conviertan los vicios en un "cajón de sastre"». [463]

Pues bien, antes de ofrecer las razones de mi anterior opinión y respuesta negativa, voy a hacer las dos siguientes consideraciones.

a) La primera se refiere a la filosofía que fundamenta (que subyace en) la Ley 8/2021. Por un lado, apunta por ejemplo García Rubio, «las personas con discapacidad, incluida aquella que afecta a los aspectos mentales o psicosociales que *a priori* pueden incidir en la toma de decisiones y en la formación y expresión de la voluntad negocial, tienen la misma capacidad de contratar que todas las demás y, por añadidura, tienen derecho a hacerlo con los apoyos

[463] De Amunátegui Rodríguez (2022) pp. 91-92.

que precisen, como claramente impone el artículo 12.3 CDPD» [464]. Por otro lado, en el artículo 1302.3 CC está presente la protección del otro contratante (del que contrató con la persona con discapacidad; la protección de su confianza en la validez del contrato), lo que se plasma en que el contrato que celebró con la persona con discapacidad que contaba con medidas de apoyo y prescin-

[464] a) La afirmación de García Rubio, que reproduzco en el cuerpo del texto, se encuentra dentro del texto más amplio que reproduzco *supra* nota 404 a.1).

b) Sobre lo que se pretende con la reforma de la Ley 8/2021, según Álvarez Lata: «[p]reviamente a delimitar su significado [el de la "capacidad para contratar de las personas con discapacidad"] es preciso realizar una serie de anotaciones para fijar su contexto y precedentes:

1.º El sistema de la Ley 8/2021 y de la CDPD se inspira en un modelo que se desvía de la regulación de la capacidad y de la toma de decisiones vigente antes de la reforma en nuestro país. Por un lado, el artículo 12.2 CDPD determina que la tradicional dicotomía de nuestro sistema entre capacidad jurídica y capacidad de obrar desaparece y ello irrumpe en el clásico esquema bifronte del Derecho español, concentrando en la noción de capacidad jurídica la "capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho" que no admite graduación ni limitación ni restricción de ninguna especie. Sobre la toma de decisiones, la Observación General núm. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2014 establece que "el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutivas a otro que se base en el apoyo para tomarlas". Dicha Observación núm. 1 también diferencia entre la capacidad jurídica (que integra la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para ejercer esos derechos y obligaciones) y la capacidad mental (que define como la aptitud o habilidad para la toma de decisiones). Y reconoce, como no puede ser de otra forma, la diversidad de la capacidad mental, pues las personas pueden tener diferentes aptitudes para la toma de decisiones, indicando –en consonancia con el modelo social– que en estas aptitudes influyen factores individuales, pero también sociales y ambientales» (párr. 14). En dicha Observación se aclara que el artículo 12.2 CDPD prohíbe restringir la capacidad jurídica apelando a las diferencias existentes en la capacidad mental de las personas (párr. 16); así las cosas, considera que, cuando las diferencias en la capacidad mental determinen dificultades en la toma de sus decisiones, la respuesta no puede consistir en privarles o limitarles la capacidad jurídica, sino en la adopción de "medidas pertinentes" para proporcionales acceso "al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica", tal y como se señala en el artículo 12.3 CDPD.

Este es el modelo de toma de decisiones en el que se fundamenta la nueva norma para las personas con discapacidad.

2.º Ha de partirse de la premisa de que, en este modelo, la protección de la persona con discapacidad ha dejado de ser un principio del sistema, por lo menos como posición oficial de la Ley 8/2021; numerosos pasajes de la Ley confirman que la autonomía de la persona con discapacidad doblega a la protección y que la voluntad, deseos y preferencias de la persona son sino el parámetro exclusivo de la medida de cualquier actuación, sí el preferente. Ello explica la desaparición de muchas de las medidas clásicas de protección contractual para la persona con discapacidad hasta ahora aplicables. La persona con discapacidad ya no se equipara al menor –que sí sigue participando de dichos mecanismos de protección contractual–. Independientemente de que se comparta o no esta posición, resulta evidente que es la que la nueva Ley ha diseñado. El problema, en ocasiones, deriva en que en la propia reforma intervienen normas que se separan de esa realidad preconcebida (a veces artificial, en cierta forma), lo que genera incongruencias a la hora de interpretar las diferentes reglas.

En cualquier caso, no podemos olvidarnos de que el sujeto destinatario de las normas que regulan la posición en el contrato de la persona con discapacidad es aquel que necesita apoyo para la toma de sus decisiones (independientemente de que tenga o no establecidas medidas de apoyo; cfr. DA 4.ª CC); en otras palabras, las personas que por sí mismas no pueden decidir de manera independiente, razón por la que precisan los ajustes de más o menos intensidad e intervención que se establecen. No obstante, da la impresión, en ocasiones, de que la Ley [8/2021] está pensando en una persona con discapacidad que ha tenido, y que mantiene, una cierta capacidad de formar su voluntad y tomar decisiones y se olvida de los casos en los que esa capacidad no existe o es muy limitada.» [«Artículo 1263» (2021) pp. 990-991].

dió de ellas, no podrá anularse si no se reúnen los requisitos exigidos aquel artículo 1302.3 CC [465]. Advierten García Rubio/Varela Castro, que «[…], en todo momento» estuvo «presente ese constante y subyacente choque entre los tres intereses a tutelar […]: la autonomía de la persona con discapacidad, su tutela jurídíca [*sic*] y la confianza de terceros» [466].

---

[465] Álvarez Lata explica: «Frente al sistema anterior –aquí reside, a mi juicio [Álvarez Lata], la mayor novedad–, la capacidad para contratar es la regla general, también para la persona con discapacidad cuando se han establecido las medidas de apoyo. Afirmación que no parece discutible para la esfera de actos y negocios respecto de los que no se han determinado expresamente medidas de apoyo –la capacidad conservada–, para los que no rige principio alguno de presunción de no capacidad: para los actos que no se señalen como precisados de la medida de apoyo, la persona conserva su íntegra capacidad. Pero, a la luz del actual artículo 1302 CC, cabe mantener que la propia persona con discapacidad la conserva también para realizar actos o negocios para los que se hayan establecido medidas de apoyo, por lo menos frente al contratante de buena fe (*rectius*; aquel que no esté en las circunstancias del artículo 1302.3 CC). Y ello porque según el artículo 1302 CC no es impugnable –salvo que lo haga ella misma– el contrato realizado por la persona con discapacidad en el que se ha prescindido del apoyo si el cocontratante es de buena fe, por lo que cabe perfectamente en el sistema, como ya se ha dicho, la actuación válida de la persona también en ese ámbito de actuación otrora negada […]» [«Artículo 1263» (2021) p. 994].

[466] a) García Rubio/Varela Castro, «Artículo 1302» (2022) p. 646.

Antes señalan: «El artículo 1302 CC, que incluye ahora los requerimientos que permiten la anulación del contrato en supuestos de minoría de edad o de discapacidad de uno de los contratantes, constituye, en lo que atañe a esta última hipótesis, una de las claves de bóveda del sistema que pretende instaurar la LRAPD [Ley 8/2021]. Ha sido –y seguro que seguirá siendo– un precepto muy controvertido. Durante la tramitación parlamentaria de la reforma fue objeto de numerosas enmiendas e incluso antes de su versión definitiva ha acaparado –junto a sus preceptos concordantes– la atención de autores muy reconocidos, […]. La razón de fondo es que en materia de anulabilidad el legislador se topó con la dificultad de hacer conciliable el nuevo concepto de discapacidad con un régimen contractual que no puede discriminar a las personas con dificultades para tomar decisiones por razón de dicha discapacidad, al mismo tiempo tampoco puede dejarlas al albur de eventuales abusos por parte de los terceros y, por añadidura, debe proteger en lo posible la confianza depositada por quienes contratan con ellas […]» (pp. 645-646).

b) Por su parte, Álvarez Lata considera (valora) como acierto la norma del artículo 1302.3 CC, si bien reconoce que chirría, que parece entrar en contradicción con los principios de autonomía e igualdad que establece la Ley 8/2021. Explica:

«[…] los artículos 1301 y 1302 CC inciden en que la anulabilidad podrá darse en los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas "cuando fueren precisas", por lo que no cabrá impugnar el acto de la persona con discapacidad que aun provista de medidas de apoyo no afecta a los actos señalados expresamente y por ello no es necesaria. Ello en coherencia con la conservación de la capacidad contractual de la persona, tal como se explicó en el comentario del artículo 1263 CC […] [*vid.* la nota inmediatamente anterior a esta].

En estos casos, la anulabilidad supone la posibilidad de que la persona con discapacidad en tales circunstancias revierta la eficacia del contrato realizado sin otra valoración ni acreditación de ulterior requisito; solo los titulares de los apoyos habrán de probar las circunstancias del artículo 1302 CC para estar legitimados, restringiendo su control sobre lo actuado por la persona como se señalará. Téngase en cuenta por tanto que, al igual que en el sistema anterior, se sigue concediendo la posibilidad de que la persona con discapacidad por el hecho de tener una discapacidad anule un acto que ella ha realizado sin los apoyos previstos; lo cual aunque no deja de ser, a mi juicio [Álvarez Lata], un acierto de un legislador pragmático en tanto que facilitará buena parte de las situaciones contractuales comprometidas para la persona con discapacidad, parece entrar en contradicción con los principios de autonomía e igualdad instituidos por la reforma si se enarbolan en grado superlativo –y asimismo con lo que expresamos en algún pasaje acerca de la "regla de no protección"–. En efecto, la anulabilidad como forma de ineficacia contractual está claramente ligada con el reconocimiento de la vulnerabilidad o debilidad de un contratante –el que puede subvertir la eficacia del contrato– y supone el reconocimiento de una pro-

b) La segunda consideración posee carácter más amplio que la realizada en la anterior a), puesto que no se limita a la persona con discapacidad (y de ella también trato *infra* [23] para la ventaja excesiva del artículo 1301. I PMCC 2009).

Teniendo mi siguiente afirmación un carácter general, según algunos autores, la ventaja injusta se diferencia del dolo activo en que, en este, existe un comportamiento positivo del otro contratante (maniobras, mentiras, etc.), lo que no sucede en la ventaja injusta. En esta última, el otro contratante se encuentra con que la persona con la que contrata ya estaba en situación de vulnerabilidad. Lo que en la ventaja injusta sucede es, que el otro contratante, se aprovecha (abusa) de la existente y previa vulnerabilidad de su contratante, para celebrar el contrato.

Frente a lo que acabo de indicar, he de apuntar, por mi parte, que en la vida real no siempre sucede lo dicho de manera tan pura. En la vida real, existe una pluralidad de situaciones de vulnerabilidad y de circunstancias. Por ejemplo, en las relaciones de dependencia o de confianza, entra en lo posible que fueran provocadas (creadas) de antes por el comportamiento activo del contratante beneficiado; incluso en la dependencia, que esta fuera específicamente creada para la celebración de un específico contrato. Por supuesto, esto es mucho más difícil que pueda tener lugar, si bien podría suceder, para las situaciones de vulnerabilidad debidas a un estado de necesidad o de peligro [467], o de persona que fuera ignorante, inexperta. Y posiblemente mucho más difícil que pueda suceder en relación con la persona imprevisora, o la persona con discapacidad. En cuanto al dolo omisivo, al menos en aquellos casos en los que el contratante vulnerable sufrió un error, este habría debido ser deshecho por el otro contra-

---

tección para las personas con discapacidad frente al principio general de eficacia de los actos y negocios jurídicos –en ocasiones negada por la propia Ley en otras situaciones–. Como se ha dicho, chirría un poco que se le asigne a la persona una doble oportunidad: la persona con discapacidad puede prescindir del apoyo y puede asimismo anular el acto, sin asumir las consecuencias que otro debería admitir» [«Artículo 1301» (2021) pp. 1007-1008].

c) Y De Amunátegui Rodríguez: «Pasemos al artículo 1263. Se suprime en el mismo cualquier alusión a la persona con discapacidad como aparecía en el Anteproyecto. Parece querer consagrar como declaración de principio que todas las personas pueden contratar sin restricción alguna para ello, al constatar solo las limitaciones [que] afectan a los menores. Sin duda la afirmación –o ausencia de afirmación– es conforme con los principios de la Convención y de la Observación General, pero no podemos conferirle un valor absoluto.

Ya he comentado [De Amunátegui Rodríguez] que existen diversidad de posturas en cuanto a la relación de esta regulación con el artículo 1261 […].

Ahora bien, una vez suprimida la previa alusión a la discapacidad, entendida como una declaración absoluta de capacidad de contratar para todas las personas mayores de edad, observamos [De Amunátegui Rodríguez] que el CC la relativiza, y vuelve a tener en cuenta algunas atenuaciones a este rigor al regular la nulidad de los contratos, concretamente en el 1301, 1302, 1304 y 1314, […]» [(2022) pp. 92-93].

[467] En este sentido, por ejemplo, para el dolo y la necesidad apremiante de contratar, De La Maza Gazmuri/López Díaz apuntan que «tal necesidad fuera un error al que indujo el otro contratante» [*supra* nota 178, a.2)].

tante. En suma, no debe despreciarse que el dolo, entendido con la tesis amplia, pueda cubrir algunos de los supuestos encajables en la ventaja injusta.

Y fuera ya del supuesto de hecho del dolo y de la ventaja injusta, en el ámbito de los posibles remedios a ejercitar, también se ha apuntado por alguna autora problemas de diferenciación entre el dolo incidental (indemnización de daños y perjuicios) y la ventaja injusta (anulación y adaptación contractual).

Un pequeño muestreo de lo que vengo señalando en este b) son, por ejemplo, las explicaciones de Barceló Compte, y de García Rubio/Varela Castro, vigente el actual artículo 1302.3 CC, o las explicaciones de Gómez Calle, y de Yáñez Vivero, cuando todavía no existía el vigente artículo 1302.3 CC, como expongo en las siguientes [A] y [B].

[A] *El vigente artículo 1302.3 CC y las explicaciones de Barceló Compte, y García Rubio/Varela Castro*

[A.1] Según Barceló Compte:

«La peculiaridad de este vicio del negocio [del artículo 1302.3 CC; como vicio del negocio lo considera la autora, *supra* [3] c)] es que está predispuesto antes de la celebración del contrato; pero adquiere, relevancia, una vez que se ha celebrado éste. Las situaciones descritas por el contexto negocial del artículo II.-7:207.1 a) DCFR [que transcribo *supra* nota 435] y el artículo 621-45 CCCat [que transcribo *supra* [3] c) [A.1]] son previas a la celebración del contrato y están vinculadas a la parte débil como también lo es la discapacidad en uno de los contratantes del artículo 1302.3 CC. Un vicio potencial en la persona que deviene efectivo por la explotación de la otra parte. […] Cabe señalar, sin embargo, que en los casos de explotación o ventaja injusta, el riesgo de ser engañado es menor que en los casos de dolo; existe un riesgo de ser convencido, que no engañado, y ello exige algún tipo de expediente o institución que permita declarar la ineficacia del negocio o que permita su adaptación, precisamente éste [*sic*] último remedio [la adaptación] se contempla por ser menor el abuso o la explotación de la otra parte que en los casos de dolo, violencia o intimidación.

Pero, además, la explotación conductual no es suficiente: para que se den los presupuestos de la explotación injusta (institución) se necesita que la parte débil se encuentre en un contexto negocial determinado (situación de dependencia o confianza entre las partes, necesidades económicas o urgentes de la parte débil, o bien que ésta fuera ignorante, imprevisora, inexperta o falta de habilidad en la negociación) y un resultado desproporcionado en forma de ganancia para una de las partes. En el supuesto del Código civil [del artículo 1302.3 CC], la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la persona con discapacidad solo adquirirá relevancia (con relación a su potencial ineficacia) si el contrato resulta desequilibrado injustificadamente» [468].

[468] Barceló Compte, *ADC* (2024) pp. 566-567.

También de Barceló Compte:

> «La ubicación sistemática de la figura [del artículo 1302.3 CC] rebela [*sic*] su dificultad atendida la naturaleza compleja de la figura: podemos [Barceló Compte] hablar de una suerte de vicio potencial, que impide que el consentimiento prestado por la parte débil sea del todo libre. Así, se distancia de los tradicionales vicios del consentimiento, ya que, en los supuestos de explotación o ventaja injusta, la parte beneficiada no ha creado ese contexto negocial ni ha contribuido a hacer más débil (en términos contractuales) a la otra parte. Es un determinado espacio contractual en el que se encuentra la parte perjudicada y en la que la otra no ha tenido ninguna intervención. Podemos hablar de una suerte de actuación cuasi dolosa de la parte beneficiada en la perjudicada ("cuasi dolo" o "seudo dolo"). La figura se enmarca en un fenómeno próximo a un vicio del consentimiento, pero constituye una causa autónoma de protección de la parte débil ya que exige una desproporción objetiva entre las prestaciones intercambiadas y por ello se sitúa entre un vicio de la voluntad y un vicio de la causa» [469].

---

[469] a) Barceló Compte *ADC* (2024) p. 563.

b) En 2023 explicaba sobre Barceló Compte [que escribía en 2019, antes de la reforma del Código civil por Ley 8/2021, y para el art. 621-45 CCCat, que transcribo *supra* [3] c) [A.1]]:

«Según Barceló Compte, en la ventaja injusta, el beneficiado *no creó el contexto negocial, ni contribuyó a hacer contractualmente más débil a la otra parte, lo que no sucede en los vicios del consentimiento* (dolo, violencia), *en los que hay un comportamiento activo en su causación, y por lo anterior, para la relevancia jurídica de la ventaja injusta se exigen más requisitos que los de la propia y previa debilidad de la otra parte.* En diversas ocasiones, apunta Barceló Cómpte, en la ventaja injusta hay un *cuasi dolo* (no se llega, pues, al nivel del dolo vicio); hay un *vicio potencial.* Además, si bien entiende que *la distinción con el dolo causal* es clara, ya que este permite la anulación del contrato y la ventaja injusta la rescisión del contrato o su adaptación [en el derecho catalán] (los remedios son distintos), en lo que se refiere al *dolo incidental*, el cual solo permite la indemnización de daños y perjuicios, la distinción es difusa o tenue (la frontera es opaca)» [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) [137] a) pp. 674-675; en pp. 676-679 reproduzco los textos de Barceló Compte, en los que apoyaba mi anterior síntesis sobre su pensamiento].

c) Igualmente en 2023 me refería a Ginés Castellet (que escribía en 2016 para el entonces art. 621-45 del Proyecto de Ley del Libro VI del Código civil de Cataluña):

«Refiriéndose al artículo 621-45 del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat […], Ginés Castellet entiende que en la ventaja injusta *no se está ante un clásico vicio del consentimiento.* En su opinión, *en la ventaja injusta, existe en la parte perjudicada una suerte de hipótesis de consentimiento imperfecto, debido a la explotación desleal por la otra parte de la connatural situación de debilidad de la primera, lo que se traduce en un grave perjuicio, normalmente económico, pero, aunque no se tutele la intrínseca justicia del intercambio, sino la formal corrección en la toma de la decisión y realización del intercambio, la imperfección del proceso de contratación encierra, en sí, una valoración del contenido contractual (ha de haber ventaja injusta o excesiva). En cambio, los vicios del consentimiento (error, dolo, intimidación) suponen que la voluntad contractual no nace en las condiciones de conciencia y libertad que exige el ordenamiento para la válida formación de dicha voluntad, no importando cuál sea el contenido del contrato, y así, por muy equitativo que el intercambio contractual sea, el contrato podrá anularse.* Por otro lado, *y para la ventaja injusta,* Ginés Castellet señala que *no se requiere que la situación de debilidad la provoque el otro contratante, bastando el prevalimiento de la fragilidad,* incluso si esta es anterior, lo que es lo más frecuente» [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) [137] b) pp. 679-680; en pp. 680-682 reproduzco los textos de Ginés Castellet, en los que apoyaba mi anterior síntesis sobre su pensamiento].

[A.2] Según García Rubio/Varela Castro:

«Parece que el precepto [el art. 1302.3. II CC y para "[l]a referencia al conocimiento por la otra parte de la existencia de medidas de apoyo"] *contempla el caso en que el contratante que conoce que el otro tiene derecho a un apoyo para contratar se lo calla de modo consciente, con el fin de obtener un beneficio patrimonial, con el consiguiente perjuicio para su contraparte; silencio que acaso cabría entender como un dolo omisivo –el primero* [el contratante conocedor del derecho a un apoyo para contratar] *oculta al segundo una circunstancia susceptible de viciar el consentimiento contractual, obteniendo además una ventaja a su favor– con lo que se complica la delimitación entre los distintos fundamentos que justifican la anulación del contrato»* [470].

[B] *No vigente el actual artículo 1302.3 CC y las explicaciones de Gómez Calle, y Yáñez Vivero*

[B.1] Para Gómez Calle:

«*"tampoco el régimen de los clásicos vicios del consentimiento* [del Código civil […]] *da respuesta a los casos que nos interesan* [de explotación injusta, ventajismo o contratos abusivos o leoninos]" (cursiva del original) y "[e]llo es así porque", en estos casos, *"no concurren (o no tienen por qué concurrir) los presupuestos de esos vicios: no tiene por qué haber una falsa representación de la realidad del lado de la parte vulnerable, ni mediar maquinaciones fraudulentas, violencia o amenazas antijurídicas del lado de la parte beneficiada (o, en su caso, de un tercero)"* [esta otra cursiva mía […]].

[…]

Y para el dolo, Gómez Calle [apellidos, mayúsculas en el original] considera que "quizá si se parte de una concepción *amplia* del mismo podrían resolverse *algunos* de los casos típicos de ventaja injusta, en los que hay captación de voluntad de la parte vulnerable", sin embargo, "aparte de que tal ampliación puede ser discutible por desdibujar los contornos del dolo, *aún dejaría sin resolver supuestos de explotación injusta en los que el perjudicado es plenamente consciente de que el contrato que celebra o la donación que realiza le perjudican, no obstante lo cual lo hace porque se ve obligado a ello por las circunstancias"* [cursiva del original]» [471].

---

[470] Explicación del cuerpo del texto y de García Rubio/Varela Castro, que se encuentra en el texto más amplio que de ellos reproduzco *supra*, nota 414.

[471] a) Fenoy Picón (2023) nota 1253 de pp. 674-675.

b) En los puntos suspensivos del texto que, de Gómez Calle reproduzco en el cuerpo del texto, la autora se ocupa de la distinción con la intimidación y la violencia:

«Y así, *para la intimidación,* explica [Gómez Calle] que "[l]a doctrina insiste particularmente en la diferenciación con la *intimidación*, quizá porque sea el supuesto más cercano al que estamos analizando, en el que la influencia o la presión ejercidas, en su caso, por la parte fuerte sobre la vulnerable puede tomar formas próximas a aquella", pero "[e]n este sentido, los autores suelen destacar la *ausencia de amenaza*

[B.2] En palabras de Yáñez Vivero:

«"En nuestro supuesto se producen daños similares a los que desencadena el dolo incidental: en concreto, el de realizar un contrato que se hubiera querido de otro modo, pero que por la presión externa, unida al abuso de circunstancias, se ha celebrado con unas condiciones diversas a las deseadas o queridas por el sujeto. Hay, pues, coincidencia con el dolo incidental, *pero falta una voluntad decidida de engañar ni siquiera a través del silencio o de la omisión de información, como sí hay en el dolo incidental./ Al sujeto beneficiado por el contrato no le es necesario emplear maquinaciones insidiosas o fraudulentas, ni siquiera omitir información relevante para llevar al otro a contratar.* El otro necesita contratar o quiere contratar, *pero no por las maquinaciones u omisiones insidiosas de la otra parte,* sino por una serie de circunstancias como la confianza, inexperiencia, necesidad económica, que lo empujan a contratar. *Si la omisión de información es deliberada y es la causa determinante que lleva al otro sujeto a contratar en determinadas condiciones, entonces entraremos, seguramente, en otro terreno, el propio de otros vicios del consentimiento, como el dolo o el error"* (cursiva mía […]).

Y con anterioridad, Yáñez Vivero [apellidos, mayúsculas en el original] apunta: "Se ha dicho que, en el marco de una interpretación renovadora de la jurisprudencia a través del dolo incidental, los supuestos en los que uno de los contratantes abuse de la ligereza o inexperiencia de la otra podrían constituir manifestaciones del dolo incidental [[…] cita a Barceló Compte, y Rubio Gimeno]. Como se sabe, esta modalidad de dolo consiste en el empleo de maquinaciones insidiosas o fraudulentas que no son determinantes de la celebración de un contrato pero sí del contenido del mismo, de modo tal que quien ha celebrado el contrato bajo dolo incidental lo hubiera celebrado pero no del mismo modo./ *Con todo, no puede ignorarse que el dolo incidental es dolo y que, por consiguiente, hay un conjunto de maquinaciones insidiosas tendentes a producir en el otro contratante una situación de engaño.* Se produce, es cierto, una diferencia significativa en el resultado final del contrato celebrado bajo una u otra modalidad de dolo: el contratante que ha contratado movido por una maquinación dolosa constitutiva de dolo causante tiene siempre en su mano la posibilidad de anular el contrato. En el dolo incidental tal circunstancia no se da: el contratante que ha sufrido el dolo tiene que asumir el contrato tal como lo celebró y cumplirlo sin disponer de ninguna acción de anulación, y solo de una acción de indemnización

---

como rasgo distintivo del supuesto aquí analizado frente a la intimidación*"* (cursiva del original; […]). De modo sucesivo, la autora [Gómez Calle] se refiere a los contratos celebrados en estado de necesidad, de peligro, en situación de terror o miedo ambiental, explicando las razones de su *no* encaje en el vicio de la intimidación, haciendo lo mismo para el contrato celebrado por temor reverencial del artículo 1267. IV CC y, "[e]n definitiva, *en casos como los expuestos, el régimen de la intimidación no permite a quien contrata desde una posición de necesidad, dependencia o subordinación desvincularse del compromiso asumido –lo que tampoco es posible con base en la regulación del dolo si no hay "maquinaciones insidiosas"–*» (cursiva mía […]).

Para la *violencia,* tras exponer la tesis de Bosch Capdevila que encaja la celebración del contrato en estado de necesidad en la violencia […]. Gómez Calle [apellidos, mayúsculas en el original] concluye que "[e]n todo caso, como él mismo [Bosch Capdevila] destaca, ni la doctrina ni la jurisprudencia españolas han acogido su tesis"» [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) nota 1253 de pp. 674-675].

> de daños y perjuicios, *ex* artículo 1270 *in fine* de nuestro Código Civil./ En la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, la apreciación de dolo incidental está bastante ligada a casos de silencio u omisión de información por parte de uno de los contratantes […]"» [472].

Completadas las consideraciones en las anteriores a) y b), en cuanto a las razones de mi anterior respuesta negativa a las preguntas, con que iniciaba este [21]:

a) Entiendo que si se es partidario de la tesis amplia del dolo para el artículo 1269 CC, la ventaja injusta del artículo 1302.3 CC no impide seguir entendiendo que los posibles y genéricos supuestos de influencia indebida, abuso de posición/de situación (esto es, de conductas desleales, haya o no error), siendo el contratante que las sufrió persona mayor de edad y sin discapacidad, pueden continuar encajándose en el dolo de los artículos 1269 y 1270 CC. Su razón reside en que el ámbito de aplicación del artículo 1302.3 CC no alcanza a dichos contratantes mayores de edad sin discapacidad.

b) Siendo el contratante con discapacidad persona mayor de edad o menor emancipado (art. 249. I CC), con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, de las que prescindió cuando eran precisas, García Rubio/Varela Castro señalan que «si la persona con discapacidad ha concluido el negocio sin el apoyo pertinente, pero no consta que haya renunciado o prescindido de él [del apoyo pertinente] de forma voluntaria, debemos entonces volver a distinguir dos escenarios diferentes» [473].

Uno, del que hasta ahora no he dado cuenta y es el que me interesa, es, si dicha persona «ha contratado siendo víctima de error, dolo, violencia o intimidación susceptibles de viciar su voluntad de contratar o su voluntad de contar con el apoyo al que tenía derecho; entonces el contrato sería anulable por el propio interesado (con el correspondiente apoyo si fuera preciso), pero no por el mero hecho de haber actuado sin apoyo, sino con fundamento en la falta de integridad de su voluntad contractual como le sucedería a cualquier víctima de un vicio del consentimiento» [474]. Trasladando lo que García Rubio/Varela Casto indican, a lo que ahora a mí me interesa, entiendo que si es partidario de la tesis amplia del dolo (opción personal en la que subyace, ¿hasta dónde se quiere o se considera que ha de llevarse la protección por dolo?), aquella tesis amplia del dolo también habría de aplicarse a la persona con discapacidad (igualdad de trato, no discriminación).

En cuanto al otro escenario, simplemente, recuerdo que García Rubio/Varela Castro entienden que, no habiendo «certeza o constancia» de la renuncia

---

[472] Fenoy Picón (2023) nota 1284 de pp. 675-676.
[473] García Rubio/Varela Castro «Artículo 1302» (2022) p. 653.
[474] García Rubio/Varela Castro «Artículo 1302» (2022) pp. 653-654.

voluntaria al apoyo por parte de la persona con discapacidad y habiéndose «celebrado [el contrato] entre la persona con discapacidad y el otro contratante sin contar para nada con dicho apoyo» y «sin que la persona con discapacidad haya sufrido ningún vicio en su consentimiento», consideran que «la anulación del contrato a instancias del contratante con discapacidad» requiere la «omisión de apoyo» y que el otro contratante conociera la existencia de las medidas de apoyo o se hubiera aprovechado de otro modo obteniendo una ventaja injusta [475].

[22] Una vez que he acabado mi explicación para la regulación del Código civil (*supra* [17]-[21]), comienzo mi análisis de la *Propuesta de 2009.*

En este [22] trato del dolo del artículo 1300 PMCC 2009 (que transcribo *supra* nota 93) y de la cuestión de si, con su regulación, puede o no seguir acogiéndose la tesis amplia del dolo. En mi opinión, teniendo en cuenta, ahora y solo, el único dato del artículo 1300 PMCC 2009, entiendo que sí es posible.

Ello porque, por un lado, en el artículo 1300.1 PMCC 2009 se viene a reiterar lo dispuesto en el artículo 1269 CC, además de mejorarlo con la expresa inclusión del dolo omisivo (*supra* [12]-[13]) y, por otro lado, en el artículo 1300, 2 y 3, PMCC 2009 se reiteran las normas del artículo 1270 CC. Por tanto, si la concreta regulación del dolo de la *Propuesta de 2009* es esencialmente la misma que la regulación del dolo del Código civil, puede considerarse que lo ya existente para con el dolo de los artículos 1269 y 1270 CC puede continuar manteniéndose para el dolo del artículo 1300 PMCC 2009 y, en lo que ahora me interesa, continuar admitiéndose la tesis amplia del dolo si se es/era partidario de ella. A mayor abundamiento (segundo dato), en el artículo 1300 PMCC 2009 no se opta por definir el dolo como engaño, o error provocado o inducido, como se hace en otros derechos [*supra* [17] a) [A.2] a) y b)], lo que bien podría haberse hecho si se hubiera querido [476].

Sin embargo, la anterior solo es una respuesta (conclusión) provisional, pues, para la definitiva, he de tener presente otro dato (el tercero). Que a diferencia del Código civil en el que se regula la ventaja injusta para un concreto supuesto (persona con discapacidad provista de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar que prescindió de ellas cuando fueron precisas, art. 1302.3 CC; *supra* [20]), en la *Propuesta de 2009* se regula con carácter general la ventaja excesiva (art. 1301 PMCC 2009). Y surge la cuestión: ¿la regulación general de la ventaja excesiva de la *Propuesta de 2009* imposibilita acoger la tesis amplia del dolo? Esto es, ¿necesariamente ha de acogerse

[475] *Vid.* el texto que de García Rubio/Varela Castro transcribo *supra* nota 406; *vid. supra* [21] a).

[476] En cambio, se adopta en el artículo 527-7 PCCAPPDC (error) y en el artículo 53 P Bosch/Del Pozo/Vaquer (engaño); al respecto, *supra*, nota 94.

la tesis estricta (restringida) del dolo, aunque en el artículo 1300 PMCC 2009 no se mencione ni al engaño, ni al error del que padeció el dolo?

Para que pueda responder, antes, debo analizar la ventaja excesiva del artículo 1301 PMCC 2009, lo que hago en el siguiente [23], y luego, en el posterior [24], respondo definitivamente.

[23] *a)* El artículo 1301 PMCC 2009, como todos los de la *Propuesta de 2009*, carece de leyenda. No obstante, como vengo diciendo, en él se regula la ventaja excesiva, ya que esta locución es utilizada en su interior.

Según el artículo 1301. I PMCC 2009, «[u]na de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que se ha aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión» [477] [478].

---

[477] El artículo 1301 PMCC 2009 continúa en su párrafo II: «A petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico».

[478] a) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil:

a.1) Artículo 527-9 PCCAPPDC: «Ventajismo

1. Una de las partes puede anular el contrato que en el momento de su celebración otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquel, resulta que, con conocimiento de causa, se ha aprovechado en contra [de] la buena fe de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión.

2. También puede la parte perjudicada pretender el requilibrio del contrato, sobre la base del precio generalmente practicado en el mercado» [Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil (2018) p. 689].

a.2) El artículo 527-9 PCCAPPDC se sitúa en la misma Subsección 1.ª que el artículo 527-7 PCCAPPDC que regula el dolo [*supra*, nota 94, a.2)].

a.3) Además, en sede de donación, artículo 454-8 PCCAPDC: «Ventajismo

La donación puede ser anulada de conformidad con lo establecido en el artículo 527-9.1 [que transcribo en esta nota, anterior a.1)] cuando el donante se encontrase en alguna de las situaciones recogidas en dicho precepto. Pesa sobre el donatario la carga de probar que no se aprovechó de la situación de dependencia del donante o de la relación de confianza con el donante para obtener una ventaja excesiva o manifiestamente injusta»

b) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer:

b.1) Artículo 56 P Bosch/Del Pozo/Vaquer*:* «Ventaja injusta

1. Si el conocimiento equivocado que una de las partes tiene del contenido fundamental del contrato resulta de su inexperiencia, ignorancia, falta de previsión o de su relación de confianza con la otra parte, o cuando la falta de libertad deriva de su situación económica angustiosa, su necesidad imperiosa, o su relación de dependencia con la otra parte, el contrato es anulable solamente en el caso en que la otra parte, conociendo o debiendo conocer estas circunstancias, se aprovecha de ellas para obtener un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta.

2. Los requisitos exigidos por el apartado 1 de este artículo para la anulación del contrato se presumen cuando la parte perjudicada prueba que, en el momento de la conclusión del contrato, el valor de la contraprestación que recibe es inferior a la mitad del valor de su prestación. La presunción admite la prueba en contrario por la otra parte.

b) Bosch Capdevila considera que el artículo 4:109 PECL (que transcribo *supra* nota 396), «fue, probablemente, el que más directamente influyó en el artículo 1301 PM[CC 2009]» [479]. Para Infante Ruiz, «con clara inspiración en los textos internacionales de armonización del derecho contractual (en concreto, PICC y PECL), se recoge la "ventaja excesiva" como vicio independiente en el artículo 1301 [PMCC 2009]» [480].

Por mi parte, entiendo que el artículo 3.2.7 Principios UNIDROIT 2016 (que transcribo *supra* nota 439) fue el que más directamente influyó en la redacción del artículo 1301. I PMCC 2009.

Y más allá de lo anterior, recuerdo que el artículo II.-7:207 DCFR (que transcribo *supra* nota 435) contiene una regulación similar a la del artículo 4:109 PECL. Por lo que respecta al artículo 51 CESL (que transcribo *supra* nota 437) [481], su dicción presenta mayor diferencia con la del artículo 4:109 PECL.

> [A] *El compromiso, en las normas de los artículos 3.2.7 Principios UNIDROIT, 4:109 PECL, II.-7:207 DCFR y 51 CESL, entre los derechos europeos continentales y el derecho inglés*
>
> Sobre ello explica Lohsse:
>
> «El acercamiento a las reglas modelo [PECL, DCFR, CESL, Principios UNIDROIT] ha sido descrito como una solución de compromiso y en parte, con bastante razón. Su carácter de compromiso se vuelve aparente cuando se compara las esenciales diferencias conceptuales entre la mayoría de los derechos [europeos] continentales y la equitativa doctrina de la influencia indebida. Por un lado, las reglas

---

3. El juez, a petición de la parte que haya recibido la notificación de anulación, puede adaptar el contrato a las exigencias de la buena fe y a los usos del tráfico jurídico» [Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy (2018) p. 201].

b.2) El artículo 56 P Bosch/Del Pozo/Vaquer se sitúa en la misma Sección Segunda que el artículo 53 P Bosch/Del Pozo/Vaquer que regula el engaño [*supra*, nota 94, b.2)].

Y sus «[c]oncordancias» son:

«Arts. 1447 y 1448 CCita, 282 y 283 CCPor, 3:44.4 CCPB, § 138.2 BGB, 1143 CCFra2016.

Arts. 4:109 PECL, 3.10 PICC, II.-7:207 DCFR, 51 CESL, 1301 PMCC, 527-9 PAPDC, 621-45 y 621-47 Pr. Libro VI CCCat» [(2018) p. 201].

[479] Bosch Capdevila (2012) p. 373.

[480] Infante Ruiz, *RDC* (2021) pp. 22-23; también (2022) p. 192.

[481] En cuanto a los remedios del artículo 51 CESL, este se refiere a la anulación contractual y nada dispone sobre la posibilidad de la adaptación del contrato, y, esta omisión es una importante diferencia con las paralelas regulaciones de los PECL, DCFR y Principios UNIDROIT. Lohsse, que resalta dicha diferencia, explica la razón de la omisión: «Este cambio es debido al procedimiento de consulta seguido al» «Feasibility Study»; «se razonó que tal adaptación [del contrato] por parte del tribunal amenazaría seriamente la seguridad legal. Como la adaptación [del contrato] difícilmente seguiría estándares uniformes en todos los diferentes sistemas jurídicos, aquel argumento no carecía de buena razón; además, en los sistemas jurídicos continentales tal adaptación [del contrato] por los tribunales no es normalmente dispuesta» [«Artículo 4:109» (2028) 3, pp. 705-706].

Para otra diferencia, esta en relación con el supuesto de hecho, *infra* nota 514 c).

modelo incluyen elementos de los acercamientos [europeos] continentales, integrando tanto el requisito de la desigualdad y explotación de una posición de debilidad; de otro lado, también, […] [aquellas reglas modelo] siguen el modelo de la indebida influencia en la admisión, de que, de una relación de confianza, puede resultar un vicio del consentimiento; más aún, […] [aquellas reglas modelo] se abstienen de disponer la nulidad como consecuencia legal. También a este respecto, […] [las reglas modelo] siguen al derecho inglés, en calificar la explotación injusta como un vicio del consentimiento del que resulta la mera anulabilidad. Incluso desde el punto de vista de los diferentes acercamientos [europeos] continentales, esta solución es bien recibida: las reglas modelo evitan el peligro de la demasiado paternalista regla de la nulidad, que exageradamente restringe la libertad contractual de las partes» [482].

---

[482] a) Lohsse, «Artículo 4:109» (2012) 5 p. 705; traducción mía. Ahora bien, Lohsse también advierte que, en lo que se refiere a los requisitos, «las reglas modelo son mucho menos un compromiso».

b) Por otro lado y centrándome solo en los Principios UNIDROIT, en 2023 señalé, que Barceló Compte «informaba detalladamente sobre *cómo se llegó a la redacción de la excesiva desproporción de los Principios UNIDROIT*. En concreto:

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

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

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

c) Sobre los requisitos del vicio del consentimiento de la ventaja excesiva del artículo 1301. I PMCC 2009 [483] [484], que han de existir en el mo-

---

ello no se contempló la posibilidad de revisión del contrato (*"or have revised"* [del artículo 8]) y se propuso sustituir el término *"unconscionability"* por el de *"gross unfairness"*, *"grossly unfair disparity"* o *"unfair contract clauses"*. Finalmente, se destacó el carácter excepcional de la figura, aplicable solo en casos en que el contrato o alguna de sus partes fuera considerado *"grossly unfair"* (cursiva del original).

b.2) Apuntado lo anterior, Barceló Compte [apellidos, mayúsculas en el original] explica que "[e]xistía una división de opiniones entre partidarios de fusionar ambos artículos [7 y 8] en una sola figura (alegando que el artículo 8 no estaba en consonancia con el resto del articulado, que lidiaban con aspectos relativos a los vicios del consentimiento) y detractores [de la fusión de los artículos 7 y 8] que argumentaban que había casos de excesiva onerosidad que no tenían por qué surgir de una explotación abusiva de una parte sobre la otra […]. Sin embargo, los redactores del texto no querían incorporar una regla general basada en la histórica lesión en más de la mitad". Y "la unión de los dos artículos [7 y 8] no tardó en llegar", proponiéndose "la nomenclatura de *gross disparity* a modo de maridaje de ambos elementos, objetivo y subjetivos, como expresión de la justicia sustantiva y procedimental, respectivamente". "Fueron los profesores Lando y Hartkamp [apellidos, mayúsculas en el original] los que propusieron un nuevo artículo 7 con el nombre de *"gross disparity",* que resultó ser el antecedente del artículo 3.10 de los PICC [Principios UNIDROIT] en la versión de 2004, y 3.2.7 en la versión de 2010" con la siguiente redacción: *"Gross disparity. A party may avoid a contract if at the time of the making of the contract there is a gross disparity between the obligations of the parties or there are contract clauses grossly upsetting the contractual equilibrium, which is unjustifiable having regard to, among other things,* a) *the fact that the other party has taken unfair advantage of his dependence, economic distress or urgent needs, or of his improvidence, ignorance, inexperience, or lack of bargaining skill, and* b) *the comercial setting and the purpose of the contract"*. Con lo anterior, *"la excesiva desproporción quedó* […] *consolidada en el artículo 3.10 de los PICC* [Principios UNIDROIT] *(en la versión de 2004 en el artículo relativo a la* gross disparity *era el 3.10) desde la doble vertiente de justicia material y procedimental, aunque recientemente algunos autores como Hesselink* [apellido, mayúscula en el original] *anotan que la figura de los PICC sitúa el punto de inflexión en la excesiva desproporción entre las prestaciones, ya que es este el test que permitirá anular o pedir la revisión del contrato, mientras que la ventaja injusta obtenida es una circunstancia acumulativa a otros factores. Es decir, que el elemento objetivo tenía más peso que el subjetivo relativo a las circunstancias de debilidad en que se encontraba una de las partes. Y así lo determina, también, la terminología; es decir,* gross disparity *(excesiva despropoción) pone el acento en el elemento objetivo de la figura"* (esta cursiva mía)» [Fenoy Picón (2023) nota 155 de pp. 96-97].

c) Sobre la *unconscionability* del derecho estadounidense, *supra* nota 244; y sobre los *unconscionable bargains* en el derecho inglés, *supra* nota 239.

[483] Como vicio del consentimiento es considerado, por ejemplo, por Bosch Capdevila, según el cual el artículo 1301 PMCC 2009 se encuentra «dentro de la teoría general del contrato y dentro de los vicios del consentimiento» [(2012) p. 387; vuelvo sobre estas afirmaciones del autor en este [22], *infra* d), al ocuparme del ámbito de aplicación del artículo 1301 PMCC 2009].

Recuerdo, por otro lado, que en el articulado de la *Propuesta de 2009* no se emplea la expresión vicio del consentimiento (o de la voluntad) y, en cambio, en la Exposición de motivos de dicha *Propuesta de 2009*, si se dice vicios de la voluntad [*supra* [6] c)].

[484] a) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores del derecho civil, el ventajismo del artículo 527-9 [que transcribo *supra* nota 478 a.1)] es considerado como vicio del consentimiento. Al respecto, apunta Gómez Calle, «[e]n la PCCAPDC el "ventajismo" se considera nítidamente como un *vicio del consentimiento contractual* [cursiva del original]. Así resulta del hecho de que el artículo 527-9 se encuadre sistemáticamente en una subsección que lleva esa rúbrica y que contiene asimismo el régimen del error, el dolo y la intimidación. Dejando al margen alguna particularidad ocasional, los cuatro vicios comparten buena parte de las reglas que la misma subsección y la sección 3.ª del mismo Capítulo contienen sobre el régimen de la anulación del contrato viciado» [(2018) p. 139].

b) b.1) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, la ventaja injusta se considera vicio del consentimiento.

En el artículo 50 P Bosch/Del Pozo/Vaquer se ordenan cuáles son los contratos anulables; en concreto: «Contratos anulables

mento de la celebración del contrato [485], en mi opinión son tres (no dos). A saber:

c.1) El primer requisito subjetivo consiste en que la víctima de la ventaja excesiva se encuentre en una «situación de debilidad» (vulnerabilidad), siendo esto, según Bosch Capdevila, «[l]o que caracteriza el supuesto de hecho del artículo 1301 PM[CC 2009]» [486].

> [A] *Excurso sobre las distintas clasificaciones doctrinales, en relación con los distintos supuestos de vulnerabilidad, según Gómez Calle*
>
> Al respecto, informa esta autora:
>
> «A la hora de ordenar esas causas [de vulnerabilidad], la doctrina ha sugerido diversas clasificaciones. Así, hay quien diferencia entre dependencia económica y dependencia psicológica y quien deslinda entre dependencia, urgencia e incompetencia. Otros autores distinguen atendiendo a que la situación derive: a) de la previa relación entre las partes, de dependencia o de confianza; b) del estado de necesidad de una de las partes, sea económica o de otro tipo; y c) de la debilidad o deficiencias personales de una de ellas (falta de previsión, conocimientos, experiencia, etc.). Finalmente, hay quien clasifica las circunstancias en cuestión separando las que afectan a la libertad de decisión de las que inciden sobre la conscienca de la misma. Así, hay situaciones en las que el afectado se ve obligado a tomar una decisión que, de poder obrar libremente, no tomaría: sabe que lo que consiente le es lesivo o perjudicial pero lo hace porque no tiene alternativa. Frente a ello, hay otras circunstancias que provocan que la decisión no se tome conscientemente o con conocimiento de causa, de modo que no se capta adecuadamente el perjuicio que se deriva de la propia decisión» [487].

Son anulables:

a) Los contratos concluidos por personas sin capacidad de obrar.

b) Los contratos en los que el consentimiento se ha prestado con falta de conocimiento o de libertad, de acuerdo con lo establecido en los artículos siguientes.

c) Aquellos contratos en los que así lo prevé expresamente la ley».

b.2) Las «[c]oncordancias» del artículo 50 P Bosch/Del Pozo/Vaquer son:

Artículos 1263 a 1265 CCEsp, 1109 CCFra, 1427 CCIta, 211-3 y 211-5 CCCat, 1131 CCFra2016.

Artículos 146 CEC, 1297 PMCC, 527-16 PAPDC» [Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy (2016) p. 26].

b.3) En su comentario a dicho artículo 50 y en lo que interesa, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican: «b) También se pueden anular los contratos en los que el consentimiento haya sido viciado. Los vicios del consentimiento pueden derivar de una falta de conocimiento de la realidad (error o engaño), o de una falta de libertad (cuando el contratante está amenazado). Con esta expresión genérica (falta de conocimiento o de libertad) se incluye también lo que se ha llamado "ventaja excesiva" (art. 1301 PMCC) o "explotación injusta" (art. 51 CESL), concepto en el que se incluyen tanto supuestos de falta de libertad (situación de necesidad) como de falta de conocimiento (ignorancia). Estos vicios del consentimiento aparecen desarrollados en los artículos siguientes» (p. 189).

[485] Gómez Calle (2018) p. 130.

[486] Bosch Capdevila (2012) p. 376.

[487] Gómez Calle (2018) p. 162.

Entrando en el análisis de las concretas situaciones de debilidad (de vulnerabilidad) contempladas en el artículo 1301. I PMCC 2009:

c.1.1) Para Bosch Capdevila la «dependencia supone […] que una de las partes del contrato, la beneficiada, se encuentra en una posición "superior" respecto a la otra», y «[n]o existe, en ningún caso, una amenaza explícita» [488]. Gómez Calle caracteriza a la dependencia (de modo general [489]) como «la situación de una persona que ha perdido su autonomía en relación con otra»; «[l]a relación de dependencia es de subordinación» [490].

A propósito del ámbito en el que la dependencia puede producirse, Bosch Capdevila considera que es «[…] en el […] laboral [en donde aquella encuentra] su más propio campo de actuación» [491]. Precisa además «que el denominado «temor reverencial» del artículo 1267.4 CC [492] es concepto distinto de la

[488] Bosch Capdevila (2012) p. 377.

[489] Advierto que al comentar la situación de dependencia y las otras que siguen en el cuerpo del texto, Gómez Calle lo hace teniendo en cuenta los oportunos textos de los Principios UNIDROIT, PECL, DCFR y CESL, además de otros textos y derechos. Ahora bien, entiendo que sus consideraciones sirven para la *Propuesta de 2009* y de ahí, que las vaya citando en el cuerpo del texto.

[490] Gómez Calle (2018) p. 164.

[491] Bosch Capdevila (2012) p. 377.

Situándose en este ámbito laboral, Bosch Capdevila alude «[c]omo ejemplo de dependencia […] el caso que dio lugar a la trascendental sentencia de la *Cour de cassation* civil de Francia de 3 de abril de 2002 (caso *Kannas versus Larousse-Bordas*), en el que una asalariada firmó un contrato con la empresa con la que trabajaba en el que cedía a dicha empresa, a cambio de una suma irrisoria, los derechos de explotación de una obra –un diccionario– que ella había escrito; la trabajadora, una vez despedida de la empresa, demandó la nulidad del contrato de cesión alegando la situación de dependencia económica frente a la otra parte contratante (la empresa), que motivó que firmara el contrato ante el temor a ser despedida» (p. 377). «Volviendo al ejemplo propuesto, la empresa no amenazó a la Sra. Kannas con el despido si no firmaba el contrato (si hubiera sido así, estaríamos ante un vicio de intimidación), pero la Sra. Kannas sí se sintió amenazada y ello la motivó a concluir tal desventajoso contrato» (p. 377).

[492] a) Sobre el temor reverencial del artículo 1267. IV CC:

a.1) García Vicente lo explica y diferencia del aprovechamiento por parte del otro contratante:

«El "temor reverencial" es irrelevante (art. 1267 IV CC), porque el temor le es imputable al propio intimidado, es espontáneo, o dicho de otra manera, su temor a desagradar deriva de la percepción subjetiva por el atemorizado de ciertos vínculos, de orden no necesariamente jurídico (también moral o social) que suponen sumisión, pleitesía o gratitud respecto a otro sujeto, normalmente beneficiado en el contrato, pero que no emplea ese vínculo en su ventaja.

En sentido estricto no hay personas a las que se deba "sumisión y respeto", aunque haya casos de deberes de obediencia entre particulares, más o menos intensos, dentro o fuera de las instituciones de protección de menores o incapaces. Otra cosa es el aprovechamiento de este temor por quien goza de esa posición de preeminencia o jerarquía (el abuso de posición dominante), asunto posible en aquellos casos en que el contrato se estipule entre sujetos con vínculos laborales de sujeción (o con menor probabilidad de otra naturaleza, pero con intensa dependencia contractual) y su contenido sea extraño al del propio contrato (o análogo)» [«Artículo 1267» (2013) p. 9120].

a.2) Valpuesta Fernández también lo explica, y considera que el artículo 1267. IV CC ha quedado vacío de contenido:

«Por tal [temor reverencial] se identifica el temor a desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, que a decir de este artículo [art. 1267. IV CC] no anulará el contrato. La dicción de este

apartado está en todo punto fuera de lugar en una sociedad democrática con un marco constitucional como el que establece nuestra Magna Carta, en la que las situaciones de sumisión jurídica no tienen cabida. Y en efecto las relaciones jurídicas entre personas que ocupan diferente posición como ocurre en la patria potestad o en la relación laboral, y en otro plano, las que puedan existir entre el docente y el estudiante, ejemplos tradicionales del miedo reverencial, no responden en la actualidad a la idea de sumisión, antes al contrario se rigen por el escrupuloso respeto a la dignidad de las personas y los derechos fundamentales que de ella se derivan. En consecuencia, no se puede confundir obediencia con sumisión, ni tampoco con la aceptación de una dirección o el ejercicio de la autoridad. De otro lado, el respeto al que se alude se ha de aplicar a ambas partes de la relación, sin que se pueda predicar una distinta calidad para uno y otro. Se podría entender que la norma hace referencia a situaciones fácticas en las que existe una sumisión real, aun en contra de la normativa vigente, pero esta circunstancia y su relevancia entraría de lleno en el supuesto general de intimidación, pudiéndose tener en cuenta para apreciar el alcance del temor padecido por la parte en el contrato. Para ello se requiere que exista una amenaza real del que ocupa una posición de privilegio y no el mero miedo a desagradar. Se puede afirmar que el tiempo ha pasado sobre esta disposición hasta dejarla vacía de contenido» [«Artículo 1267» (2016) pp. 634-635].

b) En cuanto a los antecedentes históricos del temor reverencial, Lohsse informa de que, «aparte del fraude (*dolus*) y del miedo (*metus*), el derecho romano, en principio, no tuvo en cuenta circunstancias que cuestionaban la autodeterminación de la decisión de una parte para celebrar un contrato», y «[m]ás bien, la protección solo se ofrecía en casos específicos como el del *Senatusconsultum Vellaeanum*, protegiendo a la mujer de las consecuencias de su "intercesión" en nombre de otros (esto es, de las consecuencias de incurrir en responsabilidad en nombre de otros, por ejemplo, por convertirse en garante o concediendo una prenda)» [«Artículo 4:109» (2018) 2, p. 702]. «Aparte de tales excepcionales casos de protección concedidos a grupos específicos de personas, el derecho contractual romano se basaba en el principo de que todos asumen la responsabilidad de sus propias decisiones», y «en particular, los juristas romanos no ampliaban los remedios concedidos por miedo […] a lo que más tarde fue llamado *metus reverentialis,* esto es, a sentimientos de reverencia que podrían constreñir la libre formación de la voluntad de una parte para celebrar el contrato» (2, p. 702). Lohsse sigue explicando que, «[s]olo muchos siglos después, en época medieval, fue cuando se aceptó al *metus reverentialis* como causa suficiente para justificar la disponibilidad de los remedios por miedo. Sin embargo, en el *ius commune*, la idea del *metus reverentialis* fue ajustada con la idea de que el contrato se basaba en la voluntad de las partes. Para los juristas escolásticos, era evidente, que tal veneración no ponía en entredicho la voluntad de la parte como tal. Como en el contexto del miedo […] fue así necesario conceptualizar los remedios por *metus reverentialis* como remedios por el comportamiento injusto de la otra parte. Por tanto, los juristas medievales buscaron factores adicionales tales como la injusticia del negocio o la reputación del otro (como que la otra parte era famoso por violencia). En particular, ellos [los juristas medievales] utilizaron la idea de la *laesio enormis* (venta por menos de la mitad del valor o, en derecho medieval, por más del 150% o del doble del valor). De este modo, ellos [los juristas medievales] concedieron remedios para el *metus reverentialis*, una vez que los límites de la *laesio enormis* habían sido sobrepasados. Sin embargo, desde el punto de vista doctrinal, este acercamiento delictual al *metus reverentialis* aparecía ser más bien una construcción artificial; de ahí que más tarde, los juristas del *ius commune* rechazaron el *metus reverentialis* como fundamento para los remedios por miedo» (2, pp. 702-703). Y los «derecho modernos, similarmente, todavía se refieren a otros conceptos como el dolo o la ilegalidad por la infracción de las *boni mores*» (2, p. 703).

Trasladándose al derecho europeo continental, Lohsse explica, que «[d]esde el punto de vista del fundamento histórico, no sorprende que los sistemas legales modernos desaprueben uniformemente los remedios para el *metus reverentialis*», y añade, que «algunas codificacions civiles incluso lo declaran expresamente irrelevante» (3, p. 703; al respecto y en nota 8 de p. 703, Lohsse cita los artículos 1437 CCI 1942 [que transcribo en la siguiente c) de esta nota], «1467 (4) [*sic*; 1267. IV]» CC y 1114 aCCF [que transcribo en la siguiente d) de esta nota].

Traducción mía.

c) c.1) Artículo 1447 CCI 1942: «Temor reverencial

El solo temor reverencial no es causa de anulación del contrato» (traducción mía).

c.2) Artículo 1447 CCI 1942: «Timore riverenziale

Il solo timore riverenziale non è causa di annullamento del contratto».

«situación de dependencia» prevista en el artículo 1301 PM[CC 2009]», y entiende, que «se debe ser estricto a la hora de apreciar el alcance de la situación de dependencia», por lo que el «concepto [de dependencia] no debe alcanzar aquellos casos en los que se quiera evitar desagradar a otra persona» [493]. Además, «[a]unque el artículo 1301 PM[CC 2009] no lo establezca expresamente [señala Bosch Capdevila] debe existir realmente una amenaza (tácita)» y es «[e]sta amenaza [tácita] […] lo que, por su evidente paralelismo con la intimidación, justifica la posibilidad de anulación del contrato» [494].

Gómez Calle coincide con Bosch Capdevila en «que, en principio, el mero temor a desagradar a una persona que ocupa una cierta situación de superioridad no puede ser jurídicamente, relevante», pero, «si ese desagrado va unido a una situación en la que es razonable pensar que de él pueden derivarse consecuencias graves para quien ocupa la posición de inferioridad y "el superior" se aprovecha de ello para obtener una ventaja excesiva, parece que habría de admitir un caso de explotación abusiva», «[y] esto […] es posible también fuera del ámbito laboral y de las relaciones de dependencia económica» [495]. En este sentido, Gómez Calle alude al «clásico caso de las garantías constituidas por mujeres sometidas a sus maridos para asegurar deudas de estos, asumiendo así compromisos potencialmente ruinosos» [496] [cfr. *supra* [18] b) [C.3] para el derecho inglés y [18] b) [D.1] c) para el alemán].

Más allá de lo anterior, en la *Propuesta de 2009* no se recoge la norma del temor reverencial del artículo 1267. IV CC [sobre esta, *supra* nota 492]. Ni se recoge el supuesto de vulnerabilidad de la «relación de confianza» [497], si bien a

---

d) d.1) Artículo 1114 aCCF: «El solo temor reverencial hacia el padre, la madre, u otro ascendiente, sin que se haya ejercido violencia, no es suficiente para anular el contrato» (traducción mía).

d.2) Artículo 1114aCCF: «La seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat».

d.3) Con la reforma 2016-2018, en el Código civil francés ya no existe la anterior regla del temor reverencial (cfr. artículos 1140 a 1143 CCF).

[493] Bosch Capdevila (2012) p. 378.

[494] Bosch Capdevila (2012) p. 378; continúa: «Obviamente, la amenaza no es explícita como ocurre con la intimidación, pero, para el sujeto que emite el consentimiento, la amenaza es evidente, lo que hace que su consentimiento no sea libre y por tanto se encuentre viciado. En consecuencia, si por ejemplo un político accede a una operación desventajosa con un alto cargo del partido, o lo mismo hace el yerno con su futuro suegro, o un alumno con su maestro, más que una amenaza, lo que parece haber en estos casos es un negocio mixto de compraventa y donación hecho con la intención de conseguir una recompensa futura. El propósito de agradar, o la intención de no contrariar, no implican la existencia de una amenaza implícita, por lo que no deben justificar, por regla general, la posibilidad de anular un contrato».

[495] Gómez Calle (2018) p. 165.

[496] Gómez Calle (2018) pp. 165-166.

[497] a) Lo apuntan por ejemplo, Bosch Capdevila al comparar con el DCFR [«II.-7:207» (2012) p. 496]; Palazón Garrido (2016) p. 1325; Gómez Calle (2018) p. 128 y p. 130 (transcribo el texto de esta p. 130, *infra* nota 531).

juicio de Infante Ruiz, «debería realizarse una interpretación amplia del concepto "relación de dependencia" que absorba asimismo la "relación de confianza"» [498].

c.1.2) Para las «extraordinarias dificultades económicas», Bosch Capdevila explica que «[e]s obvio que la delicada situación económica de una de las partes puede llevar a concluir contratos en condiciones particularmente desfavorables», ya que «[e]l contratante no tendrá en muchos casos alternativa: o la conclusión del contrato, o la imposibilidad de hacer frente a sus pagos o a sus necesidades» [499]. En este supuesto, «[l]a amenaza (implícita) de un mal

---

b) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil:

b.1) En su artículo 527-9.1 [que transcribo *supra* nota 478 a.1)] tampoco se recoge el supuesto de vulnerabilidad de la relación de confianza. Lo mismo apunta Palazón Garrido (2016) p. 1325.

b.2) En cambio, en su artículo 454-8 PCCAPDC, que se ocupa del ventajismo en la donación y transcribo *supra* nota 478, a.3), sí se contempla la relación de confianza entre el donante y el donatario.

Sobre el artículo 454-8 PCCAPDC, comenta Gómez Calle: «este precepto [art. IV. H.-2:104 DCFR] parece claramente haber servido de modelo para el artículo 454-8 PCCAPDC. Así, por lo que se refiere a la posición en que debe hallarse el donante, aunque el inciso primero del artículo 454-8 PCCAPDC se remite en general a cualquiera de las situaciones que menciona el artículo 527-9.1 PCCAPDC, del segundo inciso parece resultar más bien que solo se toman en cuenta la dependencia y la relación de confianza respecto del donatario. Por otra parte, una vez que se acredita que el donante estaba en una de esas situaciones cuando hizo la donación, el artículo 454-8 parece presumir *iuris tantum* que ha habido ventajismo, de modo que incumbe al donatario demostrar que no se aprovechó de la dependencia o la confianza del donante para obtener una ventaja excesiva o manifiestamente injusta. Para valorar esto último habrá que ponderar circunstancias tales como el valor de lo donado o el posible motivo de la donación» [(2018) pp. 140-141].

En la Exposición de motivos de la *Propuesta de Código civil* tan solo se indica, en lo que ahora interesa: «Rigen para las donaciones, por remisión, las reglas generales de los contratos en cuanto a nulidad y anulación, aunque con minoración de los requisitos para la relevancia del error, y, siguiendo de nuevo el DCFR, se hace pesar sobre el donatario la carga de probar de que no hubo ventajismo» [Asociación de Profesoras y Profesores (2018) p. 187].

c) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, en su artículo 56.1 [que transcribo *supra* nota 478 b.1)] se recoge el supuesto de vulnerabilidad «de su relación de confianza con la otra parte».

[498] a) Infante Ruiz, *RDC* (2021) p. 23; también (2022) p. 193.

b) Gómez Calle entiende que «en estas relaciones [de confianza] la parte que deposita su confianza en la otra se fía de esta y de sus indicaciones o consejos a la hora de consentir el contrato y su contenido, de modo que se abandona en buena medida al criterio ajeno y no ejercita su propio juicio independiente. La credulidad que acompaña a la confianza conduce, en fin, a un debilitamiento del normal recelo que suele estar presente a la hora de contratar y a un cierto relajamiento a la hora de velar por los propios intereses, porque se cree que el otro los salvaguarda» [(2018) p. 169].

En nota 78 de p. 169, apunta Gómez Calle sobre la relación de confianza, apoyándose en Rodríguez Guitián, que, «[p]or lo demás, se trata de una causa de debilidad negocial que podría ser muy útil a la hora de enjuiciar los pactos prematrimoniales y matrimoniales que se concluyen en previsión de la ruptura del matrimonio».

[499] Bosch Capdevila (2012) p. 378; explica además: «En muchas ocasiones, la situación de dificultad económica llevará a la enajenación de bienes por un precio muy inferior al real. Pero este no es el único supuesto de hecho posible: también puede ocurrir que el contrato desventajoso suponga la realización de un determinado servicio en condiciones muy desfavorables, ya sea, por ejemplo, la contraprestación irrisoria, por los riesgos que entraña, o por la imposición de cláusulas leoninas» (p. 378).

es […] evidente, y de ahí que la falta de libertad del consentimiento contractual, vicio que justifica la posibilidad de la anulación» [500].

Para la *«necesidad económica»* (cursiva del original) señala por su parte Gómez Calle, que «la falta de los recursos precisos para superar una delicada situación de iliquidez o para saldar deudas cuya insatisfacción puede acarrear graves consecuencias para el deudor, puede llevar a celebrar contratos en condiciones muy desventajosas» [501].

Tanto Bosch Capdevila como Gómez Calle destacan la exigencia de que, en el artículo 1300. I PMCC 2009, se precise que las dificultades económicas hayan de ser extraordinarias [502].

c.1.3) Sobre la «necesidad apremiante», concepto que el artículo 1301. I PMCC 2009 «ha separado» del anterior de las dificultades económicas [503], aquella «no debe entenderse [dice Bosch Capdevila] referida a una situación de dificultad económica, sino que abarca aquellos supuestos en que la urgencia de la situación exige la contratación "a cualquier precio", con la consiguiente falta de libertad» [504].

Para Gómez Calle, «[*l*]*a necesidad no económica*» [cursiva del original] […] viene determinada por la urgencia de obtener un bien o un servicio que no es posible conseguir sino mediante el contrato abusivo» [505].

---

[500] Bosch Capdevila (2012) p. 378.

[501] Gómez Calle (2018) p. 163; ilustra de modo similar a como hace Bosch Capdevila (*supra* nota 499): «Pensemos en la transmisión de bienes o la prestación de servicios por una contraprestación muy por debajo de la que sería normal o en la aceptación de pago de unos inteses leoninos por el dinero recibido en préstamo» (p. 163).

[502] a) «En nuestra opinión [Bosch Capdevila], la matización [de extraordinarias] es correcta, y se corresponde con la exigencia de que realmente debe existir una amenaza para el perjudicado, y con el carácter restrictivo con el que debería aplicarse dicho remedio» [(2012) p. 379)]; también destaca la calificación de extraordinarias al comparar con el DCFR [«II.-7:207» (2012) p. 496].

b) Gómez Calle (2018) p. 128, p. 130 (transcribo el texto de esta p. 130, *infra* nota 531).

Además: «En cuanto a la gravedad que debe revestir la situación [de dificultades económicas], algunas de las reglas analizadas ["PICC, PECL, DCFR y CESL"] hablan de "dificultades económicas" sin más, mientras que otras ["la PMCC [2009], la PCCAPDC y los PLDC"] aplican una visión más restrictiva y exigen que estas hayan sido extraordinarias» (pp. 163-164 y nota 44 de p. 163 y nota 45 de p. 164).

[503] Bosch Capdevila (2012) p. 379; apunta además que, «[s]i el artículo 1301 PM[CC 2009] hubiese hablado simplemente de "situación de necesidad", como hace el § 138.2 BGB, sería suficiente para comprender tanto las "dificultades económicas", como la "necesidad apremiante"».

[504] Bosch Capdevila (2012) p. 379; «[p]or ejemplo, si horas antes de un concierto se avería de manera irreparable el grupo electrógeno imprescindible para llevarlo a cabo, la urgencia en la contratación de otro grupo podrá determinar que las condiciones del contrato en cuestión, y no solamente el precio, sean notoriamente perjudiciales para el promotor del concierto que demanda la maquinaria. La amenaza existe: si el contrato no se concluye, el concierto no se podrá celebrar, con las pérdidas que ello implica».

[505] a) Gómez Calle (2018) p. 164; añade: «v. gr., una materia prima esencial para continuar un proceso productivo cuya paralización comportaría cuantiosísimas pérdidas, o una sustancia o un servicio de asistencia o transporte requeridos sin dilación para salvar la vida de una persona o evitarle un grave perjuicio (el salvamento marítimo es un caso paradigmático de esta situación)».

[A] Conectando con las distintas y generales clasificaciones doctrinales para los supuestos de vulnerabilidad que expone Gómez Calle [en este [23], *supra* c.1) [A]] y habiéndome referido ya a la dependencia, a las extraordinarias dificultades económicas y a la necesidad apremiante en los anteriores c.1.1), c.1.2) y c.1.3), son oportunas estas consideraciones de Bosch Capdevila y Gómez Calle, a las que paso a referirme:

a) Según Bosch Capdevila, en dichas situaciones de vulnerabilidad, «la víctima puede ser *consciente* [esta cursiva del original] del perjuicio que le supone el contrato, pero no tiene más remedio que concluirlo atendidas las circunstancias en las que se encuentra», y en estos supuestos, «el vicio [de la ventaja excesiva] guarda semejanza con la intimidación» [506].

b) En 2018, Gómez Calle sitúa las anteriores vulnerabilidades en un apartado titulado la «*[f]alta de libertad»* (cursiva del original) [507].

En cambio, en 2019 y para la regulación de la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil (art. 527-9, que transcribo *supra* nota 478 a.1)], Gómez Calle considera que unas situaciones de vulnerabilidad «afectan a la libertad para decidir (extraordinarias dificultades económicas o necesidad apremiante), otras a la consciencia de la decisión (ignorancia, inexperiencia o imprevisión) y otras pueden afectar a ambas (dependencia)» [508].

c.1.4) Sobre la «ignorancia», la «inexperiencia o falta de previsión», apunta Bosch Capdevila que, «[a]tendiendo a los precedentes del artículo 1301 PM[CC 2009] (tanto el artículo 3.10 de los Principios Unidroit [actualmente,

---

b) Además, precisa Gómez Calle, «[l]a situación de necesidad [económica y no económica] que obliga al explotado a contratar puede ser *propia o de otra persona* [esta cursiva del original].

Se ha observado, a mi juicio con razón [Gómez Calle], que es irrelevante si las dificultades de diverso orden a que acabo de aludir han sido o no provocadas por la culpa del afectado, sin son permanentes o temporales, o incluso si son imaginarias: lo importante […] es que la parte beneficiada haya explotado en su beneficio el estado de necesidad de la parte lesionada» (p. 164).

[506] a) Bosch Capdevila (2012) p. 376.

b) En el artículo 56.1 P Bosch/Del Pozo/Vaquer [que transcribo *supra*, nota 478, b.1)] se lee, «o cuando la falta de libertad deriva de su situación económica angustiosa, su necesidad imperiosa, o su relación de dependencia con la otra parte».

En su comentario a dicho artículo 56, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican: «a) En primer lugar, la debilidad puede derivar de la falta de libertad. Al igual que ocurre con las amenazas, la víctima es, en estos casos, consciente del perjuicio que le supone la conclusión del contrato, pero lo concluye no por una amenaza externa explícita, sino porque no tiene otro remedio. Esto puede ocurrir cuando esta parte: 1) tiene una "relación de dependencia" con la otra –esto es, cuando, sin mediar amenazas de la otra parte, contrata para no contrariarla al temer que, si no actúa así, pueda haber represalias como consecuencia de la posición "superior" en que se encuentra la otra parte–; 2) si se encuentra en una "situación económica angustiosa", o 3) tiene una "necesidad imperiosa" (por ejemplo, cuando necesita irremediablemente un servicio y no hay otra manera de conseguirlo que con el contrato desventajoso)» [(2016) p. 202; para la continuación de este texto, *infra* nota 516].

[507] Gómez Calle (2018) pp. 163-167.

[508] Gómez Calle (2019) p. 1620.

art. 3.2.7 Principios UNIDROIT 2016, que transcribo *supra* nota 439], como el artículo 4:109 de los Principios Lando [que transcribo *supra* nota 396]), la ignorancia debe venir referida más que a una situación concreta, a una cualidad del individuo»; «[l]a "ignorancia", "inexperiencia" o "falta de previsión" […] existirán en el contrato en cuestión y, previsiblemente, en los sucesivos contratos, a consecuencia de la condición personal del sujeto»; «[e]n palabras llanas, se trataría de un sujeto ajeno totalmente al mundo de los negocios, inútil para negociar, pero también ignorante para procurarse un asesoramiento», pues «[s]i […] se tratase de un sujeto que solamente es "ignorante" respecto al negocio concreto que concluye, pero que tiene una cierta formación», afirma Bosch Capdevila, «no cabría la anulación del contrato conforme al artículo 1301 PM[CC 2009], dado que una diligencia mínima exigible le hubiese llevado a demandar los servicios de un asesor» [509]. En suma, «[e]l "ignorante", "inexperto" o "falto de previsión" del artículo 1301 PM[CC 2009] lo es en una medida tan extrema que desconoce la necesidad de asesorarse debidamente antes de concluir un contrato» [510].

Gómez Calle precisa que la imprevisión es «la inobservancia del normal cuidado», la inexperiencia «alude a la falta de conocimientos que se adquieren con la práctica y puede referirse a todos los asuntos de la vida o al ámbito negocial, pero no a la falta de conocimientos jurídicos o especializados en un sector concreto» (puede darse «especialmente en los jóvenes, en personas que vienen de países con sistemas jurídicos o económicos muy distintos o en aquellos que han perdido contacto con el mundo de los negocios (p. e., por su avanzada edad)», y la ignorancia «supone no advertir verdaderamente lo que se está haciendo cuando se celebra un contrato (falta una comprensión significativa del mismo o de sus consecuencias), sin que, de nuevo, la falta de tecnicismos legales o de aspectos técnicos de bienes o servicios sea relevante a estos efectos, si se tiene el normal entendimiento de un lego al respecto» («[s]ituaciones que pueden venir determinadas por razones de diverso orden, como la juventud, la avanzada edad, la falta de formación, la escasez de recursos o la nacionalidad entre otras)» [511].

Más allá de lo anterior, Bosh Capdevila destaca que en el artículo 1301. I PMCC 2009 no se menciona la falta de habilidad negociadora, lo que considera «exclusión acertada porque […] si el contratante está lo suficientemente formado y la única debilidad que tiene es que no es hábil en la negociación, la

[509] Bosch Capdevila (2012) p. 380.
[510] Bosch Capdevila (2012) p. 380.
[511] Gómez Calle (2018) p. 168.

diligencia le llevaría a recabar un asesoramiento» [512]. Igualmente Gómez Calle apunta la particularidad de que, en el artículo 1301. I PMCC 2009 no se contenga la falta de aptitud negociadora [513] [514].

> [A] Conectando con las distintas y generales clasificaciones doctrinales sobre los supuestos de vulnerabilidad que expone Gómez Calle en este [23], *supra* c.1) [A] y habiéndome referido en esta c.1.4) a la ignorancia, la inexperiencia y la falta de previsión, son oportunas estas otras consideraciones de Bosch Capdevila y Gómez Calle:
>
> *a)* Según Bosch Capdevila, en la inexperiencia y en la falta de previsión, la «víctima no […] [es] consciente de lo perjudicial que le resulta el contrato, si bien lo concluye a consecuencia de su desconocimiento» [515]; aquí, «el paralelismo puede producirse respecto al error» [516].

---

[512] Bosch Capdevila (2012) pp. 380-381; también lo destaca comparando con el DCFR [«II.-7:207» (2012) p. 496].

[513] Gómez Calle (2018) p. 128, p. 130 (transcribo el texto de esta p. 130, *infra* nota 531).

[514] a) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, en su artículo 527-9 (que transcribo *supra* nota 478 a.1) tampoco se contempla, expresamente, la falta de habilidad negociadora

b) Y lo mismo sucede en la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, en su artículo 56 [que transcribo *supra* nota 478 b.1)].

Ahora bien, tras afirmar que «[a] diferencia de lo que hace el DCFR se ha eliminado en la propuesta [P Bosch/Del Pozo/Vaquer] la referencia a la falta de "habilidad en la negociación" como situación de debilidad que podría dar lugar a la anulación del contrato», Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy indican, «si bien se le podría intentar dar acomodo dentro del concepto de inexperiencia» [(2016) p. 203].

c) Comparando entre sí las reglas modelo (Principios UNIDROIT, PECL, DCFR, y CESL), Lohsse destaca que en el artículo 51 CESL (que transcribo *supra* nota 437) se ha «omitido la falta de habilidad negociadora del catálogo de debilidades; de otra manera, los catálogos de las [de aquellas] reglas modelo son idénticos. De nuevo, el argumento de que tales habilidades son necesariamente distribuidas de manera desigual en la economía del mercado es difícil de descartar. La crítica, sin embargo, ha surgido en relación con la aparente exhaustividad del catálogo [de debilidades] de todas las reglas modelo. De hecho, tal exhaustividad afectaría a la futura flexibilidad para reaccionar frente a otras debilidades que pueden terminar siendo relevantes» [«Artículo 4:109» (2018) 6, p. 706]. Para otra omisión en el CESL, *supra* nota 481.

[515] Bosch Capdevila (2012) p. 376; también pp. 379-380.

[516] a) Bosch Capdevila (2012) p. 376.

Frente a la situación de no consciencia del perjuicio, señalada en el cuerpo del texto, para aquella otra de la consciencia del perjuicio, Bosch Capdevila añade que, «[e]n algunas situaciones, una parte puede contratar aún a sabiendas de que el contrato que concluye le es objetivamente perjudicial. No existe un conocimiento equivocado, pero sí una falta de libertad, al igual que ocurre en la violencia y la intimidación. La amenaza no proviene de la otra parte contratante, sino de una situación, que determina que la voluntad no se emita libremente, sino impulsada por la concreta situación» (pp. 376-377).

b) En el artículo 56.1 P Bosch/Del Pozo/Vaquer [que transcribo *supra* nota 478 b.1)] se contempla «[s]i el conocimiento equivocado que una de las partes tiene del contenido fundamental del contrato resulta de su inexperiencia, ignorancia, falta de previsión o de su relación con la otra parte […]».

En el comentario a dicho artículo 56, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican: «Y, en otros casos, la víctima, por sus circunstancias personales, puede no ser del todo consciente del perjuicio que le supone el contrato en cuestión: 1) cuando tiene con la otra parte una "relación de confianza" (la víctima piensa que la otra parte no se aprovechará de esta confianza), o 2) es imprevisora, ignorante, o inexperta, conceptos estos últimos referidos todos ellos ciertamente en una situación de debi-

b) Por su parte, Gómez Calle sitúa aquellas situaciones de vulnerabilidad dentro de la *«[f]alta de consciencia»* (cursiva del original) [517].

c.2) El segundo requisito subjetivo (en mi opinión) es que la otra parte contratante conociese, o debiera conocer, la situación de debilidad (de vulnerabilidad) de su cocontratante, de lo que abusa. He afirmado en mi opinión, pues ello no se requiere expresamente en el artículo 1301. I PMCC 2009 y hay autores que mantienen la interpretación contraria, su innecesariedad.

Por ejemplo, Bosch Capdevila se plantea, «[s]i una parte, ajena por completo a la situación de debilidad de la otra, concluye un contrato extremadamente ventajoso, ¿puede ver anulado este contrato por el beneficio excesivo obtenido a consecuencia de la situación de debilidad de la otra parte? O, dicho de otra manera, aunque no exista mala fe por parte del beneficiado, ¿podrá anularse el contrato?» [518]. En su consideración, «[l]a regulación del artículo 1301 PM[CC 2009] da a entender que no es preciso que se esté al corriente de la situación para que el contrato se pueda anular», y entiende, que «[n]o cabe duda que con esta regulación [del artículo 1301. I PMCC 2009] se evitan muchos de los problemas, especialmente probatorios, que la exigencia de dicho conocimiento podría plantear» [519]. En suma, apunta Bosch Capdevila, el artículo 1301 PMCC 2009 «parte de la base de que, si una persona en situación de debilidad concluye un contrato manifiestamente desventajoso, la otra parte, esté o no al corriente de dicha situación, se habrá "aprovechado injustamente" de ello para obtener una ventaja, y el contrato se podrá anular» [520].

---

lidad, pero también a una falta de diligencia de la víctima (si se trata de un contrato de cierta trascendencia, el "inexperto" debería pedir el asesoramiento de un experto)» [(2016) pp. 202-203; este texto continúa el que transcrito *supra* nota 506].

[517] Gómez Calle (2018) pp. 168-169.

Desde su análisis general (esto es, más allá del artículo 1301. I PMCC 2009; *vid.* mi aclaración *supra* nota 489), Gómez Calle también incluye en la falta de consciencia a la relación de confianza no contemplada en el artículo 1301. I PMCC (p. 169).

[518] Bosch Capdevila (2012) p. 381.

[519] Bosch Capdevila (2012) p. 381.

Como ilustración de lo que señala en el cuerpo del texto y planteando concretos problemas, Bosch Capdevila dice: «si acudimos por ejemplo al artículo 51.b) del Instrumento Opcional [que transcribo *supra,* nota 437], la exigencia de que la otra parte "sabía o cabía esperar que supiera", la situación del otro contratante, plantea evidentes problemas de interpretación y de prueba. Si A compra un piso de B (un desconocido) por un precio tres veces inferior al del mercado, aunque A desconozca la situación concreta de B, ¿debería esperarse que supiera de su desesperada situación económica por el simple hecho de que casi nadie, en circunstancias normales, vende un bien por un precio muy inferior al real? ¿Existe un deber de "investigar" la situación de la otra parte ante un contrato "sospechoso" de haberse concluido por necesidad?» [(2012) p. 381].

[520] a) Bosch Capdevila (2012) p. 382.

b) Bosch Capdevila defiende lo mismo, en su comparación con el artículo II.-7:207 DCFR: «En cuanto a las circunstancias subjetivas del beneficiado, no se exige [en el art. 1300 PMCC 2009] el conocimiento de la situación de debilidad de la víctima. Se excluye por tanto cualquier valoración de la buena o

Otros autores, con más o menos matices, apuntan la interpretación del artículo 1301. I PMCC 2009 en el sentido de que, en él, se opera al margen del conocimiento por parte del contratante beneficiado con el contrato (Gaspar Lera [521], Palazón Garrido [522]; Infante Ruiz en 2021 y 2022 [523]).

[A] *¿Es necesario mencionar en el artículo 1301. I PMCC 2009 el aprovechamiento injustificado, según Bosch Capdevila?*

Ante la exigencia del artículo 1301. I PMCC 2009 de que la otra parte se haya aprovechado injustamente de alguna de las situaciones de debilidad que, en dicho artículo se contemplan, Bosch Capdevila se cuestiona si la literal mención del aprovechamiento injusto, «¿es redundante, o pueden existir contratos en los que, a pesar de la ventaja excesiva lograda por una parte y la situación de debilidad de la otra, tal aprovechamiento no es injusto?» «¿[P]ueden existir contratos en los que una parte puede aprovecharse justamente de la situación de debilidad de la otra para lograr una ventaja excesiva en el contrato?» [524].

En su opinión, la «referencia al "aprovechamiento injusto" es consecuencia de la amplitud de las circunstancias subjetivas en la parte perjudicada que dan lugar a la situación de debilidad (por ejemplo, la falta de previsión)», «[p]ero si

---

mala fe del beneficiado, lo que elimina la dificultad que suponía, en el artículo II.-7:207 [que transcribo *supra* nota 435], la prueba del conocimiento de dicha situación. Cuando el artículo 1301 PMCC habla de "aprovecharse injustamente", entendemos que se refiere más al resultado –"la ventaja excesiva"– que no a una posible mala fe del beneficiado» [«II.-7:207» (2012) p. 496].

[521] Indica Gaspar Lera: «En cuanto a las circunstancias objetivas del beneficiado no se pide que tenga conocimiento de la situación de debilidad de la víctima, lo que supera la dificultad que plantea la prueba de esa mala fe en el DCFR. Por lo demás, cuando la PMCC [2009] habla de aprovechamiento injusto, parece que se refiere más al resultado que a la eventual mala fe del beneficiado» [(2014) pp. 275-276].

[522] Para Palazón Garrido: «no se exige respecto del contratante beneficiado que conozca la situación de debilidad de la víctima, pues cuando habla de "aprovecharse injustamente" no está claro si debe referirse al resultado o a la mala fe del beneficiado» [(2016) p. 1325].

[523] a) En 2021, Infante Ruiz afirma: «Por otro lado, tampoco se exige [en el artículo 1301. I PMCC 2009 y] en el elemento subjetivo, a diferencia de todos los textos armonizadores (PICC, PECL y DCFR) que el contratante que "emplea" el vicio conozca la situación de dependencia de la víctima, sino simplemente se exige como resultado que "se aproveche injustamente"» [*RDC* (2021) p. 23; también (2022) p. 193].

b) En 2022, Infante Ruiz, tras recordar el texto que acabo de transcribir en la anterior a) de esta nota, expone: «El supuesto de hecho sería el caso en que una parte celebra un contrato, desconociendo por completo la situación de debilidad de la otra, en condiciones extremadamente ventajosas. ¿Podría anularse este contrato? Bosch Capdevila [apellidos, mayúsculas en el original] afirma que la regulación del artículo 1301 PMCC da a entender que no es preciso que se esté al corriente de la situación del otro contratante para que se pueda anular y que no cabe duda de que con esta regulación se evitan muchos de los problemas, especialmente probatorios, que la exigencia de dicho conocimiento podría plantear. A mi juicio [Infante Ruiz], difícilmente se evitarán problemas y se podrán generar otros. En el binomio PECL-DCFR el requisito subjetivo del conocimiento por el contratante ventajista es fundamental para considerarlo como tal, como ventajista, justificándose con el objetivo de evitar incertidumbre. En verdad, debe tomarse como fundamento la protección de la apariencia y la seguridad del tráfico jurídico, lo contrario sería dejar cualquier contrato al albur de su impugnabilidad y a lo que el juzgador considere en cada momento sobre qué es una ventaja excesiva» [(2022) pp. 193-194].

[524] Bosch Capdevila (2012) p. 383.

> […] hacemos [Bosch Capdevila] una interpretación restrictiva de dichos conceptos, ya será mucho más difícil encontrar contratos en los que, existiendo dicha situación de debilidad, la ventaja excesiva no suponga un provecho injustificado» [525]. Aunque Bosch Capdevila no se atreve a calificar de «innecesaria» «la referencia [legal] al "aprovechamiento injustificado"», «sí será [dice] en la mayoría de las ocasiones irrelevante, en el sentido de que será una consecuencia necesaria de la concurrencia de los requisitos» de la ventaja excesiva [526].

Gómez Calle discrepa de la expuesta opinión de Bosch Cadevila. Dicha autora, que también señala que en el artículo 1301. I PMCC 2009 «no [se] exige expresamente conocimiento o deber de conocer esa situación [de debilidad del otro contratante]», entiende que, «[d]esde luego, el aprovechamiento injusto [que exige el artículo 1301. I PMCC 2009] sería indudable si el otro contratante la [*sic*, lo] conociera cuando celebra el contrato del que obtiene la ventaja excesiva», y que, «si las circunstancias son tales que [el otro contratante] debiera haber reconocido la situación vulnerable de la contraparte, parece evidente que no podrá aducir su supuesta –y dudosa– ignorancia para justificar que no se aprovechó de ella» [527]. Ahora bien, «[t]ema distinto [afirma Gómez Calle] es si el hecho de que el artículo 1301 PMCC no exija conocer o haber debido conocer la debilidad del otro significa que el contrato es anulable aunque el beneficiado no esté al tanto de la debilidad de la contraparte cuando concluya el contrato» [528]. En su «opinión [Gómez Calle], no debe darse tal sentido al artículo 1301 PMCC», opinión con lo que coincido. Para lo anterior, Gómez Calle ofrece y se apoya en los tres siguientes argumentos.

El primero, porque «quien celebra un contrato que le es muy ventajoso sin conocer la dependencia, las necesidades o las limitaciones del otro y sin tener tampoco motivos para sospecharlas, no "se aprovecha" de ellas y menos aún "injustamente"» («argumento literal») [529]. El segundo argumento, porque «la solución contraria introduciría […] una incertidumbre y una inseguridad intolerables en el tráfico jurídico, al permitir dejar sin efecto contratos por

---

[525] Bosch Capdevila (2012) p. 383.

[526] Bosch Capdevila (2012) p. 383.

[527] Gómez Calle (2018) p. 128; y añade, «[a]mbas conclusiones parecen claras».

[528] Gómez Calle (2018) p. 128.

[529] a) Gómez Calle (2018) p. 129.

b) En 2019 y a propósito de su análisis del artículo 527-9.1 PCCAPPDC [que transcribo *supra* nota 478 a.1)], Gómez Calle reitera su opinión contraria a Bosch Capdevila, apoyándose en el aprovechamiento injusto. Explica: «La PCCAPDC despeja así las dudas que en este punto ha suscitado la redacción del artículo 1301 PMCC; en concreto, Bosch Capdevila [apellidos, mayúsculas en el original] […] ha sostenido que como dicho artículo 1301 no exige literalmente conocer la debilidad del otro, ello significa que el contrato es anulable aunque el beneficiado no esté al tanto de la misma al concluir el contrato; en mi opinión [Gómez Calle], en cambio, el "aprovechamiento injusto" de la situación ajena a que alude el propio artículo [1301. I PMCC 2009] presupone lo contrario» [(2019) nota 17 de p. 1621].

circunstancias personales de un contratante que el otro no tuviera motivo alguno siquiera de sospechar» [530]. Y el tercero y último argumento, porque «interpretar que la norma [del art. 1301 PMCC 2009] no presupone el conocimiento o deber de conocer la debilidad ajena comporta una extensión del ámbito de aplicación de la figura de la ventaja injusta que resulta incoherente con la visión restrictiva que de la misma se desprende de otras reglas de la PMCC [2009], en comparación con las que al respecto se contienen en buena parte de los textos de armonización» [531] [532].

---

[530] Gómez Calle (2018) p. 129; añade: «[l]as reglas que estamos analizando [Gómez Calle] en este trabajo se justifican por la confluencia de una injusticia sustantiva y una deslealtad procedimiental, de modo que solo la primera [la injusticia sustantiva] no basta para poder dejar sin efecto el contrato, y la segunda [la deslealtad procedimental] requiere una conducta impropia del contratante beneficiado».

[531] Gómez Calle (2018) p. 130.

Sobre esas otras reglas de la *Propuesta de 2009* de las que se desprende la visión restrictiva de la ventaja excesiva del artículo 1301 PMCC 2009, «se plasma, [explica Gómez Calle] p. e., en el elenco de causas determinantes de la debilidad de un contratante (donde se omite la posible consideración de las relaciones de confianza o de falta de aptitud negociadora y se exige que las dificultades económicas sean extraordinarias para que puedan ser tomadas en cuenta) (art. 1301 PMCC [2009]), en la elección de un criterio objetivo (la consumación del contrato) y no uno subjetivo (recuperación de la capacidad de decidir libre o conscientemente) como *dies a quo* del plazo de la acción de anulación (art. 1304. III PMCC [2009]) o en la reducción de los supuestos en que este vicio es relevante cuando proviene de un tercero (art. 1302 PMCC [2009])».

[532] a) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, en su artículo 527-9 se dispone, «[…] resulta que, con conocimiento de causa, se ha aprovechado en contra de la buena fe de una situación de […]».

a.2) Se ha destacado que, en dicho artículo 527-9 PCCAPPDC [que transcribo *supra* nota 478 a.1)] se exige expresamente y a diferencia del artículo 1301. I PMCC 2009, que el beneficiado por el contrato haya conocido de la situación de vulnerabilidad. En este sentido, por ejemplo:

a.2.1) Palazón Garrido: «A pesar de que la denominación (de "[v]entajismo" del artículo 527-9.1 PCCAPPDC, poco afortunada a mi juicio [Palazón Garrido], parece poner el énfasis en el aspecto objetivo de la ventaja económica, se trata de una impresión errónea. De la redacción del precepto [art. 527-9.1 PCCAPDC] se deriva el gran peso que se le concede al requisito subjetivo que, aquí sí claramente [y a diferencia del artículo 1301. I PMCC 2009], se dirige también al contratante beneficiado, exigiéndose que conozca la situación de la otra parte ("con conocimiento de causa") y que se aproveche de ella "en contra de la buena fe"» [(2016) p. 1325].

a.2) Gómez Calle, en 2018: «[d]onde el artículo 527-9.1 PCCAPDC se distancia de su precedente inmediato [el artículo 1301. I PMCC 2009] es al caracterizar la conducta de quien obtiene la ventaja excesiva, punto en el que la nueva propuesta [de Código civil de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil] ha querido subrayar el ingrediente de la mala fe. En concreto, se exige que, teniendo en cuenta la naturaleza y fin del contrato, resulte que ese contratante, *con conocimiento de causa, se ha aprovechado en contra de la buena fe* de la situación del otro. Con esta redacción [del artículo 527-9.1 PCCAPPDC] se despeja cualquier género de duda sobre la necesidad de que haya conocimiento de la situación de debilidad del otro contratante y una conducta consciente de explotación por parte del beneficiado (duda que, sin embargo y como se vio, sí que ha suscitado el artículo 1301 PMCC). Por lo demás, y en mi opinión [Gómez Calle], el precepto [el artículo 527-9.1 PCCAPPDC] admite ser interpretado en el sentido de que los casos en que este *hubiera debido conocer* que se estaba aprovechando de la vulnerabilidad ajena deberían asimilarse a los de conocimiento efectivo» [cursiva del original; (2018) p. 149].

Posteriormente, en 2019, Gómez Calle vuelve a destacar esta característica de la regulación del artículo 527-9.1 PCCAPPDC. Dice ahora: «De otro lado, es necesario que, teniendo en cuenta la naturaleza y fin del contrato, el otro contratante, *con conocimiento de causa, se haya aprovechado en contra de*

[A] *El* soft law *y el artículo 51 CESL: el conocimiento o el deber de conocer la vulnerabilidad del cocontratante*

En los artículos 4:109 PECL, II.-7:207 DCFR y 51 CESL, se exige expresamente (es requisito) el conocimiento o el deber de conocer o el conocimiento esperable de la vulnerabilidad del cocontratante. Frente a ello, en el artículo 3.2.7 Principios UNIDROIT 2016 se alude al aprovechamiento injustificado de la vulnerabilidad del cocontratante como factor a tener en cuenta. Como antes apunté en este mismo [23], en mi opinión, el artículo 3.2.7 Principios UNIDROIT 2016 fue el que más directamente influyó en la redacción del artículo 1301. I PMCC 2009 (en este último también se emplea la expresión «aprovechado injustamente»). Teniendo presente la expuesta divergencia interpretativa entre los autores sobre si el artículo 1301. I PMCC 2009 exige, o no, el conocimiento o el deber de conocer la vulnerabilidad del cocontratante, conviene que me detenga en las explicaciones dadas para cada uno de los antes citados artículos del *soft law* y del CESL.

[A.1] En los Principios UNIDROIT 2016, en el comentario 2 de su artículo 3.2.7 [artículo que transcribo *supra* nota 439] se apunta que «[n]o basta que la ventaja sea excesiva», pues «debe ser también injustificada» y, [p]ara poder afirmar que una ventaja es injustificada se deben valorar todas las circunstancias del caso», mereciendo «una especial atención» los dos factores ordenados en el párrafo primero de aquel artículo 3.2.7, siendo uno, «que una de las partes se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica, necesidades apremiantes, falta de previsión, ignorancia, ligereza, inexperiencia o falta de actitud negociadora de la otra parte [párrafo (1)(a)]» [533]. Se precisa ade-

---

la buena fe [cursiva del original] de la situación ajena; queda claro, pues, que el contratante beneficiado ha de conocer la situación de debilidad del otro y explotarla conscientemente; con esta exigencia se protege a quien contrata ventajosamente sin saber que el otro está en una posición de debilidad y, por tanto, sin consciencia de estarse aprovechando de ello» [(2019) pp. 1620-1621].

a.3) Infante Ruiz, E.: «El "ventajismo" de esta Propuesta [de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil], introduce una mejora al exigir como elemento subjetivo del supuesto de hecho que el contratante conozca la situación de debilidad de la otra parte ("con conocimiento de causa") y se aproveche de ella "en contra de la buena fe"» [(2022) nota 359 de p. 194].

b) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch /Del Pozo/Vaquer, en su artículo 56.1 se dispone que, «el contrato es anulable solamente en el caso en que la otra parte, conociendo o debiendo conocer estas circunstancias, se aprovecha de ellas».

b.2) En su comentario a dicho artículo 56, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican: «2.º Que la otra parte contratante conozca o deba conocer esta situación de debilidad. Es necesario que la otra parte contratante conozca o deba conocer esta situación del otro contratante, y se aproveche de ello para obtener una ventaja o un beneficio. Es decir, para poder anular el contrato, la parte favorecida debe saber que concluye un contrato que le es ventajoso, precisamente a causa de la falta de libertad o por la situación de debilidad del otro contratante. Por tanto, si la parte que ha obtenido la ventaja no ha podido saber que la otra se encontraba en una situación de debilidad, el contrato no se puede anular. La dificultad está en averiguar cuando el beneficiado sabía o debía conocer estas circunstancias; para ello, se establece en el apartado 2 del artículo [56 P Bosch/Del Pozo/Vaquer] la presunción de que este conocimiento –y los otros requisitos– se cumplen cuando hay lesión *ultradimidium*» [(2016) p. 203].

[533] «Artículo 3.2.7», UNIDROIT (2018) pp. 120-121.

más, que «[e]n lo referente a la dependencia de una parte frente a la otra, no es suficiente por sí misma que una de las partes mantenga una posición negociadora dominante en razón de las condiciones del mercado» [534]. Y a modo de ejemplo se expone, «"A", dueño de una planta automotriz, vende una anticuada cadena de producción a "B", una entidad gubernamental de un país ansioso de montar su propia industria automotriz. Sin recurrir a maniobra alguna en cuanto a la eficacia de la cadena de producción, "A" logra fijar un precio manifiestamente excesivo. "B" podrá anular el contrato al descubrir que ha pagado una suma acorde con la adquisición de una cadena de producción mucho más moderna» [535].

[B] En los comentarios de los PECL y el DCFR y para el expreso requisito de que se conozca o deba conocer/conocimiento esperable la vulnerabilidad del contrante, se apunta, en esencia, a la incertidumbre que se crearía en la contratación en general si se protegiera al vulnerable cuando su cocontratante no conocía, ni debía conocer su situación en el momento de la celebración del contrato.

[B.1] Según el *Comment C* del artículo 4:109 PECL (que transcribo *supra* nota 396), «[s]ería también crear demasiada incertidumbre derrotar contratos cuando no había razón para que la parte que gana la ventaja conozca que la otra parte estaba en una situación más débil», y «[s]olo cuando […] debería saber que la otra parte no está en situación de salvaguardar sus propios intereses, [es] que la parte más fuerte debiera haber tenido en consideración los intereses de la parte más débil» [536].

[B.2] En el *Comment C* del artículo II.-7:207 DCFR (que transcribo *supra* nota 435) se explica, que «sería también crear mucha incertidumbre derrotar contratos en los que la parte que gana la ventaja, ni conocía, ni podía razonablemente esperarse que conociera que la otra parte estaba en una situación de debilidad» y, «[e]n tal circunstancia, la parte más fuerte no puede razonablemente ser requerida para que tenga cualquier especial consideración hacia los intereses de la parte más débil» [537].

[C] Por último y en su comentario al artículo 51 CESL (que transcribo *supra* nota 437), Pfeiffer se limita a apuntar a cierta facilitación de la prueba.

Según Pfeiffer, «[l]a parte que explota debe tener un *conocimiento positivo* de la debilitada posición negociadora de la parte explotada o debe *esperarse que tenga tal conocimiento»* [cursiva, negrita en el original], y esta «última alternativa es precisamente para evitar problemas de prueba» [538]. «Es suficiente que los hechos permitan la conclusión de que una parte debe haber conocido los factores de debilidad» [539]. Ahora bien, «en relación a factores personales tales como imprevisión, falta de experiencia o ignorancia, debería tenerse en mente que podría

[534] «Artículo 3.2.7», UNIDROIT (2018) p. 121.
[535] «Artículo 3.2.7», UNIDROIT (2018) p. 121.
[536] «Artículo 4:109», Lando/Beale (ed.) (2000) p. 262; traducción mía.
[537] «Artículo II.-7:207», Von Bar/Clive (ed.) (2009) p. 508; traducción mía.
[538] Pfeiffer, «Artículo 51» (2012) 23, p. 281; traducción mía.
[539] Pfeiffer, «Artículo 51» (2012) 23, p. 281; traducción mía.

> ser difícil para la otra parte reconocer estos factores por lo que el conocimiento esperable debe ser tratado con la apropiada precaución» [540].

c.3) El tercer y último requisito tiene carácter objetivo y consiste en que la otra parte parte contratante haya obtenido una ventaja excesiva.

Según Bosch Capdevila, la ventaja excesiva es «concepto caracterizado por su laxitud» e «imprecisión» [541]. Es laxo, porque «se refiere no únicamente al precio o contraprestaciones de las partes, sino también a otras condiciones del contrato, como podrían ser por ejemplo la forma de pago o las causas de resolución del contrato» [542]. Es «enormemente impreciso», por lo «que deberá ir siendo perfilado por los Tribunales, aunque será difícil que se pueda extraer de sus decisiones una doctrina generalizable, por cuanto las circunstancias de cada caso pueden ser decisivas en la resolución» [543]. En este sentido, por ejemplo, «[u]na desproporción en el precio, o la imposición de cláusulas que en algún ámbito se consideran abusivas, no tiene porque implicar necesariamente "una ventaja excesiva", en tanto que otras cláusulas del contrato pueden "compensar" aquella ventaja» [544]. En definitiva, «deberá considerarse el contrato en su conjunto para ver si la ventaja que se otorga a la otra parte debe tomarse por excesiva» [545]. Bosch Capdevila emplea «el concepto de *unconscionability*, tomado del *common law* [*supra* nota 239], […], [y] la ventaja excesiva supondría un desequilibrio tal en el contrato que atentase contra la conciencia de una persona honrada [546]» (cursiva del original); esto es, «[n]o se trata de introducir el requisito de la justicia negocial en cada contrato, pero sí de anular aquellos contratos en los que, concurriendo los requisitos subjetivos […], exista tal ventaja "excesiva"» [547].

---

[540] Pfeiffer, «Artículo 51» (2012) 23, pp. 281-282; traducción mía.

Añade: «Además, esta parte debe haber *explotado* [cursiva, negrita en el original] aquella situación: la parte debe haber conscientemente utilizado esta situación en orden a obtener un contrato que proporciona un excesivo beneficio o injusta ventaja» (24, p. 282).

[541] Bosch Capdevila (2012) p. 382.

[542] Bosch Capdevila (2012) p. 382.

[543] Bosch Capdevila (2012) p. 382.

[544] Bosch Capdevila (2012) p. 382.

[545] Bosch Capdevila (2012) p. 382.

[546] En otro plano, en el comentario 1 del artículo 3.2.7 Principios UNIDROIT 2016 se alude a que el contrato «resulte escandaloso para una persona razonable». En concreto: «La expresión ventaja "excesiva" [del artículo 3.2.7 Principios UNIDROIT 2016] denota que, para permitir la anulación o adaptación del contrato bajo este artículo, no basta una desproporción sustancial entre el valor y el precio o algún otro elemento que rompa el equilibrio de las prestaciones. Lo que se requiere es que el desequilibrio de las prestaciones sea de tal magnitud, de acuerdo con las circunstancias, *que resulte escandaloso para una persona razonable»* [cursiva mía; «Artículo 3.2.7», UNIDROIT (2018) p. 120].

[547] Bosch Capdevila (2012) pp. 382-383. *Vid.* además Infante Ruiz (2022) p. 194.

Otros autores también interpretan en sentido amplio la ventaja excesiva del artículo 1301. I PMCC 2009, ya que incluyen los desequilibrios en el precio y los desequilibrios en las condiciones del contrato; además, suele destacarse el dato de que en el artículo 1300. I PMCC 2009 no se ha cuantificado la ventaja excesiva. Así y por ejemplo, Gaspar Lera [548], Palazón Garrido [549], y Gómez Calle [550] [551].

d) Sobre el ámbito de aplicación del artículo 1301. I PMCC 2009, Bosch Capdevila incluye a los contratos mercantiles («los contratos concluidos entre comerciantes» [552]). Y efectivamente, a los contratos mercantiles se les aplica los artículos 3.2.7 Principios UNIDROIT 2016, 4:109 PECL, II.-7:207 DCFR y 51 CESL (que transcribo *supra* notas 439, 396, 435 y 437, respectivamente). «¿Ocurrirá lo mismo [se cuestiona Bosch Capdevila] si tal

---

[548] Según Gaspar Lera, «puesto que la ventaja excesiva [del art. 1301. I PMCC 2009] no se cuantifica, cabe considerar que puede afectar tanto al precio como a otras circunstancias o condiciones del contrato» [(2014) p. 276].

[549] Según Palazón Garrido, «el elemento objetivo de la ventaja excesiva [del artículo 1301. I PMCC 2009] no se cuantifica, por lo que puede afectar tanto al precio como a otras condiciones del contrato» [(2016) p. 1325].

[550] Gómez Calle, tras señalar que «[e]l injusto aprovechamiento de la situación ajena ha de traducirse, en el *plano objetivo*, en la obtención de una *ventaja excesiva* por parte del contratante beneficiado», afirma que la ventaja excesiva es «término […] lo suficientemente amplio como para abarcar tanto desequilibrios puramente económicos entre el valor de las prestaciones como desajustes de otro tipo» (cursiva del original); añade, «[s]e ha apuntado [se refiere a Bosch Capdevila], con razón, que para ponderar si la ventaja es excesiva, hay que considerar el contrato en su conjunto ya que una desproporción en el precio o en otras estipulaciones puede verse compensada por otras cláusulas del mismo contrato» [(2018) p. 130].

[551] a) a.1) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, en su artículo 527-9.1 [que transcribo *supra* nota 478 a.1)] se exige «una ventaja excesiva».

a.2) Para Gómez Calle, dicho «término [de la ventaja excesiva del artículo 527-9.1 PCCAPPDC] es lo suficientemente amplio como para abarcar todo tipo de desequilibrios, se refieran al valor de las prestaciones o a otras condiciones del contrato (p. ej., a su duración, forma de pago, plazos para el cumplimiento, cláusulas penales, causas de resolución, etc.). En todo caso, lo excesivo de la ventaja debería ponderarse considerando el contrato en su conjunto y a la vista de las condiciones que sean normales en el mercado para el tipo de contrato en cuestión» [(2019) p. 1620].

b) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, en su artículo 56.1 [que transcribo *supra* nota 478 b.1)] se dispone, que «se aprovecha de ellas para obtener un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta».

b.2) En el comentario a dicho artículo 56, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican: «La obtención de un "beneficio excesivo" o de una "ventaja injusta". A diferencia de lo que ocurre respecto del resto de vicios del consentimiento, para poder anular el contrato por explotación injusta se requiere un elemento objetivo: el "beneficio excesivo" o la "ventaja manifiestamente injusta" conseguidos por la otra parte contratante. El concepto de "beneficio" se refiere especialmente al precio, en el sentido de que la situación de debilidad puede provocar que se pague un precio muy superior, o que se reciba una contraprestación de valor muy inferior a lo que sería normal. El concepto de "ventaja injusta" va más allá del precio, y puede referirse a otras condiciones del contrato, como podría ser la forma de pago o las causas de resolución del contrato. En cualquier caso, el beneficio o ventaja debe darse objetivamente en el momento de la conclusión del contrato, sin atender al resultado del mismo» [(2016) p. 203].

[552] Bosch Capdevila (2012) p. 386.

norma [el artículo 1301 PMCC 2009] se incorpora al Código civil español?» [553] Entiende, que «[l]a duda surge porque el art. 344 del Código de Comercio empieza diciendo que "[n]o se rescindirán las ventas mercantiles por causa de lesión"», pero, en su opinión, «la norma del artículo 1301 PM[CC 2009] no debería resultar afectada por el art. 344 CCo, al enmarcarse [dicho art. 1301 PMCC 2009] no en sede de compraventa [como sucede con el art. 344 CCO] o en sede de lesión [554], sino dentro de la teoría general del contrato y dentro de los vicios del consentimiento» [555].

[A] *La SAP Tarragona, sec. 3, 27.04.2023 (Pte. Ilma. Sra. Silvia Falero Sánchez*; Cendoj, Roj SAP T 503/2023)

[A.1] Es sentencia interesante, como contraste con la que opinión que acabo de exponer de Bosch Capdevila sobre el artículo 1301. I PMCC 2009 (causa general de anulación contractual). Aunque la Audiencia Provincial de Tarragona se centra en la ventaja injusta del artículo 621-45 CCCat [causa de rescisión aplicable a la compraventa y demás contratos onerosos; para su aplicación judicial *supra* [3] c) [A.1] b)], y no, en la ventaja excesiva del artículo 1301 PMCC 2009, dicha Audiencia entiende, al margen de otras consideraciones, que el artículo 621-45 CCCat no se aplica a las compraventas mercantiles; estas compraventas se excluyen de su campo de actuación. La Audiencia Provincial de Tarragona lo apoya en que a la compraventa mercantil se le aplica el Código de comercio y no el Código civil de Cataluña, y en el Código de comercio no se contempla la rescisión por ventaja injusta, además de que en el artículo 344 CCO no se admite la rescisión por lesión.

[A.2] En cuanto a los hechos, *Bodegas Valdovino SL* (suministrador) demanda a *Bodega Polígono Francolí SL* (suministrado) y solicita que esta última le pague 14.481,84 €, «precio por el suministro de mercancías solicitadas por» *Bodega Polígono Francolí SL* (suministrado) «en el mes de julio de 2018 y que fueron entregadas a su entera satisfacción, originando una deuda inicial de 14.766,84 euros más unos gastos de devolución de 715 euros» (FD 1.º1). Debido a «las gestiones amistosas iniciadas [entre las partes implicadas] se suscribió por» *Bodega Polígono Francolí SL* (suministrado) un «reconocimiento de deuda por importe de 14.481,84 euros, una vez deducido un pago a cuenta de 1.000 euros» (FD 1.º1).

Por su parte, *Bodega Polígono Francolí SL* (suministrado) señala, «que no hubo un contrato donde se fijaran las condiciones de venta y el precio, basándose la operación en un documento de entrega, documento unilateral, donde se fi-

[553] Bosch Capdevila (2012) p. 386.

[554] En 2012, Bosch Capdevila decía que, «conforme al citado precepto [art. 344 CCO], la rescisión por lesión prevista en los [entonces vigentes] artículos 321 a 325 CDCC y en las [entonces vigentes] leyes 499 a 507 FN no es aplicable a las compraventas mercantiles» [(2012) p. 387].

[555] Bosch Capdevila (2012) pp. 386-387.

jan unas condiciones leoninas tanto en el precio fijado como en el volumen, impidiendo que tenga un acceso normal al mercado» (FD 1.º2). Indica además, que «acababa de empezar el negocio, siendo la cantidad de botellas de vino totalmente desproporcionada, exponiendo que la mercancía se encuentra en sus almacenes, estando dispuestos a liquidar sus existencias con» *Bodegas Valdovino, SL* (suministrador), «entregándola, pagando el precio de las botellas vendidas» (FD 1.º2). Además, *Bodega Polígono Francolí SL* (suministrado) reconviene y alega, «que la venta debía entenderse anulada de acuerdo con el artículo-1124 en relación con el artículo-1303 del CC y 621-37 del CCCat y 621-45.1 y 2, de aplicación al ser» *Bodega Polígono Francolí SL* (suministrado) «nuevo en el negocio, por lo que aceptó unas condiciones que han implicado un perjuicio, al no poder vender el género y el pago de una factura no del todo asumible dentro del mercado y volumen que debe mover un negocio como el del actor [*Bodegas Valdovino SL*, suministrador], por lo que [*Bodega Polígono Francolí SL,* suministrado] solicita la anulabilidad del contrato verbal suscrito comprometiéndose a devolver la mercancía y que tiene en su almacén así como el pago del producto vendido» (FD 1.º2).

En primera instancia se estima la demanda de *Bodegas Valdovino SL* (suministrador) y se condena a *Bodega Polígono Francolí SL* (suministrado) al pago de 14.481,84 € «de principal con los intereses legales devengados desde la fecha de la reclamación extrajudicial hasta su completo pago» (AH 1.º). Se desestima la demanda reconvencional de *Bodega Polígono Francolí SL* (suministrado) (AH 1.º).

Bodega Polígono Francolí SL (suministrado) interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial de Tarragona no lo estima.

[A.3] En cuanto a la argumentación de la Audiencia Provincial de Tarragona para desestimar el recurso de apelación interpuesto por *Bodega Polígono Francolí SL* (suministrado), aquella entiende, coincidiendo con la sentencia de primera instancia, que la denominación de dicha sociedad basta para excluir su falta de experiencia en el sector vinícola y, ni se ha probado que hubiera una relación de confianza, ni que se encontrase en situación de vulnerabilidad, ni de ignorancia en el sector, ni se ha probado el aprovechamiento por parte de *Bodegas Valdovino SL* (suministrador). Además, lo que *Bodegas Polígono Francolí SL* (suministrado) ejercita es una acción de anulación contractual, citando solo al artículo 1303 CC, y el supuesto vicio del consentimiento (error, dolo) no se prueba. Acaba reiterando la Audiencia Provincial de Tarragona, que no se han probado los requisitos exigidos por el artículo 621-45.1 CCCat.

En concreto, según la Audiencia Provincial:

«1. Discrepa el apelante [*Bodega Polígono Francolí SL*, suministrado] de la desestimación de la demanda reconvencional y reitera que había iniciado la actividad comercial poco antes de la operación controvertida, y la operación superaba las líneas razonables que debe presidir cualquier relación comercial, por la cantidad de botellas de vino, podía ser [*sic*; no podía ser] asumida ni vendida, considerando que el juzgador debía aplicar el artículo-621.37 y 621-45. 1 y 2 […].

> 2. Frente a lo sostenido por el apelante [*Bodega Polígono Francoli, SL,* suministrado] la sentencia sí que resuelve sobre lo planteado, reproduce los preceptos citados y concluye que el supuesto no tiene encaje en el artículo-621-45, pues la propia denominación social de la demandada [*Bodega Polígono Francolí, SL*, suministrado] basta para excluir su falta de experiencia en el sector vinícola, ni se prueba que entre las partes [*Bodega Polígono Francolí, SL* y *Bodegas Valdovinos SL,* suministrado y suministrador] existiera una relación de confianza, ni de hallarse la demandada [*Bodega Polígono Francolí SL,* suministrado] en situación de vulnerabilidad ni de su ignorancia en el sector, ni por tanto del alegado aprovechamiento por la actora [*Bodegas Valdovinos SL,* suministrador]. Y dichas conclusiones han de compartirse por esta Sala.
>
> 3. En primer lugar debemos reseñar que nos encontramos ante una compraventa mercantil, el apelante [*Bodega Polígono Francolí SL*, suministrado] adquiere género para revenderlo en su establecimiento, con evidente ánimo de lucrarse en la reventa. El artículo 325 del Código de comercio dispone: […]. Resulta de aplicación, por tanto la normativa del Código de comercio para la compraventa y no el CCCat, y la norma mercantil contempla la rescisión por ventaja injusta a que alude el artículo 621. 45.1 del Codi Civil de Catalunya el cual señala que […] Es más el artículo-344 del CCo ni siquiera admite la rescisión por lesión, cuando señala que: […]
>
> 4. Pero es que además, la apelante [*Bodega Polígono Francolí SL*, suministrado] no ha ejercitado acción alguna de rescisión, o de resolución, sino de anulabilidad y de los preceptos citados solo el artículo-1303 guarda relación con la nulidad de los contratos, y el supuesto vicio del consentimiento, al que se alude en la página uno del escrito de contestación, entendemos que se trataría de error o dolo, porque tampoco se especifica, carece de soporte probatorio alguno. En todo caso, y para agotar la cuestión, aun cuando ya decimos que el precepto no es aplicable, la parte apelante [*Bodega Polígono Francolí SL,* suministrado] no acredita ninguna de las premisas que se prevén en el artículo-621-45 pues no acredita que carezca de experiencia en la operativa de que se trata, por mucho que se hubiera dado de alta en la actividad el 1 de abril de 2018, la venta se verifica el 11 de junio de 2018, su objeto social es el comercio y venta al por mayor de bebidas, entre otros, ni prueba ninguna otra de las situaciones mencionadas, vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, o que fuera incapaz de prever las consecuencias de sus actos, manifiestamente ignorante, ni que exista un beneficio injusto para la contraparte [*Bodegas Valdovino, SL*, suministrador]. Como afirma la sentencia de instancia, el hecho de que el vino adquirido no tuviera en el mercado la aceptación que se esperaba, es un riesgo inherente al negocio» (FD 2.º).

e) Por último, voy a ocuparme de la valoración y de cómo han encarado los autores la interpretación y aplicación de la ventaja excesiva del artículo 1301 PMCC 2009.

Por ejemplo, para Bosch Capdevila, su introducción en el Código civil supone, por un lado, «el loable propósito de evitar la explotación de la situación de necesidad de una persona, por lo cabría valorarla positivamente», pero,

por otro lado, «[p]resenta […] los inconvenientes de la inseguridad jurídica que puede generar, y que puede dar pie a una elevada conflictividad, agravado ello por el amplio y quizás excesivo arbitrio judicial al que conduce», pues «una aplicación indiscriminada» del artículo 1301. I PMCC 2009 «podría llevar a no a la realización de "contratos justos", sino a la no contratación (exclusión de "contratos injustos" para evitar su adaptación forzosa)», lo que «si bien evitaría abusos, no solventaría satisfactoriamente la situación de necesidad en que se encuentra la parte débil» [556]. De ahí que Bosch Capdevila proponga «[u]na aplicación prudente […] por [parte de] los tribunales» [557]. Es oportuno que recuerde la anterior consideración de Bosch Capdevila, a propósito del requisito objetivo de la ventaja excesiva, de que el desequilibrio contractual ha de atentar a la conciencia de una persona honrada (en este [23] anterior c.3)].

Con un carácter más amplio que para el del artículo 1301. I PMCC 2009, Gómez Calle es partidaria de introducir al Código civil la figura de la ventaja injusta, apuntando igualmente a su aplicación prudente [558]. Del mismo modo, conviene que recuerde su afirmación, hecha en relación con el requisito del conocimiento o deber de conocer la situación de vulnerabilidad del cocontratente, de la visión restrictiva que de otras reglas de la *Propuesta de 2009* se desprenden para con el artículo 1301. I PMCC 2009 [en este [23] anterior c.2) y nota 531].

Por su parte, Infante Ruiz se manifiesta crítico. A su entender, la innovación del artículo 1301. I PMCC 2009 «sufre de cierta presión, precisamente, por el deseo de innovar» y cree «que [dicha innovación] esta influida indebidamente –permítaseme [Infante Ruiz] el juego de palabras– por los instrumentos de *sof law*» [559]. Entiende que «[l]as cuestiones relativas a los abusos de confianza, superioridad y debilidad consideradas en el *common law* bajo la institución de la *undue influence* deberían separarse de las cuestiones relativas a los

---

[556] Bosch Capdevila (2012) p. 387.

[557] Bosch Capdevila (2012) p. 387; continúa: «así como el paulatino establecimiento de una doctrina jurisprudencial lo más uniforme posible, podrían contribuir a lograr los propósitos perseguidos» con el artículo 1301 PMCC 2009.

[558] Según Gómez Calle: «[e]n los casos examinados, en fin, *la injusticia del contenido contractual se encuentra cualificada por el comportamiento desleal de una de las partes.* En mi opinión [Gómez Calle], el ordenamiento jurídico no debe dar cobertura a transacciones de este tipo. La seguridad jurídica que pueda invocar quien explota conscientemente la situación de vulnerabilidad del otro para beneficiarse con ello de forma desproporcionada no debe tutelarse. A la vista de todo ello, me parece [Gómez Calle] que normas como las que he analizado a lo largo de este trabajo y que contemplan específicamente la ventaja injusta, aplicadas con prudencia, pueden resultar útiles para no permitir transacciones netamente abusivas. Creo [Gómez Calle], en definitiva, que nuestro Derecho de contratos no debe seguir ignorando estos casos, para los cuales no siempre cuenta, en la situación actual, con una respuesta satisfactoria» [cursiva del original; (2018) p. 216].

[559] Infante Ruiz (2022) p. 194.

abusos de superioridad en el proceso de negociación, la explotación injusta y otras cuestiones afines que son tratados en el *common law* en el contexto de la *unconscionability*», ya que, «[d]e lo contrario, estaríamos introduciendo en un vicio del consentimiento cuestiones atinentes a la *laesio enormis*» [560].

> [A] En sentido similar a Infante Ruiz se manifiesta Lohsse, para las reglas modelo [Principios UNIDROIT, PECL, DCFR, y CESL].
>
> Según Lohsse, «la referencia [exigencia] a la ventaja injusta o al excesivo beneficio [que contienen aquellas reglas modelo] es modelada sobre las tradiciones continentales» [561]. A su parecer, «hubiera sido aconsejable […] en esencia repensar este segundo criterio [el requisito de la ventaja injusta o el excesiva beneficio] (aparte de que no es adecuamente tenido en cuenta en las obligaciones unilaterales). De hecho, [continúa Lohsse,] si una regla está pensada para dirigirse a problemas relativos a la formación de la voluntad, cualquier referencia a criterios de desigualdad parece ser más bien inapropiado. Tales requisitos simplemente osifican el acercamiento [europeo] continental, el cual se basa en las ideas del justo precio, *laesio enormis,* etc. Además, este acercamiento [de la ventaja injusta o el excesivo beneficio] solo ha sido adoptado porque la estructura conceptual del derecho [europeo] contractual continental no permitía integrar el *mentus reverentialis* en el catálogo de los vicios del consentimiento. Parece muy cuestionable, [opina Lohsse,] si, criterios [requisitos] tales como la desigualdad o la explotación por la otra parte, deberían jugar algún papel en un acercamiento que es basado en las deficiencias en la formación de la voluntad de una parte» [562].

[24] Una vez que he explicado la ventaja excesiva de la *Propuesta de 2009* (anterior [23]), retorno a la pregunta que planteé *supra* [22] de si, con la regulación del dolo del artículo 1300 PMCC 2009, puede o no seguir acogiéndose la tesis amplia del dolo. Entendía que era posible y aportaba mis razones, a las que remito. Asimismo advertía que, dado que en la *Propuesta de 2009* se regula con carácter general la ventaja excesiva (art. 1301. I PMCC) y en aquel entonces (en el [22]) todavía no la había analizado, mi conclusión era provisional y que, en el [24], respondería definitivamente.

Pues bien, entiendo (respuesta definitiva) que, aun existiendo la ventaja excesiva del artículo 1301. I PMCC 2009, puede seguir acogiéndose la tesis amplia del dolo, si se es partidario de ella. Creo que si el dolo del artículo 1300 PMCC 2009 se interpreta según la tesis estricta (según la cual, recuerdo, solo hay dolo si hubo error en el otro contratante), el sistema global de los vicios

---

[560] Infante Ruiz (2022) pp. 194-195; continúa: «y es que no puede negarse que la ventaja de hoy en día es una reedición moderna de la vieja institución del *ius commune*».

[561] Lohsse, «Artículo 4:109» (2018) 5, p. 705.

[562] Lohsse, «Artículo 4:109» (2018) 5, p. 705.

del consentimiento se cierra demasiado. Y esto, porque la ventaja excesiva del artículo 1301. I PMCC 2009 exige que del contrato resulte un desequilibrio económico o en las condiciones del contrato para el contratante vulnerable, lo que no sucede con el dolo del artículo 1300 PMCC 2009. La idea, que ahora aplico a la ventaja excesiva del artículo 1301. I PMCC 2009, de que si ya se cuenta con una específica regulación (esto es, dicho art. 1301. I PMCC 2009), el dolo debe reconducirse solo a los supuestos en que efectivamente el contratante que lo padeció tuvo un error, no me convence totalmente, teniendo presente los argumentos que en breve expongo en este [24]. En mi opinión, sigue vigente la afirmación de De Castro y Bravo, en relación con el dolo de los artículos 1269, 1270. I CC, de que «el dolo "sirve para potenciar aquellos [vicios del consentimiento] que, por sí mismos, no producirían la anulación del contrato"» (*supra* [17] b) [A]). El dolo es un concepto válvula para el sistema de los vicios del consentimiento.

> [A] *Supra* [17] a) [C] exponía, a propósito de la regulación del dolo de los PECL, DCFR y CESL, que Lohsse destacaba que, sin embargo, «[l]as reglas modelo sobre fraude [dolo], […], no se refieren expresamente al error como un prerrequisito para la anulación contractual», y ello, «parece ser la consecuencia de un original intento de incluir lo que en el derecho francés es referido como *maniobras dolosas* [cursiva del original], permitiendo la anulación por fraude [por dolo] si una parte a sabiendas ha explotado la debilidad de la otra».
>
> Llegado a este punto es momento de que a lo anterior añada lo siguiente. Que Lohsse continuaba diciendo que, «[c]omo estos casos [de maniobras dolosas que permiten la anulación por fraude (dolo) si una parte explota a sabiendas la debilidad de la otra parte] […] caen dentro del artículo 4:109 PECL», que transcribo *supra* nota 396 y cuya leyenda en inglés es *Excessive Benefit or Unfair Advantage,* «no hay necesidad de evitar percibir el fraude [el dolo] consecuentemente como resultado de un error y el artículo 3.2.5 PICC [Principios UNIDROIT 2016, que regula el dolo y transcribo *supra* nota 99], en cualquier caso, parece haber sido diseñado sobre esta base» [563].
>
> Como se ve, Lohsse viene a considerar que, existiendo una específica figura para los que he venido denominando como genéricos supuestos de influencia indebida o de abuso de posición/de situación (relación de dependencia/de confianza, situación de peligro/de necesidad, ignorancia, inexperiencia, etc.), el dolo puede centrarse en el (concebirse como) un error del otro contratante. Sin embargo, en mi opinión, no solo es relevante el hecho de que se cuente con una específica figura para esos genéricos supuestos, sino que también es relevante el dato de cuáles sean sus requisitos de aplicación, a lo que hay que añadir otro dato, el que dicha específica figura constituya una innovación en un derecho que ya tuviera

[563] Lohsse, «Artículo 4:107» (2018) nota 5 de p. 691; traducción mía.

construida su propia sistemática de los vicios del consentimiento, como por ejemplo el Código civil, derecho civil estatal.

En cuanto a los argumentos de apoyo para mi opinión:

a) Recuerdo que *supra* [17] a) [B] señalé que, según Deshayes/Genicón/Laithier, «*la necesidad de reconducir el "dolo sin error" al dolo, habiendo el sustituto de la figura del abuso del estado de dependencia* [del art. 1143 CCF, que transcribo *supra* [18] b) [B] y nota 198], *es algo que siente menos, aunque dados los requisitos de aplicación del abuso del estado dependencia* [del art. 1143 CCF]*, los autores acabarán concluyendo que hay un fuerte riesgo de que el dolo vuelva a resultar atractivo»,* a lo que añadían que los requisitos, que el artículo 1143 CCF exige, *«no siempre existirán en las hipótesis clásicas del dolo sin error»* y «[a]sí el abuso del estado de necesidad exige la previa caracterización de "un estado de dependencia" y supone, en tanto que acto de violencia, "el miedo […] de un mal considerable" (art. 1140), circunstancias las anteriores *que no siempre se encuentran en las hipótesis de captación o sugestión»,* «[a]demás, [de que] quien contrata con la víctima del abuso del estado de dependencia debe obtener del contrato "una ventaja manifiestamente excesiva" y esto no se da, por ejemplo, en una venta en la que el vendedor cede en contra de su verdadera voluntad, cansado de luchar, pero a un justo precio».

Algunas de esas consideraciones de Deshayes/Genicon/Laithier me son útiles, pensando en la *Propuesta de 2009.* Desde luego, considero que la regulación específica de la ventaja excesiva del artículo 1301. I PMCC 2009 hace sentir menos la necesidad de acudir al dolo para ser protegido. Algunos casos solo podrán encajarse en dicha ventaja excesiva, dado que la vulnerabilidad del contratante no es imputable al otro contratante. Pero en aquellos otros casos en que la vulnerabilidad sea imputable al otro contratante (haya dolo activo, haya el aprovechamiento mediante el dolo omisivo) y, teniendo presente que la aplicación del artículo 1301. I PMCC requiere que se produzca una ventaja excesiva, lo que no sucede con la tesis amplia del dolo, la posibilidad de aplicar el dolo resulta, en mi opinión y en general, conveniente. Ahora bien, he de llamar la atención sobre el siguiente aspecto del artículo 1301. I PMCC 2009: la variedad de las situaciones de vulnerabilidad que se recogen [algo sobre lo que, a otros efectos, llama la atención Infante Ruiz, *supra* [23] e)]. Voy a reflexionar sobre cada una de esas situaciones.

Para el supuesto de la dependencia (pérdida de la autonomía en relación con el otro sujeto, subordinación) ofrecerles solo la protección de la ventaja excesiva del artículo 1301. I PMCC 2009, cuando ni hubo error al contratar, ni

directa amenaza, y sí un dolo activo, o un aprovechamiento mediante dolo omisivo, exigir además que el contrato proporcione una ventaja excesiva al otro contratante, no resulta razonable, y, con la tesis amplia del dolo podría obtenerse la razonable protección.

Para las extraordinarias dificultades económicas o necesidad apremiante, el artículo 1301. I PMCC 2009 supondría un cambio según se entienda, qué se aplica ahora con el Código civil. Si se aplica la causa inmoral del artículo 1275 CC [*supra* [18] b)], por lo que el contrato sería nulo de pleno derecho, el artículo 1301. I PMCC 2009 supondría el cambio de calificar el contrato como anulable (aparte, la posibilidad de su adaptación). Si se entiende que encaja en la violencia del artículo 1267. I CC [*supra* [18] a)], el artículo 1301. I PMCC 2009 mantendría la calificación de contrato anulable, pero, en cambio, se exigiría la obtención de una ventaja excesiva. En los casos de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, por lo general, el otro contratante no ha provocado dicha situación, sino que se la encuentra y la aprovecha (en algunos casos habrá además un deber de socorro). Pero, no puede descartarse la posibilidad de que hubiera sido provocada por el otro contratante.

Y para cuando el contratante fuera ignorante, inexperto, o falto de previsión, puede considerarse, en general, que dichas vulnerabilidades personales no habrán sido provocadas por el otro contratante (se las ha encontrado). En relación con el ignorante o el inexperto en contratar (casos extremos), que sufren un error [564], el otro contratante habría debido informarle (exigencia derivada de la buena fe). En función de como se conciba el requisito subjetivo del dolo omisivo, podría aplicarse este vicio, que, a diferencia del artículo 1301. I PMCC 2009, no requiere la exigencia de la ventaja excesiva. Sobre la falta de previsión, vulnerabilidad personal, el sujeto, que desde luego puede o no haber sufrido un error, tiene dificultades para tomar la decisión de no celebrar el contrato, y habría que haberle informado. De nuevo aparece la exigencia del artículo 1301. I PMCC 2009 de que haya existido una ventaja excesiva, lo que no sucede si se acoge la tesis amplia del dolo.

---

[564] A propósito de la persona ignorante, Bosch Capdevila plantea si esta podría alegar error vicio del artículo 1298 PMCC 2009 (cuyos apartados 1 a 4 transcribo *supra,* nota 125). Lo explica así: «Una primera cuestión que cabe plantearse es si dicha ignorancia no constituirá un supuesto de error, que debería permitir igualmente la anulación del contrato conforme al artículo 1298 PM. En ocasiones, la frontera entre uno y otro vicio [error del art. 1298 PMCC 2009 y ventaja excesiva del art. 1301 PMCC 2009] no estará demasiado clara. Pongamos el caso en que una persona, propietaria de un valioso cuadro lo vende por un precio muy inferior al real. Si el precio bajo es debido a que el vendedor ignora el valor del cuadro, no cabe duda que estamos ante un supuesto de error, que, si reúne los requisitos del artículo 1298 PM, podrá ocasionar la anulación del contrato. El artículo 1301 PM se podrá aplicar cuando no se den los requisitos del artículo 1298 PM» [(2012) p. 380].

D) El mantenimiento de que el dolo provenga del contratante (dolo de parte). El complemento y la novedad legal y expresa de supuestos en que, interviniendo un tercero, su dolo lo asume (imputabilidad) el contratante, que no lo padeció (art. 1302 PMCC 2009). El derecho comparado

[25] Al ordenar el artículo 1269 CC, «de parte de uno de los contratantes», se entiende que el dolo, que permite anular el contrato, debe provenir del otro contratante. El dolo debe ser de parte. Si el dolo procedió de un tercero (totalmente) ajeno al contrato, el contratante que lo padeció no podrá anular el contrato, aunque puede exigir del tercero la reparación de los daños y perjuicios que por ello hubiera sufrido [565].

Sentadas las reglas anteriores, la cuestión reside en identificar cuándo el contratante ha de asumir el dolo hecho por otra persona (el dolo sería de parte; le es imputable) y cuándo se está ante un auténtico (real) dolo de tercero. No distinguiéndolo el Código civil, los autores se han encargado de la tarea de su discriminación. En este sentido, se entiende que no hay dolo de tercero, si el dolo proviene del representante del contratante (representación directa, indirecta; voluntaria, legal), o de persona de la que el contratante deba responder (auxiliar, gestor de negocios si hubo ratificación o aprovechamiento de la gestión hecha, etc.); si el contratante fue cómplice con el tercero en el dolo y se aprovechó de dicho dolo, o sabía del dolo de tercero y se aprovechó del mismo. En todos estos supuestos, el contratante ha de asu-

---

[565] Además de lo que indico en el cuerpo del texto para el dolo de parte/de tercero:

a) Junto al apoyo en la propia dicción del artículo 1269 CC para exigir que el dolo sea de parte, se argumenta con la interpretación *a sensu contrario* del artículo 1268 CC para la violencia y la intimidación, en las que la actuación del tercero permite anular el contrato; también se acude a las explicaciones de García Goyena sobre la exclusión de la anulación contractual para el dolo de tercero en relación con el Proyecto de Código civil de 1851 [Fenoy Picón (2023) [82] pp. 364-365].

b) En la donación se plantea si el dolo de tercero ejercido sobre el donante, lográndose captar su voluntad para que donara al donatario, permite al donante anular o no la donación. De Cossío y Corral entiende que no, para lo que se apoya en los artículos 621 CC («Las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos, se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título») y 1269 CC. En cambio, Morales Moreno considera que el donante podría anular la donación, apuntando el carácter gratuito de la donación y su conexión con la voluntad del disponente; apoyándose en Morales Moreno, Carrasco Perera no considera aplicable a la donación la regla de la irrelevancia del dolo de tercero a efectos de la anulación ([83] pp. 365-372).

c) Sobre la justificación de la norma de la irrelevancia anulatoria del dolo de tercero, se apunta a la seguridad del tráfico, a la confianza en la validez del contrato por parte del otro contratante, y a que se trata de una reminiscencia del derecho romano sobre el carácter sancionador del dolo ([84] pp. 372-373).

d) Finalmente, entre los autores se señala que, si no puede anularse el contrato por ser el dolo de tercero, en caso de que se cumplan los requisitos del error, el contrato podrá anularse por error ([86] p. 377).

mir (le es imputable) el dolo del tercero, y su cocontratante, el que lo padeció, podrá anular el contrato [566].

[26] Por lo que respecta al Tribunal Supremo, es jurisprudencia asentada que el dolo de tercero no permite la anulación del contrato [567].

En este punto es interesante, por ejemplo, el caso de la *STS, 1.ª, 03.03.2021* sobre un contrato de confianza solidaria. En concreto, «[p]ara el Tribunal Supremo, la actuación dolosa de la sociedad prestataria (deudora; ocultó su insolvencia, dolo omisivo), conocida por uno de los codeudores solidarios (de los dos que eran), es actuación dolosa imputable a las partes contratantes (no a terceros) en el ámbito de las concretas relaciones jurídicas entre el cofiador que padece el dolo, y la sociedad prestataria (deudora) y el otro cofiador. En cambio, en la relación de fianza entre el acreedor (prestamista) y el cofiador solidario que sufrió el dolo de la sociedad prestataria (deudora) y dolo conocido por el otro cofiador solidario, el acreedor (prestamista) es ajeno a tal conducta dolosa (es tercero ajeno en la causación del dolo) y no cabe imputarle dolo de parte (esto es, dolo de contratante, art. 1269 CC). Teniendo en cuenta lo anterior, para el Tribunal Supremo no es anulable el contrato de fianza entre el acreedor (prestamista) y el cofiador que sufrió el dolo de la sociedad presta-

---

[566] a) Fenoy Picón (2023) [85] pp. 374-377.

b) Se plantea si hay o no dolo de tercero, cuando el contratante debía haberlo conocido en el momento de la celebración del contrato (esto es, si hubo cognoscibilidad del dolo). Algunos consideran que, en este caso, no hay dolo de tercero. Otros entienden que sí existe dolo de tercero. Y también, se ha planteado simplemente la presente cuestión (Fenoy Picón (2023) [85] y nota 675 de p. 376).

c) Para los supuestos de contrato a favor de tercero, de tercero interesado en el contrato celebrado, el cual le beneficia (ejecutante, presunto heredero, etc.), y, en la fianza, Fenoy Picón (2023) [85] pp. 376-377.

[567] Sobre el dolo de tercero y el Tribunal Supremo:

a) De cita clásica puede calificarse a la *STS 08.03.1929*, aunque el contrato se anuló por error, no por dolo. Para el dolo, el Tribunal Supremo apunta que, si este provino de tercero que no intervino directamente por sí o por representante en el contrato, no se anula el contrato. Sobre el caso, el adjudicatario de unas fincas rústicas alegaba dolo del ejecutante, pero, este es tercero en la compraventa celebrada entre el ejecutado (vendedor, a través del juez) y el adjudicatario. Fenoy Picón (2023) [87] p. 378 y [A] pp. 380-383.

b) En la *STS 20.12.1967* se rechaza la alegación de la heredera de que hubo dolo de tercero. Para el Tribunal Supremo, el dolo procedía de la heredera, parte contratante. En cuanto al caso, la heredera universal, que había aceptado la herencia, le correspondía devolver el préstamo que en vida había celebrado y recibido su causante como prestamista. En el testamento se había dispuesto un legado de un bar y su legataria comenzó, por error espontáneo, a devolver el préstamo, siendo después dolosamente inducida por la heredera a celebrar un contrato con dicha heredera, por el cual la legataria asumía el pago del préstamo. ([87] pp. 378-379 y [B] pp. 383-385].

c) En la *STS, 1.ª, 13.12.2000*, el Tribunal Supremo señala que, para poder anular el contrato, el dolo debe proceder del contratante, no de un tercero, y en el orden civil, la única consecuencia del dolo de tercero es la indemnización de daños y perjuicios. En cuanto al caso, se conocía de una opción de compra y de la posterior compraventa, considerándose que no existió dolo del optante/comprador. En cambio, se estimó la petición subsidiaria de existencia de lesión *ultra dimidium* de los ahora derogados artículos 323 ss de la Compilación de derecho civil especial de Cataluña. ([87]p. 379 y [C] pp. 385-388).

taria (deudora) y conocido por el otro cofiador, pero, el dolo omisivo de la prestataria (deudora) y conocido por el otro cofiador solidario impide estimar la acción de repetición (art. 1145 CC) y la condena al pago de prestaciones futuras a devengar, que el cofiador solidario, que conoció del dolo, exigía del cofiador solidario que padeció el dolo» [568].

[A] *La SAP Lleida, sec 2, 11.03.2019 (Ilma Sra. Ana Cristina Sainz Pereda; Cendoj Roj SAP L 140/2019)*

[A.1] Es de gran interés. En ella se conoce de un préstamo hipotecario. El prestamista no sabía del dolo padecido por la prestataria hipotecante y realizado por sus vecinos (terceros). Se entiende que hubo dolo de tercero y por tanto, no cabía la anulación del contrato por dolo. En la sentencia se menciona tanto al dolo del artículo 4:107 PECL, como al beneficio excesivo o ventaja injusta del artículo 4:109 PECL (que transcribo *supra* notas 96 y 396, respectivamente).

[A.2] En cuanto a los hechos, el 11.11.2005, Visitación (prestataria, hipotecante) celebra con BIBRYF, SL un préstamo con garantía hipotecaria por la cantidad de 47.770 € (FD 1.º). En la «sentencia penal que condena a […] Remedios y […] Fidel [vecinos de Visitación] como autores de un delito continuado de estafa, se indica, entre otros hechos probados, que convencieron a […] Visitación para que iniciara obras en su casa, quedando parte de las dependencias anexionadas e incorporadas a la vivienda de sus vecinos, al tiempo que aprovecharon para hacer mejoras en su propia vivienda, sufragando las obras con los créditos hipotecarios que firmó […] Visitación, entre ellos el que aquí nos ocupa, señalando también en los hechos probados que […] Visitación adolece de un grado de disminución psíquica del 52%, diagnosticado en 2003, mentalidad infantil y fácilmente manipulable, y que los acusados [Remedios y Fidel] con conocimiento de dicha situación y con ánimo de enriquecimiento injusto, aprovechando la situación de desvalimiento de la víctima y prevaliéndose de su condición de vecinos, fueron realizando las distintas actuaciones que se describen, entre ellas, convencerla para la realización de las referidas obras, sufragadas con los que créditos hipotecarios que suscribió» (todo lo anterior, negrita en el original; FD 4.º).

Visitación demanda a BIBRYF, SL y ejercita acción de nulidad contractual por carecer de capacidad suficiente para contratar, así como acción de nulidad por dolo (FD 1.º). En primera instancia se desestima su demanda, «por no haberse acreditado que en la fecha de la contratación […] Visitación careciera de capacidad suficiente para contratar, no siendo tampoco apreciable el dolo invocado como causa de nulidad del contrato, por constatar probado que fueron terceras

[568] Fenoy Picón (2023) [87] pp. 379-380; continúo: «Apostilla el Tribunal Supremo, que a efectos de su resolución, no es necesario pronunciarse sobre el alcance de las acciones que corresponderían al cofiador solidario engañado contra el cofiador que le engañó, en caso en que fuera intimado judicialmente al pago por el acreedor (prestatario) y en virtud de las obligaciones derivadas del contrato de fianza». Sobre esta *STS, 1.ª, 03.03.2021*, además, [87] [D] pp. 388-391.

personas [distintas de BIBRYF, SL, el prestamista] quienes mediante engaño consiguieron que la actora [Visitación] suscribiera el contrato, en concreto, sus vecinos el matrimonio […] Remedios – Fidel, condenados por sentencia firme de 7-2-2014 como autores de un delito continuado de estafa» (todo lo anterior, negrita en el original; FD 1.º).

Visitación interpone recurso de apelación. Alega «en primer lugar –en cuanto a la falta de capacidad suficiente de […] Visitación para prestar el consentimiento–, error en la valoración de la prueba al haber dado validez a la declaración de un testigo y no haber tenido en cuenta el informe médico forense, del que resulta que la falta de capacidad que determinó la incapacitación no deriva de hechos nuevos o acaecidos después de la contratación del préstamo, sino que es congénita, teniendo reconocida la actora [Visitación] una incapacidad del 52% desde el año 2003, resultando la falta de capacidad elemento determinante de la estafa» (lo anterior, negrita en el original; FD 1.º).

Como segundo motivo, Visitación alega «error en la valoración de la prueba en lo que se refiere al engaño en la obtención del consentimiento, alegando el apelante [Visitación] que el juzgador de instancia incurre en error al considerar que la relación contractual se estableció entre la mercantil demandada [BIBRYF, SL, prestamista] y […] Visitación cuando, en realidad, el contrato no es fruto de la negociación bilateral entre las partes sino que fue contratado y gestionado por los estafadores [Remedios y Fidel], siendo estos parte en la relación negocial, por lo que sí reúnen los requisitos para sostener que el engaño es invalidante del consentimiento prestado por […] Visitación» (FD 4.º).

[A.3] El recurso de apelación de Visitación se desestima, confirmándose la sentencia de primera instancia. En lo que ahora interesa [569] y como adelanté, la

---

[569] Por lo que se refiere al primer motivo del recurso de apelación alegado por Visitación y que expongo en el cuerpo del texto en la anterior [A.2], la Audiencia Provincial de Lleida, en el FD 2.º de su sentencia, recuerda la doctrina jurisprudencial existente en aquel entonces (antes de la Ley 8/2021) y, en su FD 3.º, tras exponer los hechos analizados, desestima dicho motivo de apelación. Así:

a) En el FD 2.º, según la Audiencia Provincial de Lleida: «La recurrente [Visitación] parte de una premisa errónea al considerar que la sentencia de primera instancia no ha tenido en cuenta la disminución psíquica reconocida a […] Visitación en el año 2003. No es cierto que se haya despreciado este dato, y tampoco se ha prescindido del informe médico forense, emitido a petición de la Fiscalia en fecha 31-1-2013 con ocasión del expediente de preincapacitación […] procedimiento de incapacitación iniciado en el año 2014. Antes al contrario, la resolución recurrida parte precisamente de esa disminución psíquica, indicando que ello no comporta que el consentimiento prestado al contratar fuera inexistente, centrándose por tanto en los hechos en que se sustenta la demanda [de Visitación], porque en ella se afirma que en la fecha de la contratación, en 2005, no podía prestar el consentimiento porque carecía de capacidad de contratar. [Lo reproducido hasta aquí, negrita en el original].

Conforme a los preceptos legales que resultan de aplicación al caso y a la doctrina jurisprudencial sobre la materia no cabe duda que la plena capacidad de obrar de las personas se presume a partir de la mayoría de edad, debiendo por ello partirse de la presunción de capacidad mental y de obrar en tanto la persona no haya sido incapacitada judicialmente (arts. 199, 322 y 1263 C. C.), lo que conduce, por lo que ahora interesa, a la presunción de capacidad de toda persona para realizar actos dispositivos, a menos que se demuestre de forma inequívoca y concluyente que al tiempo de disponer de los bienes tenía mermadas las facultades volitivas e intelectuales hasta el punto de no comprender el alcance de sus actos, careciendo por ello de la posibilidad de decidir libremente.

Audiencia Provincial de Lleida desestima que el contrato pueda anularse por dolo, dado que este procedió de terceros, de Remedios y Fidel (vecinos de Visitación), que no fueron parte en el contrato de préstamo hipotecario que la prestataria Visitación celebró con el prestamista BIBRYF, SL, y, en relación con el prestamista, no existe dato alguno que permita imputarle una conducta dolosa. En concreto, según el Tribunal Supremo:

«Los argumentos del recurrente [Visitación] evidencian que [esta] prescinde por completo del razonamiento seguido por el juzgador de instancia. En ningún momento se ha negado que existiera engaño. La sentencia penal condena a […] Remedios y […] [a] Fidel como autores de un delito continuado de estafa, y los hechos probados son los que ya han quedado indicados en el Fundamento anterior [el FD 3.º].

Ahora bien, respetando esos hechos probados de la sentencia penal condenatoria, no puede soslayarse que ahora estamos en sede civil, en la que se insta la nulidad contractual por falta de consentimiento, y por dolo, de forma que la sentencia de instancia no ha prescindido de los hechos probados de la sentencia penal sino que ha aplicado la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos que deben concurrir para que el dolo pueda erigirse en vicio del consentimiento,

---

En definitiva, según estos preceptos y la reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial que los interpreta y desarrolla (SSTS 30-1 y 26-4-1995, 19-11-2004, 10-11-2005, 14-2-2006 entre otras muchas) la capacidad de la persona se presume siempre, mientras que la incapacidad, como excepción, no sea probada de modo evidente y completo, incumbiendo la carga de la prueba a quien sostiene la falta de capacidad en el momento de otorgar el acto de que se trate, debiendo distinguir entre incapacidad resultante del estado civil de incapacidad (arts. 199 ss. CC), y la incapacidad natural, a consecuencia de que el sujeto se encuentre en una situación física o psíquica que elimine su entendimiento y voluntad y le impida entender y querer el acto que realiza, pues el hecho de que una persona no haya sido judicialmente incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso, porque esa carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración de voluntad contractual.

Por tanto, dado que se presume la *capacidad* [esta cursiva, negrita en el original] de la persona no incapacitada, la falta de *capacidad* [esta cursiva, negrita en el original] natural debe probarse cumplidamente. En este sentido la jurisprudencia (por todas, STS núm. 1101/2004, de 19-1-2004, y las que en ella se citan, de 17 de diciembre de 1960, 28 de junio de 1974 y 23 de noviembre de 1981) ha destacado de modo reiterado la validez de los actos ejecutados por el *incapaz* [esta cursiva, negrita en el original] antes de que su incapacidad sea judicialmente declarada (o aunque no lo sea nunca), a menos que, concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate. También ha precisado que la *capacidad* [esta cursiva, negrita en el original] de la persona se presume siempre, mientras que su incapacidad, como excepción, no sea probada de modo evidente y completo (Sentencias de 7 de febrero de 1967 y 10 de abril de 1987)» (FD 2.º).

b) Y en el FD 3.º, la Audiencia Provincial de Lleida concluye: «[…].

En definitiva, ponderando todos estos datos, siendo que la sentencia de incapacitación parcial data del año 2014 y que el contrato que nos ocupa se suscribió en el año 2004, no cabe sino descartar el denunciado error en la valoración de la prueba en lo que se refiere a la falta de capacidad para prestar el consentimiento, que en modo alguno se menciona en la sentencia penal de continua referencia, ni en la de incapacitación parcial, debiendo subrayar que una cosa es que padeciera una disminución psíquica y fuera fácilmente manipulable por dicha disminución y por sus circunstancias personales (de las que se prevalieron los vecinos aprovechando el desvalimiento de […] [Visitación] y la confianza que en ellos tenía depositada) y otra cosa bien distinta que careciera de capacidad natural para contratar, conforme a los principios y criterios antes expuestos» (todo lo transcrito en esta b), negrita en el original].

determinante de la declaración de nulidad contractual, conforme a lo previsto en los artículos 1267 [sic; 1269] y 1270 CC.

Entre tales requisitos, y por lo que ahora interesa, [hasta aquí, todo lo anterior, negrita en el original], *es preciso que el dolo no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes, resultando acreditado en este caso que quienes lo causaron* [Remedios y Fidel] *fueron terceras personas y no la otra parte contratante* [el prestamista BIBRYF, SL] *(aquí demaddas* [sic, demandado]*), no existiendo dato alguno que permita imputar conducta dolosa a la entidad aquí demandada* [el prestamista BIBRYF, SL]*, pretendiendo la recurrente* [Visitación] *invalidar la declaración testificial* […] [de] *Pedro Miguel y atribuir a la demandada* [el prestamista BIBRYF, SL] *el conocimiento de determinados hechos relevantes cuando resulta que no planteó al referido testigo ninguna pregunta al respecto, ni sobre hechos relevantes ni sobre ninguna otra cuestión.*

Por lo demás, no es admisible el argumento de que los estafadores [Remedios y Fidel] fueron parte en la relación negocial, por haber sido ellos quienes gestionaron y contrataron el crédito. Lo cierto es que, aunque el matrimonio Remedios – Fidel *interviniera de una u otra forma en las gestiones (así se indica en la sentencia penal, sin concretar la intervención en cada uno de los préstamos hipotecarios, porque fueron dos los que se concertaron) no pueden considerarse como parte contratante a los efectos de declaración de nulidad contractual que ahora se pretende, y no solo porque no figuran en el contrato como parte contratante sino también porque, si así fuera, deberían haber sido demandados en esta litis por la actora* [Visitación]*, so pena de incurrir en falta de listisconsorcio pasivo necesario, resultando, además, que la declaración testifical prestada por* […] *Pedro Miguel pone de manifiesto que* […] *Visitación era consciente de lo que comportaba la suscripción del préstamo hipotecario que estaba contratando, como también sabía las obligaciones que comportaba y las consecuencias derivadas del mismo de las que según dijo el testigo- fue expresamente advertida o apercibida por el notario autorizante.*

Por lo que se refiere al dolo o engaño cabe recordar que según reiterada doctrina jurisprudencial (por todas SSTS de 11 y 12 de junio de 2013 [sic; de 2003] [570]*) el dolo* regulado en los artículos 1269 y 1270 del Código civil se caracteriza por dos elementos, a saber: uno, el empleo de maquinaciones engañosas, o conducta insidiosa del sujeto que lo causa, que tanto puede consistir en acciones como en omisiones, y otro, la inducción producida por las maniobras dolosas sobre la voluntad de la otra parte, en términos tales que la determina a celebrar el negocio.

El artículo 1269 CC se refiere al dolo como vicio de la voluntad, definiéndolo como aquellas [*sic*; aquella] situación en la que con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho. De acuerdo con esta definición la

[570] Para la *STS, 1.ª, 11.06.2003*, Fenoy Picón (2023) [36] p. 138 y [C] pp. 182-184, y, [116] p. 537 y [B] 539-540; y para la *STS, 1.ª, 12.06.2003,* [101] pp. 439-440 y [D] pp. 445-450.

STS de 16-2-2010 [571] indica que se ha considerado que en un sentido muy amplio, "*dolo es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio*", *aunque esto último no es exigible para que pueda considerarse que ha concurrido dolo. Por ello el concepto central que aparece en el artículo 1269 CC es aquella estratagema que se utiliza para que se produzca una percepción errónea en el otro contratante y por ello se considera que, en definitiva, el dolo induce a un error, si bien lo que se pone de relieve en este vicio de la voluntad no es tanto el resultado, sino la maquinación utilizada para llegar a él.*

Aunque el Código civil no dice cuáles son las características esenciales de la conducta dolosa, los requisitos comúnmente exigidos por la doctrina científica son: a) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la reclamación [*sic*; declaración] negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas. b) que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia. c) que sea grave si se trata de anular el contrato. d) que no haya sido causada por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes (STS TS 26-3-2009 [572], con cita de la de 29-3-1994 [573]).

Por lo demás, como apunta la STS de 16-2-2010 [574], el supuesto en que una persona tiene una relación de confianza con otra que le induce a celebrar un contrato o bien no es lo suficientemente experimentada como para poder calibrar las condiciones de dicho contrato es uno de los casos más típicos del dolo, y como vicio independiente ha sido acogido en el artículo 4:109 de los Principios de Derecho europeo de los contratos [que transcribo, *supra* nota 396], que permite la impugnación por parte de aquella persona en quien haya concurrido dicho vicio, que trata como vicio de la voluntad. Al tratar sobre la validez de los contratos se refieren por un lado al dolo (artículo 4:107 [que transcribo *supra* nota 96]) permitiendo que una parte pueda anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte; y por otro lado al «beneficio excesivo o ventaja injusta (artículo 4:109), estableciendo que una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión: (a) dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y (b) la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo.

En consecuencia, a efectos de invalidar el contrato es requisito fundamental que la conducta dolosa sea predicable del otro contratante, y así se deriva de la propia definición legal puesto que el artículo 1269 CC indica expresamente

---

[571] Que analizo en Fenoy Picón (2023) [23] p. 139 y [C] pp. 145-147.

[572] Que analizo en Fenoy Picón (2023) [55] [A.3] pp. 246-247; *infra,* nota 657 me refiero a la *STS, 1.ª, 26.03.2009.*

[573] Que analizo en Fenoy Picón (2023) [101] p. 439 y [A] pp. 440-441.

[574] Expongo el caso de esa *STS, 1.ª, 16.02.2010*, entre otros extremos, *supra* [19] [A].

que las palabras o maquinaciones insidiosas han de proceder "de uno de los contratantes", que "induce al otro" a celebrar el contrato, recogiendo este mismo criterio los mencionados Principios del Derecho Europeo de contratos» (cursiva del original; FD 4.º) [575].

---

[575] Visitación también alega que, en su demanda señaló que concurría causa ilícita en el contrato celebrado (art. 1275 CC) y la sentencia de primera instancia no se había pronunciado sobre ello («es un hecho probado por la sentencia penal que los vecinos estafadores contrataron en su propio beneficio, por lo que la causa del contrato es la consumación de una estafa, tratándose por tanto de un supuesto de inexistencia de causa, o de causa ilícita, que conforme al artículo 1275 CC determina la nulidad del contrato»; negrita en el original, FD 5.º).

Si bien la Audiencia Provincial no estima esta alegación de Visitación por razones procesales, hace al respecto unas consideraciones *obiter dicta*, insistiendo, y esto es lo que me interesa, en que al prestamista BIBRYF, SL, parte contratante en el préstamo hipotecario, no le es imputable el engaño sufrido por Visitación, siendo este un engaño obra de terceros, esto es, de los vecinos de Visitación, Remedios y Fidel. La Audiencia Provincial lo explica como sigue:

«[…]

A mayor abundamiento, no puede obviarse que según lo previsto en el artículo 1274 CC en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte (concepción objetiva de la causa) siendo que en este caso sí se produjo el intercambio de prestaciones puesto que […] Visitación sí percibió la suma prestada, destinándola a la ejecución de las obras que estaban realizando sus vecinos [Remedios y Fidel], que era precisamente la finalidad para la que se solicitó dicha suma, cumpliendo por tanto la aquí demandada [el prestamista BIBRYF, SL] con sus obligaciones contractuales, sin que ello comporte que conociera el espurio proceder de quienes resultaron condenados penalmente.

La parte actora [Visitación] indicaba en su demanda que el consentimiento de […] Visitación se consiguió de manera ilícita, con estafa y engaño, y como […] Visitación no se benefició del dinero prestado sino que fueron los vecinos [Remedios y Fidel] quienes dispusieron del mismo, concluye que estamos ante un supuesto de ausencia de causa o ilicitud de ésta. Pues bien, nuevamente hay que incidir en que el engaño no es imputable al otro contratante [el prestamista BIBRYF, SL], sino a los terceros [Remedios y Fidel], que ciertamente consiguieron que […] Visitación prestara su consentimiento para concertar dos contratos de préstamo, sirviéndose de las sumas obtenidas a préstamo por […] Visitación para su delictivo propósito, y precisamente por ello en la misma sentencia penal se les condena, por vía de responsabilidad civil, a indemnizar a la perjudicada […] Visitación con el importe correspondiente a los préstamos hipotecarios y los gastos sufragados de constitución de hipoteca, más la suma de 80.000 euros que desaparecieron de las cuentas corrientes de […] Visitación entre los años 2004 y 2006. Por tanto, no puede pretenderse ahora la nulidad del contrato sin obligación de restitución por parte de la actora [Visitación] con el argumento de que no percibió ni disfrutó de las cantidades prestadas. No concurren los requisitos para poder decretar la nulidad del contrato, y de admitirse esta pretensión se estaría propiciando una situación de injusto enriquecimiento en favor de uno de los contratantes [Visitación] que, por un lado, quedaría eximido de la obligación de restitución de las prestaciones inherentes a la declaración de nulidad contractual (art. 1303 CC) y, por otro lado, tendría a su favor un título ejecutivo (sentencia firme) en el que se reconoce su derecho a la restitución de las sumas de las que se aprovecharon sus vecinos [Remedios y Fidel], procedentes del contrato de cuya nulidad se pretende.

[…]

[…] sin que los obstáculos que puedan presentarse para hacer efectivos los pronunciamientos de la sentencia penal puedan servir para decretar la nulidad de un contrato concertado con un tercero [el prestamista BIBRYF, SL] ajeno al hecho delictivo, no pudiendo ampararse la nulidad contractual [del préstamo con garantía hipotecaria] en causas ni motivos distintos de los previstos legalmente» (FD 5.º)

[27] Trasladándome a la *Propuesta de 2009*, en el artículo 1300.1 PMCC 2009 se dispone que «[h]ay dolo cuando uno de los contratantes induce al otro a prestar su consentimiento […]». En estas reproducidas palabras del artículo 1300.1 PMCC 2009 se reconoce al dolo de parte. Hasta aquí y por ahora, en la *Propuesta de 2009* no se aporta novedad comparando con lo que para el artículo 1269 CC explico *supra* [25].

Sin embargo y a diferencia del Código civil, en la *Propuesta de 2009* se contiene la novedad de un específico artículo, el 1302 PMCC 2009, en el cual se dispone, con un ámbito mayor al del dolo, «[t]ambién puede anular el contrato la parte que ha sufrido el error, el dolo o el perjuicio a que se refiere el artículo anterior [la ventaja excesiva del art. 1301 PMCC 2009; para esta, *supra* [23]], cuando hayan sido causados o provocados por un tercero de cuyos actos responda o tenga conocimiento el otro contratante» [576]. Se advierte inmediatamente que en este artículo 1302 PMCC 2009 no se menciona ni a la violencia, ni a la intimidación. Para estas dos, el artículo 1299.5 PMCC 2009 dispone, que «[l]a violencia y la intimidación harán anulables el contrato aunque se hayan empleado por un tercero» [577]. Este artículo 1299.5

---

[576] *¿Debe incluirse en el artículo 1302 PMCC 2009 a la ventaja excesiva?* Bosch Capdevila entiende que no. Gómez Calle que sí (es regla útil). Explica cada uno al respecto:

a) Para Bosch Capdevila: «El precepto [art. 1302 PMCC 2009] da a entender, literalmente, que si la explotación injusta ha sido causada por un tercero de cuyos actos responda o tenga conocimiento la parte que obtiene la ventaja, el contrato podrá ser anulado. La cuestión que nos planteamos [Bosch Capdevila] es si este artículo tiene sentido en la explotación injusta. Los precedentes del precepto –los artículos 4:111 PECL [que transcribo *infra* nota 579], y 3.11 Principios Unidroit [ahora art. 3.2.8 Principios UNIDROIT 2016 que transcribo *infra* nota 581] – establecen en líneas generales la misma doctrina. La cuestión es que mientras el error o el dolo pueden ser provocados por los actos de una persona (sea el propio contratante o un tercero), en la explotación injusta la falta de libertad o la debilidad del perjudicado no derivan de un acto humano, sino de una situación (por ejemplo, las dificultades económicas) o de una circunstancia personal (su inexperiencia, por ejemplo).

Por ello, el artículo 1302 PM difícilmente tendrá aplicación en los casos de explotación injusta. Supuesto distinto es que el contrato hubiese sido concluido por el tercero, actuando como representante; en este caso, si el representante se ha aprovechado de la debilidad del otro contratante para obtener una ventaja excesiva, es obvio que, al encontrarse el contrato viciado, el principal se podrá ver afectado por la anulación del contrato, conforme al régimen general de la representación» [(2012) pp. 383-384].

b) Para Gómez Calle: «Por mi parte [Gómez Calle] creo […] que esta regla [del art. 1302 PMCC 2009 y para la ventaja excesiva del artículo 1301 PMCC 2009] […] es útil. Lo es, por ejemplo, cuando un tercero se aprovecha injustamente de la debilidad de una persona para extraer una ventaja excesiva del contrato que esta celebra con otro y este conociera o debiera haber conocido la conducta de aquel (v. gr., de presión o explotación de la relación de dependencia existente entre el tercero y el cocontratante; de nuevo, el ejemplo de las garantías constituidas por un esposo a favor de otro o por un empleado a favor de su superior puede servir para ilustrar lo dicho)» [(2018) nota 386 de p. 137].

Comparto la opinión de Gómez Calle.

[577] a) Transcribo los apartados 1 a 4 del artículo 1299 PMCC 2009, *supra,* nota 84 a).

b) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil se dispone una norma similar para la intimidación, en su artículo 527-10.2.

PMCC 2009 viene a recoger la norma del artículo 1268 CC, por lo que, en ese punto, no hay novedad normativa de la *Propuesta de 2009* frente al Código civil. [578]

Artículo 527-10 PCCAPPDC: «Vicios causados por tercero

1. […] [lo transcribo en la nota inmediatamente siguiente, en a)].
2. La intimidación causada por un tercero hace anulable el contrato en todo caso».

Recuerdo, que en la *Propuesta de Código civil* no se considera a la violencia como vicio del consentimiento; al respecto *supra* nota 84 b).

c) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, en su artículo 55 [lo transcribo en la nota inmediatamente siguiente a esta, en b.1)] a la intimidación se le aplica la misma norma que a los otros vicios del error y del engaño.

Recuerdo, que en la *Propuesta de teoría general del contrato* no se regula la violencia como vicio del consentimiento; al respecto *supra* nota 84 c).

[578] a) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil según su artículo 527-10: «Vicios causados por terceros

1. También puede anular el contrato la parte que ha sufrido vicio causado por un tercero cuando:

a) De los actos del tercero responda la contraparte.

b) El tercero intervenga de algún modo en la celebración del contrato con el acuerdo de la contraparte.

c) La contraparte conozca o deba haber tenido conocimiento del vicio causado por aquel.

2. […] [lo transcribo en la nota inmediatamente anterior a esta, en b)]».

b) b.1) En la *Propuesta de teoría general del* contrato de Bosch/Del Pozo/Vaquer, su artículo 55 se ocupa de los vicios causados por terceros.

Artículo 55 P Bosch/Del Pozo/Vaquer: «Vicios ocasionados por terceras personas

Si quien causa el error, el engaño o las amenazas es un tercero, la parte que ha sufrido el vicio solo puede anular el contrato si la otra parte contratante:

a) Debe responder de los actos del tercero.

b) Conoce el vicio o lo debía razonablemente conocer, y se ha aprovechado del mismo para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta».

b.2) En su Comentario a dicho artículo 55, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican: «Los casos en los que se podrá anular el contrato cuando el vicio haya sido causado por un tercero son los siguientes:

a) Cuando se es responsable de los actos del tercero. No hay duda de que esta responsabilidad existe cuando el tercero es un empleado o un mandatario de la otra parte contratante. Si, por ejemplo, este mandatario ha concluido un contrato mediante maniobras dolosas, el principal podrá ver anulado el contrato, aunque él haya sido ajeno a estas prácticas.

b) A pesar de que el otro contratante no sea responsable del comportamiento del tercero, también se podrá anular el contrato si aquel conocía o podía razonablemente esperarse que conociera las maniobras empleadas por el tercero para la conclusión del contrato, y se hubiera aprovechado del vicio para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta» [(2016) p. 200].

Además apuntan Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy: «Así pues, en aras de la protección de la libertad contractual de la víctima, la culpabilidad del otro contratante no es un requisito imprescindible para poder anular un contrato por vicios del consentimiento» (p. 200).

b.3) Las «[c]oncordancias» del artículo 55 P Bosch/Del Pozo/ Vaquer son:

«Arts. 1268 CCEsp, 1434 CCIta, 256 CCPor., 1142 CCFra2016.
Arts. 4:111 PECL, 11.3 PICC, II.-7:208 DCFR, 1302 PMCC, 527-10 PAPDC, 49 Pr. Terré» (p. 200).

En otro plano, esto es, en el de la comparación del artículo 1302 PMCC 2009 con los paralelos artículos 4:111 PECL [579], II.-7:208 DCFR [580], 3.2.8

[579] a) Artículo 4:111 PECL: «Third Persons

(1) Where a third person for whose acts a party is responsible, or who with a party's assent is involved in the making of a contract:

(a) causes a mistake by giving information, or knows of or ought to have known of a mistake,
(b) gives incorrect information,
(c) commits fraud,
(d) makes a threat, or
(e) takes excessive benefit or unfair advantage,

remedies under this Chapter will be available under the same conditions as if the behaviour or knowledge had been that of the party itself.

(2) Where any other third person:

(a) gives incorrect information,
(b) commits fraud,
(c) makes a threat, or
(d) takes excessive benefit or unfair advantage,

remedies under this Chapter will be available if the party knew or ought to have known of the relevant facts, or at the time of avoidance it has not acted in reliance on the contract».

b) Artículo 4111 (1) PECL: «Terceros

(1) Cuando un tercero de cuyos actos responde una de las partes o que participa en la celebración del contrato con el acuerdo de la misma:

(a) provoca un error al dar una información o conocía o debía conocer que existía un error,
(b) proporciona una información incorrecta,
(c) incurre en dolo,
(d) provoca intimidación,
(e) u obtiene del contrato un beneficio excesivo o ventaja injusta,

se podrán utilizar las medidas previstas en este capítulo en idénticas condiciones a las que se aplicarían si el comportamiento o la información fueran de la misma parte

(2) Cuando cualquier otro tercero

(a) proporciona una información incorrecta,
(b) incurre en dolo,
(c) provoca intimidación,
(d) u obtiene del contrato un beneficio excesivo o ventaja injusta,

se podrán utilizar las medidas previstas en este capítulo, si la parte conocía o debería haber tenido conocimiento de los hechos relevantes o si, en el momento de la anulación, no hubiera actuado de acuerdo con el contrato» [Barres Benlloch/Embid Irujo/Martínez Sanz (2003) p. 392; otra traducción, Díez-Picazo/Roca Trias/Morales (2002) p. 45].

[580] a) Artículo II.-7:208 DCFR: «Third persons

(1) Where a third person for whose acts a party is responsable or who with a party's assent is involved in the making of a contrat:

(a) causes a mistake, or knows of or could reasonably be expected to know of a mistake; or
(b) is guilty of fraud, coercion, threats or unfair exploitation,

remedies under this Section are available as if the behaviour or knowledge had been that of the party.

(2) Where a third person for whose acts a party is not responsible and who does not have the party's assent to be involved in the making of a contract is guilty or fraud, coercion, threats or unfair exploitation, remedies under this Section are available if the party knew or could reasonably be expected to have know of the relevant facts, or at the time of avoidance has not acted in reliance on te contrat».

b) Artículo II.-7:208 DCFR: «Terceros

Principios UNIDROIT 2016 [581], sus respectivas regulaciones coinciden y difieren en parte [582]. En cambio, en el CESL, en su Capítulo 5 dedicado a los «[v]icios del consentimiento» (arts. 48 a 57), no se contiene precepto alguno que

---

(1) Cuando un tercero de cuyos actos responde una de las partes o que, con el consentimiento de la misma, participa en la elaboración de un contrato:

(a) causa un error, o conoce o razonablemente se puede esperar que conozca un error; o

(b) incurre en dolo, coacción, amenazas o explotación injusta, podrán utilizarse los remedios previstos en esta Sección de igual manera que si dichas conductas o dicho conocimiento fueran de la misma parte.

(2) Cuando un tercero, de cuyos actos no se responsabiliza una parte y que no dispone de su consentimiento para participar en la celebración de un contrato, incurre en dolo, coacción, amenazas o explotación injusta, podrán utilizarse los remedios previstos en la presente Sección si dicha parte conocía o cabía razonablemente esperar que conociera dichos hechos relevantes o si, al tiempo de la anulación, no hubiera actuado aún en función de lo dispuesto en el contrato» [revisión de Bosch Capdevila (2015) pp. 106-107].

[581] Artículo 3.2.8 Principios UNIDROIT 2016: «(Terceros)

(1) Cuando el dolo, la intimidación, excesiva desproporción o el error sean imputables o sean conocidos o deban ser conocidos por un tercero de cuyos actos es responsable la otra parte, el contrato puede anularse bajo las mismas condiciones que si dichas anomalías hubieran sido obra suya.

(2) Cuando el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción sean imputables a un tercero de cuyos actos no es responsable la otra parte, el contrato puede anularse si dicha parte conoció o debió conocer el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción, o bien en el momento de anularlo dicha parte no había actuado todavía razonablemente de conformidad con lo previsto en el contrato».

[582] Gómez Calle, no refiriéndose al dolo, sino a la ventaja excesiva del artículo 1301 PMCC 2009 [que transcribo *supra* [23] a) y nota 477] y al ventajismo del artículo 527-9 PCCAPPDC [que transcribo *supra* nota 478 a)], de las que se ocupa, apunta las siguientes similitudes y diferencias. Con las oportunas adaptaciones (por ejemplo, para el dolo no se dispone específicamente del remedio de la adaptación del contrato como sucede para la ventaja excesiva o el ventajismo), las siguientes consideraciones de Gómez Calle son útiles, pensando en el dolo. Por ello, que las expongo a continuación:

a) *Sobre los remedios de los que dispone la parte afectada cuando el vicio lo causa un tercero*:

a.1) *Para la Propuesta de 2009,* mientras los artículos 1302 PMCC 2009 y 3.2.8 Principios UNIDROIT 2016 «solo aluden a la posibilidad de *anular* el contrato», los artículos 4:111 PECL y II.-7:208 DCFR «autorizan a la parte perjudicada a utilizar *cualquiera de las medidas* previstas para el caso. Por tanto, también a exigir la adaptación del contrato [art. 1300. II PMCC 2009] y, en su caso, la responsabilidad por culpa *in contrahendo.* En la PMCC [2009] […] falta una regla similar a la de todos esos otros instrumentos que consagre dicha responsabilidad [por *culpa in contrahendo*] en el caso que nos interesa [ventaja excesiva, ventajismo]. Pero si se admitiera que el artículo 1245 PMCC puede justificarla, creo [Gómez Calle] que ello sería factible siempre que un contratante hubiera obrado de mala fe en las negociaciones, situación que puede darse aun cuando fuera un tercero el causante directo del perjuicio (así, p. e., si conocía lo hecho por ese tercero)» [cursiva del original; (2018) p. 137].

En opinión de Gómez Calle, «ni por lo que afecta a esta responsabilidad ni por lo que respecta a la adaptación del contrato [art. 1301. II PMCC 2009], tiene sentido privar a la parte perjudicada de tales remedios por el hecho de que el perjuicio haya sido causado por un tercero. Antes bien, lo lógico es que disponga de ellos en los mismos supuestos que el artículo 1302 PMCC le permite anularlo, esto es, cuando el tercero sea una persona de cuyos actos responda o tenga conocimiento el otro contratante» (pp. 137-138).

a.2) *Para la Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, «[e]n los supuestos considerados, el perjudicado puede, según el artículo 527-10.1 PCCAPDC, *anular* el contrato. También los correlativos preceptos de la PMCC [de 2009] y de los PICC [Principios UNIDROIT 2016] aluden solo a la posible anulación.

trate de los vicios del consentimiento cuando estos son causados por un tercero [583]; no procede pues, en este punto, comparación alguna con el CESL.

Entrando ya en el análisis de los dos supuestos del artículo 1302 PMCC 2009:

a) Uno es «cuando hayan sido causados o provocados [en mi caso, el dolo] por un tercero de cuyos actos responda […] el otro contratante». En esta locución, entiendo, pueden incluirse, entre otros, el dolo del representante, del mandatario, del auxiliar, del dependiente, del gestor de negocios si hay ratificación o aprovechamiento de sus actos, etc. Por su parte, Gómez Calle apunta,

---

En cambio, los demás textos [PECL, DCFR], más ampliamente, le permiten utilizar *todos los remedios* previstos al efecto, con lo que quedan comprendidos también la adaptación del contrato y la responsabilidad por culpa *in contrahendo.* Reitero [Gómez Calle] lo que ya dije a este respecto en el contexto de los PICC [Principios UNIDROIT 2016] y la PMCC [de 2009]: en mi opinión [Gómez Calle], no hay razón para que, dándose cualquiera de los supuestos en que la conducta del tercero cobra relevancia, esto sea a los solos efectos de la anulación y no a los otros (¿por qué, p. e., si el cocontratante conoce lo hecho por el tercero, el perjudicado no va a poder pedir la adaptación del contrato en lugar de su anulación, si eso es lo que más le interesa?). Por ello me parece preferible [Gómez Calle] la formulación de los PECL, […], y DCFR en este punto. En todo caso, y por lo que respecta a la responsabilidad, entiendo que el artículo 527-21 PCCAPDC ampararía perfectamente la pretensión indemnizatoria del perjudicado, aun cuando fuera un tercero el causante del ventajismo, si hubiera mala fe del otro contratante (claramente, v. gr., sí conocía lo hecho por el tercero)» (cursiva del original; p. 152).

b) *Sobre la posibilidad de anular el contrato cuando el otro contrante no hubiera actuado, aun confiando en la validez del contrato.*

b.1) *Para la Propuesta de 2009,* «[l]a principal diferencia con esos preceptos [arts. 3.2.8 Principios UNIDROIT 2016, 4:111 PECL, II.-7:208 DCFR, con la ventaja excesiva del artículo 1301 PMCC 2009] radica en que estos [artículos de *soft law*] permiten la anulación también cuando la parte beneficiada, aun no siendo responsable del tercero ni teniendo por qué conocer sus actos, no hubiera actuado aun confiando en el contrato. El artículo 1302 PMCC [de 2009], en cambio, no toma en cuenta este caso, por lo que en él no sería posible anular el contrato» (cursiva del original; p. 137).

b.2) *Para la Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, «el citado precepto [art. 527-10.1 PCCAPPDC, que transcribo *supra* nota 578 a)] permite a la parte perjudicada anular el contrato cuando: a) de los actos del tercero responda la contraparte (p. e., es representante suyo); b) el tercero hubiera intervenido de algún modo en la celebración del contrato con acuerdo de la contraparte; y c) esta conocía o debía haber conocido el vicio causante por aquel.

Si comenzamos atendiendo a los *supuestos en que lo hecho por el tercero es relevante,* la PCCAPDC se queda en un punto intermedio entre la PMCC [2009, que menciona únicamente los antes reproducidos a) y c)] y los PECL, […] y DCFR, que a los tres citados añaden uno más. Este cuarto supuesto permite a la parte perjudicada utilizar las medias [*sic*, medidas] previstas para este vicio cuando, pese a no darse ninguna de las tres situaciones vistas –en las que verdaderamente hay un motivo que justifica la imputación de lo hecho por el tercero a la contraparte–, resulta que esta aún no ha actuado de acuerdo con el contrato. El hecho de que la contraparte aún no haya invertido su confianza en el contrato celebrado justifica en estos textos [PECL, DCFR] que se dé relevancia al vicio causado por un tercero. La PCCAPDC, en cambio, ha optado por no dar cobertura a la anulación en este caso (igual que la PMCC [de 2009]). Por tanto, en este punto se ha impuesto en las propuestas españolas una visión más restrictiva de la relevancia de los vicios del consentimiento. Se trata, en fin, de una decisión de política legislativa» (cursiva del original; pp. 151-152).

[583] Lohsse advierte que «el CESL […] no solo se ha abstenido de disponer una regla sobre las personas de cuyos actos la otra parte es responsable, sino que no incluyó una disposición sobre los terceros. Esto ya ha sido criticado, y con bastante razón» [«Artículo 4:111» (2018) 7, p. 712].

que en el artículo 1302 PMCC 2009 «no [se] menciona explícitamente el supuesto de terceros que participan en la celebración del contrato con el consentimiento de un contratante», al igual que sucede en el artículo 3.2.8 Principios UNIDROIT 2016 (que transcribo *supra* nota 581) [584], mientras que es explícitamente mencionado en los artículos 4:111 (1) segundo supuesto PECL (que transcribo *supra* nota 579) [585] y II.-7:208 (1) segundo supuesto DCFR (que

---

[584] Sobre los supuestos contemplados en el artículo 3.2.8 Principios UNIDROIT 2016:

a) En el comentario 1 del artículo 3.2.8 Principios UNIDROIT 2016 se explica, que «[e]l primer párrafo [de dicho art. 3.2.8] trata de los casos en que el dolo, la intimidación, la excesiva desproporción o el error de una de las partes son imputables a un tercero, por cuyos actos debe responder la otra parte. Este párrafo [primero del art. 3.2.8 Principios UNIDROIT 2016] también se ocupa de supuestos en los que el tercero, sin haber causado el error, conocía o debió conocer dicho error. Existe una gran variedad de situaciones en las que una parte debe responder de los actos de un tercero, incluyendo aquéllas en que dicho tercero es un mandatario de la parte en cuestión, y aquellas otras en que el tercero actúa por su propia iniciativa en beneficio de esa parte. En todos estos casos parece justificado imputar a dicha parte la conducta o el conocimiento, real o ficticio, del tercero, con independencia de que la parte en cuestión conociera en realidad lo realizado por dicho tercero» [«Artículo 3.2.8», UNIDROIT (2018) p. 123].

b) Y en el comentario 2 del artículo 3.2.8 Principios UNIDROIT 2016 se explica, que «el párrafo (2) trata de los casos donde la parte que ha sufrido dolo, amenazas, o ha sido de cualquier otra forma indebidamente influenciada por un tercero de cuyos actos la otra parte no es responsable. Dichos actos se podrían imputar a este último sólo en caso de que tuviera conocimiento de ellos o debiera haberlos conocido.

Sin embargo, existe una excepción a esta regla: el que haya sufrido el dolo, amenaza o cualquier otra influencia indebida tiene derecho a anular el contrato, aún cuando la otra parte no tuviera conocimiento del comportamiento del tercero, siempre que en el momento de anular el contrato dicha parte no hubiera actuado razonablemente en función de lo dispuesto en el contrato mismo. Esa excepción está justificada, ya que en tal caso la otra parte no necesita de protección» (p. 123).

[585] a) El *Comment A* del artículo 4:111 PECL se titula «Responsabilidad por los agentes, empleados y otros» («Responsability for Agents, Employees and Others» [«Artículo 4:111», Lando/Beale (ed.) (2000) p. 272]. Ese *Comment A* se refiere al artículo 4:111 (1) PECL y en 2020 informaba que, «se explica que bajo los PECL, en general se considera a una parte responsable no solo de las acciones de sus empleados, sino también de las de aquellos otros que participan en la formación del contrato, o en quienes se delega el cumplimiento. Y de acuerdo con el artículo 1:305 PECL [que transcribo en esta misma nota, siguiente b)] […]», y «[l]o anterior se aplica al comportamiento o al conocimiento *que podrían invalidar un contrato y otras cosas. Lo habitual es que el tercero actué en representación del contratante contra el que se ejercita el remedio, pero ello no es necesario si el tercero se involucró con el consentimiento* [asentimiento] *de dicho contratante;* no es necesario probar que el tercero actuaba para el contratante. En la *Illustration 1* se lee: A, suministrador de bienes, mantiene una negociación informal con un comprador; otro cliente está presente y con el consentimiento [asentimiento] del suministrador se une a la discusión y sin que lo oiga el suministrador, el otro cliente da al comprador una información incorrecta; el comprador dispone del remedio del artículo 4:103 (que regula el error) o del remedio del artículo 4:107 PECL (que regula el dolo [y transcribo *supra* nota 96]) *como si la información la hubiera facilitado el suministrador, sin tener que probar que el otro cliente actuaba en representación del suministrador*» (cursiva del original; Fenoy Picón, *ADC* (2020) nota 208 de p. 1381].

b) b.1) Artículo 1:305 PECL: «Imputed Knowledge and Intention

If any person who with a party's assent was involved in making a contract, or who entrusted with performance by a party or performed with its assent:

(a) knew or foresaw a act, or ought to have known or foreseen it; or

(b) acted intentionally or with gross negligence, or not in accordance with good faith and fair dealing, this knowledge, foresight or behaviour is imputed to the party itself».

b.2) Artículo 1:305 PECL: «Imputabilidad e intención

transcribo *supra* nota 580) [586]. Para Gómez Calle, «[c]abría entender que de los actos de esos terceros [que participan en la celebración del contrato con consentimiento de un contratante] debería responder ese contratante y que quizá por eso la PMCC [2009] ha optado por no referirse a ello separadamente» [587]. Ciertamente, puede considerarse así.

b) El otro supuesto consiste en que el otro contratante «tenga conocimiento» del dolo causado o provocado por el tercero. Encaja aquí el supuesto en que el contratante sabía del dolo de tercero y se aprovechó de él para celebrar el contrato. Sobre el «tenga conocimiento» del artículo 1302 PMCC 2009, Gómez Calle apunta que «no es necesario que entre el tercero y el contratante beneficiado [la autora escribe pensando en la ventaja excesiva del art. 1301. I PMCC 2009, que transcribo *supra* [23] a), y su consideración la extrapolo y adapto al dolo] haya una relación tal que obligue a este [en mi caso, al contratante que se beneficia del dolo en el sentido de que, por su existencia, pudo celebrar el contrato] a responder de la conducta de aquél [del tercero]: [pues,] el solo hecho de que el beneficiado [por el dolo] conozca esa conducta basta para que el perjudicado [el que sufrió el dolo] pueda instar la anulación» [588].

Cuando un tercero que interviene en la celebración de un contrato con el acuerdo de una de las partes, que recibe de la parte el encargo de cumplir las obligaciones derivadas del contrato o que cumple con el consentimiento de dicha parte,

(a) tiene conocimiento o prevé un hecho o debería haberlo conocido o previsto,

(b) o ha actuado de manera intencional o gravemente negligente o no conforme a las exigencias de la buena fe,

tal conocimiento, previsibilidad o comportamiento se imputará a la citada parte» [Barres Benlloch/Embid Irujo/Martínez Sanz (2003) pp. 180-181; otra traducción, Díez-Picazo/Roca Trias/Morales (2002) p. 26].

b.3) En el *Comment A* del artículo 1:305 PECL se explica que, «es el común propósito de ambas reglas [del art. 1:305 PECL] neutralizar los riesgos legales inherentes a la moderna división del trabajo en el comercio y la industria. Esto se logra imputando el real o hipotético conocimiento o un legalmente relevante estado mental, tales como intención, negligencia o mala fe, de una persona que ayuda en la formación o en el cumplimiento del contrato a la parte contratante para quien esa ayuda se presta» [«Artículo 1:305», Lando/Beale (ed.) (2000) p. 134; traducción mía].

En lo que se refiere a su alcance, y ahora según el *Comment B* del artículo 1:305 PECL, «[b]ajo las modernas condiciones, muchos contratos no se hacen o cumplen personalmente por las partes contratantes. Más bien, las partes hacen los contratos a través de la representación de empleados o de otras personas y confían el cumplimiento de sus contratos a empleados, agentes, subcontratistas y otros terceros. El artículo 8:107 [PECL], Cumplimiento confiado a otro, dispone que una parte no puede escapar de su obligación de cumplimiento delegándolo en otro; si la obligación es incumplida, la parte permanecerá responsable. El presente artículo [1:305 PECL] es complementario al artículo 8:107 [PECL]. Trata [dicho artículo 1:305 PECL] de otros dos aspectos de esta moderna división del trabajo, a saber, de la imputación del real o hipotético conocimiento de personas que ayudan en la formación o cumplimiento de un contrato, a la parte contratante en sí misma (subparágrafo (a) [del artículo 1:305 PECL]); y de la imputación de intención o grosera [grave] negligencia respecto del incumplimiento (subparágrafo (b))» (pp. 134-135; traducción mía).

[586] Gómez Calle (2018) p. 138.

[587] Gómez Calle (2018) p. 138.

[588] Gómez Calle (2018) p. 137.

Además, para Gómez Calle «parece lógico equiparar a estos efectos el deber de conocer y el conocimiento efectivo» [589].

Más allá de lo indicado por Gómez Calle, a mi entender, el supuesto, en que el contratante y el tercero hubieran sido cómplices en el dolo (hubo connivencia entre ellos), se encuentra encerrado en ese «tenga conocimiento» del artículo 1302 PMCC 2009. Pues si basta conocer (art. 1302 PMCC 2009), con mayor razón si hubo colaboración o connivencia entre aquéllos. También podría considerarse su encaje en el primer supuesto del artículo 1302 PMCC (el del otro contratante que consiente la participación del tercero). Ahora bien, verdaderamente, la colaboración o la connivencia con el tercero supone que hubo dolo de parte (art. 1300.1 PMCC 2009).

[A] *El derecho comparado y la regla sobre el dolo de tercero. Una comparación con la regla aplicable a la amenaza de tercero*

En los derechos continentales europeos, en los que vengo centrándome, existen reglas para el dolo de tercero. Si, como además hago, tengo en cuenta al vicio de la amenaza (o violencia, temor fundado, coacción moral, etc.), he de señalar que existen distintos modelos regulatorios. En este sentido, unas veces se disponen distintas reglas para el dolo y para la amenaza (derechos alemán, suizo, italiano, portugués, y francés) [590]; otras veces se ordena una regla común para los

---

[589] GÓMEZ CALLE (2018) p. 137.

[590] a) En 2020 informaba sobre las siguientes consideraciones generales de Lohsse:

«desde una visión comparada, Lhosse [*sic,* Lohsse; apellido, mayúsculas en el original] señala que *la mayoría de los sistemas jurídicos continentales prevén diferentes reglas para el dolo de tercero y para la amenaza de tercero, en relación con la anulación del contrato.* En esos mayoritarios sistemas, *la amenaza permite anular el contrato, independientemente de que provenga de la otra parte o de un tercero. En cambio,* el dolo de tercero *permite la anulación contractual solo si se cumplen ciertos requisitos, e incluso hay sistemas que no lo permiten.*

La distinta regulación *suele explicarse* con el argumento de que la amenaza es más seria y más difícil de probar, además de que la parte que sufrió dolo también podrá recurrir a la anulación por error, al margen de que el dolo haya procedido de tercero, algo que no sucede con la amenaza. Lhosse [*sic,* Lohsse; apellido, mayúsculas en el original] *considera* que este último argumento puede convencer, *solo* si el dolo de tercero da lugar a un error considerado relevante, siendo más débiles los otros argumentos. En el moderno mundo de los negocios, muchas amenazas tienen más una naturaleza económica, que física, y de modo creciente son más similares al dolo, en lo que se refiere a la seriedad del vicio del consentimiento. Por ello no sorprende que el distinto trato jurídico entre el dolo y la amenaza *permanezca inexplicable.* Se ha argumentado que la anulación por dolo de tercero se somete *a requisitos adicionales* para no imponer una carga indebida a la otra parte. Pero, entonces, se deja abierto por qué la anulación del contrato por la amenaza de un tercero y sin las restricciones del dolo no es igualmente oneroso. Lhosse [*sic,* Lohsse; apellido, mayúsculas en el original] *afirma* que, de hecho, la distinta regulación no es más que una reminiscencia del Derecho romano, que el Derecho moderno preserva por razón de tradición, más que por razón sustantiva. A diferencia del *dolus*, *solo* disponible frente a la otra parte que actuó dolosamente, la acción por *metus* procedía contra *toda* persona que hubiera adquirido algo como resultado del *metus.* En el Derecho romano, el diferente trato tenía una buena razón. Inicialmente, el *metus* se agrupaba junto a la violencia y era percibido, correctamente como mucho más serio que el *dolus.* La acción concedida por la

dos anteriores vicios del consentimiento y para el abuso de circunstancias (derechos de los Países Bajos y belga).

En 2020 me ocupé de los derechos alemán, de los Países Bajos, italiano, portugués suizo, francés y belga para el dolo de tercero. Aunque parte de las consideraciones, que en 2020 hice, las reproduzco a continuación, advierto que ahora las completo con más datos. Además, hago indicaciones en relación con el dolo de parte y sobre la regla aplicable a la amenaza de tercero. Finalmente, advierto, que comienzo mi exposición, de cada uno de esos derechos, refiriéndome a la regla aplicable a la amenaza de tercero, y luego a la del dolo.

[A.1] *El derecho alemán*

a) Mientras en el § 123.1 BGB se regula el engaño y la intimidación (concepto y requisitos), en el § 123.2 BGB, en el que se disponen dos reglas, se regula el engaño de tercero a efectos de la anulación.

b) Sobre la intimidación, Flume explica que «se ha considerado siempre como la "perturbación peor y más peligrosa de una situación jurídica"» y, «[l]a valoración más rigurosa de la intimidación se muestra en el Derecho vigente en que en el caso de intimidación existe *"per se"* el derecho a anular, mientras que el engaño doloso sólo legitima para impugnar frente a quien engañó y a aquel que conocía o debía conocer el engaño» [591].

Por su parte, Wais apunta que el § 123.1 BGB «no exige que la parte que recibe la declaración de voluntad sea también la que perpetre la intimidación» [592].

c) En cuanto al engaño de parte y de tercero, en 2020 exponía:

«En el *Derecho alemán*, del dolo de tercero se ocupa el § 123 (2) BGB que contiene dos reglas.

[c.1)] La *primera regla* del § 123 (2) BGB dispone que, "[s]i el engaño procede de un tercero, la declaración que debía emitirse frente a otro [el destinatario de la declaración] solo es impugnable *si este* [último] *conocía el engaño*

---

amenaza tenía carácter penal (el demandado respondía por el cuádruple de valor)» [cursiva del original; Fenoy Picón, *ADC* (2020) nota 379 de p. 1425].

b) Para el derogado y vigente derecho argentino, y los derechos paraguayo, chileno y colombiano, Fenoy Picón, *ADC* (2020) [63] [A.1] pp. 1425-1430, y notas 384 y 385 de pp. 1426-1429.

[591] Flume (1992; 1998 de la traducción Miquel González/Gómez Calle) pp. 623-625.

Continúa Flume: «En efecto, en los materiales para el BGB, al igual que en la Exposición de Motivos, los Protocolos y la Memoria, la regla de que el derecho a impugnar en el caso de la intimidación existe *"per se"* se apoya en una consideración especial. En la Exposición de Motivos se dice: "La experiencia enseña que no en pocos casos, especialmente en tiempos de agitación, algunas personas emplean con éxito amenazas en interés de muchos y es evidente la desfavorable situación en que se hallaría el que ha sido instigado a hacer prestaciones mediante tales amenazas si tuviera que probar frente a todo el que haya obtenido algo a consecuencia de ellas su culpa concurrente o incluso sólo su conocimiento o deber de conocer". Sin embargo, el régimen legal no se limita por esta consideración y, pese a la opinión de los autores del BGB, la Ley muestra una valoración más rigurosa de la intimidación que del engaño doloso» (p. 624).

[592] Wais, «§ 123» (2020) 9 p. 153; traducción mía.

[del tercero] *o debía conocerlo*" (cursiva mía) [593]. Flume apunta que "[l]a declaración no recepticia es anulable *"per se"* cuando se apoya en un engaño doloso", *mientras que en la declaración recepticia* "la impugnación sólo es admisible cuando la otra parte ha empleado el dolo *o* conocía o debía conocer el engaño ejercido por un tercero" (cursiva mía); dicho de modo más preciso para el engaño de tercero, "lo que importa es si el destinatario de la declaración conocía o debía conocer el engaño y su carácter causal respecto de la emisión de la declaración". Fijado lo anterior, procede determinar quien *no* tiene la condición de tercero, por lo que *no* se aplica la *primera regla* del § 123 (2) BGB, considerándose que, *realmente, el engaño es de la otra parte* y lo que se aplica es el § 123 *(1)* BGB [que transcribo *supra* nota 141]. Sobre ello, Flume informa que "[j]urisprudencia y doctrina admiten, con razón, que la limitación del derecho a impugnar en relación con el engaño de un "tercero" *no es aplicable si el dolo del "tercero" es imputable a la otra parte como si fuera su persona.* Así, en el negocio con un representante carece de importancia para la impugnación que haya sido *el representante o el representado* quien haya realizado el engaño doloso. Esto es también aplicable en el caso de *representación indirecta* y, más aún, en el caso del negocio por *persona interpuesta*" (cursiva mía). *"Tampoco los auxiliares de la otra parte son terceros* en el sentido del § 123. II [BGB]" (cursiva mía). Y lo mismo, "si una persona celebra dos negocios distintos con diferentes partes, [y] la Jurisprudencia ha admitido que *si los negocios están internamente relacionados y quien es parte en un negocio actúa al mismo tiempo para quien lo es en otro,* su engaño no es el de un "tercero" para la otra parte. El paradigma es el caso de la compra a crédito financiada por una institución de financiación cuando el vendedor y aquella trabajan juntos"» (cursiva mía) [594].

A lo anterior he de añadir que, para el engaño, Wais señala, a propósito del § 123.2, primera regla, BGB que, procediendo el engaño de tercero, «la parte engañada puede» impugnar «su declaración solo si la parte receptora [de la declaración] no merece protección; esto es, si sabía o fue negligente en no saber del engaño. Sin embargo, una persona que está involucrada en la celebración del contrato del lado de la parte receptora [de la declaración] no se la califica como tercero» a efectos del § 123 (2), primera regla, BGB; «[p]or ejemplo, si un empleado del vendedor engaña al comprador, solo se aplica» el § 123.1 BGB, y lo mismo, «un agente no puede ser considerado como tercero en relación con el principal» [595].

---

[593] a) Traducción de ARROYO AMAYUELAS, revisión de la traducción BECKMANN, «§ 123» (2008) p. 56.

b) Una traducción al inglés del § 123.2, primera regla, BGB: «Voidability on the grounds of deceit or duress

(1) […] [lo transcribo *supra* nota 141 b)].

2. If a third party committed this deceit, a declaration that had to be made to another may be avoided only if the latter knew of the deceit or ought to have known it. […] [el contenido de los puntos suspensivos lo transcribo *infra* nota 596]» [WAIS, «§ 123» (2020) p. 150].

[594] FENOY PICÓN, *ADC* (2020) [62] [C] pp. 1419-1420.

[595] WAIS, «§ 123» (2020) 8 p. 152, traducción mía; continúa señalando que, en caso de duda, «otra persona debería ser considerada como tercero» bajo el § 123.2, primera regla, BGB.

[c.2)] En cuanto a la *segunda regla* del § 123.2 BGB, en 2020 exponía que, en ella, se «dispone que "[s]i otra persona *diferente* de aquélla frente a la cual debía emitirse la declaración de voluntad [el destinatario de la declaración] ha adquirido un derecho como consecuencia inmediata de la declaración, *se puede impugnar la declaración frente a ella si conocía o debía conocer el engaño*" (cursiva mía) [596]. Tras recordar lo ordenado por esta *segunda regla* del § 123 (2) BGB, Flume indica, "y, hay que añadir, con mayor razón, si el tercero ha ejercido el engaño". "Como paradigma [de la *segunda regla* del § 123 (2) BGB] se cita generalmente el contrato a favor de tercero"». [597]

Finalizaba diciendo, en 2020, que, «[p]or último, Flume explica que "[l]a limitación de la impugnación [por engaño] respecto de la declaración recepticia descansa en la consideración de que ha de protegerse la confianza depositada por el destinatario de la declaración en la misma"» [598].

[A.2] *El derecho suizo*

a) Cuenta con una regla para el temor fundado por tercero (art. 29.1 CO 1911) y con otra para el dolo de tercero (art. 28.1 CO 1911).

b) Para el temor fundado [art. 30 CO 1911, que transcribo *supra* nota 327 b)], el artículo 29.1 CO 1911 [que transcribo *supra* nota 327 a)] permite al contratante que lo padeció no quedar obligado, tanto si dicho temor lo inspiró sin derecho la otra parte contratante como si lo inspiró un tercero. Sin embargo, si bien las amenazas hechas sin derecho por un tercero permiten al contratante que las sufrió no quedar contractualmente obligado, el artículo 29.2 CO 1911 [que transcribo *supra* nota 327 a)] ordena que «[s]i las amenazas provinieran de un tercero y la otra parte contractual no las hubiera conocido ni debido conocer, aquel de los contratantes que las haya sufrido y quisiera dejar ineficaz el contrato, deberá indemnizar a la otra cuando así lo exija la equidad».

Por lo expuesto, puede decirse que en el derecho suizo se protege ampliamente al contratante que padeció el temor fundado, ya que se le permite no quedar contractualmente obligado, incluso si las amenazas fueron hechas por un tercero. Ahora bien, si dicho contratante decide no quedar contractualmente obligado, habrá de indemnizar, si la equidad lo exige, al otro contratante que no conoció, ni debió conocer de las amenazas del tercero [599].

---

[596] a) Traducción de Arroyo Amayuelas, revisión de la traducción Beckmann, «§ 123» (2008) p. 56.

b) Una traducción al inglés del § 123.2, segunda regla, BGB: «Voidability on the grounds of deceit or duress

1. […] [lo transcribo *supra* nota 141 b)].

2. […] [transcribo la primera regla *supra* nota 593]. If a person other than the person to whom the declaration was to be made acquired a right as a direct result of the declaration, the declaration made to him may be avoided if he knew or ought to have known of the deceit» [Wais, «§ 123» (2020) p. 150].

[597] Fenoy Picón, *ADC* (2020) [62] [C] pp. 1420-1421.

[598] Fenoy Picón, *ADC* (2020) [62] [C] p. 1421.

[599] Para el temor fundado, Engel comenta, «que la voluntad sea viciada por el hecho de A o por el de C a escondidas de A, el consentimiento de B se ve afectado del mismo modo» y el artículo 29.2 CO 1911 «abre la vía a la invalidación» para ambos supuestos. Engel destaca además, que para las amenazas,

c) Para el dolo, tras referirse al de parte el artículo 28.1 CO 1911 [que transcribo *supra* [17] a) [A.2] a.1) y nota 133], para el dolo de tercero, en el artículo 28.2 CO 1911 se dispone que el contratante que lo padeció queda contractualmente obligado, salvo si el otro contratante conoció o debió de conocer del dolo de tercero cuando la celebración del contrato (y entonces, aquel podrá invalidar el contrato) [600].

Engel explica que «tercero, aquí, es una persona que no es ni cocontratante, ni representante que auxilia al autor del dolo»; «[e]s, por ejemplo, el exempleado del lesionado que actúa en concierto con el autor, o el deudor principal que engaña al fiador» [601]. Habiendo dolo de tercero, el «[p]rincipio» es, señala Engel, que «el contrato no puede ser invalidado» y así, continúa explicando el mismo, «B permanece vinculado a A y debe ejecutar el acto ([aunque] queda reservada la invalidación [del contrato] por error esencial)»; B «dispone naturalmente de un acción de daños y perjuicios contra el tercero» (arts. 41 ss CO 1911) [602]. En cambio y como excepción al anterior principio, «B puede invalidar el contrato si A conocía o debía haber conocido del dolo», y «[e]sta cautela tiene por finalidad prevenir o hacer fracasar toda connivencia entre A y C»; «[s]e puede concebir que A es cómplice del tercero» [603].

[A.3] *El derecho italiano*

a) En este se dispone una regla para el contrato celebrado por la violencia de tercero (art. 1434 CCI 1942) y otra regla para el contrato celebrado por el engaño de tercero (art. 1439. II CCI 1942).

b) Para la violencia, el artículo 1434 CCI 1942 ordena que «[l]a violencia es causa de anulación del contrato, también si es ejercida por un tercero» (traduc-

---

el Código de las obligaciones de 1911 «ha adoptado una solución contraria a la que consagra para el dolo [de la que doy cuenta en el cuerpo del texto en siguiente c)], regresando a la tradición romana, o, si se prefiere, a una concepción ortodoxa de los vicios de la voluntad». Ahora bien, esta diferencia entre las amenazas y el dolo «puede justificarse: es raro, en caso de dolo, que el lesionado esté absolutamente exento de negligencia; diligente o vigilante, él habría podido evitar el engaño. En el caso de la amenaza de tercero, por el contrario, el mal escapa a todo poder de la persona a la que atañe». «La amenaza de un tercero […] permite la invalidación del contrato», «si bien el lesionado debe indemnizar al cocontratante ignorante de la amenaza, si la equidad lo exige». Esta «obligación de reparar no deriva de la culpa de la víctima; es un caso de reparación debido por razón de un acto lícito» y «[e]l juez dispone de un amplio poder de apreciación: si, como lo quiere la lógica en la materia, es el interés negativo el que es debido, el [juez] puede sin embargo ir más allá y concederle el interés positivo» [(1997) p. 368; traducción mía].

[600] a) Artículo 28 CO 1911: «1. […] [lo transcribo *supra* [17] a) [A.2] a.1)].

2. La parte contractual víctima del dolo de un tercero quedará obligada, salvo que la otra parte hubiera conocido o debido conocer el dolo al tiempo de la celebración del contrato» [traducción de Mateo Villa (2022) p. 683].

b) Artículo 28 CO 1911: «1. […] [lo transcribo *supra* nota 133 b)].

2. La partie qui est victime du dol d'un tiers demeure obligée, à moins que l'autre partie n'ait connu ou dû connaître le dol lors de la conclusion du contrat».

[601] Engel (1997) p. 361; traducción mía.

[602] Engel (1997) p. 361, traducción mía; añade: «La importancia de la culpa del tercero puede tomarse en consideración, lo mismo que la culpa concomitante del lesionado» (traducción mía).

[603] Engel (1997) p. 361, traducción mía; añade: «Si la invalidación no repara el perjuicio, B puede dirigirse a A y C solidariamente» (art. 50 CO 1911).

ción mía) [604]. Gazzoni apunta que, «a diferencia de cuanto se dispone en materia de dolo, [para la violencia] es del todo irrelevante que el contratante haya tenido conocimiento: lo que cuenta, de hecho, es exclusivamente el nexo de causalidad que debe existir entre la violencia y la celebración del contrato» [605]. Por su parte, Trimarchi destaca que «la ley [el artículo 1434 CCI 1942] no requiere el conocimiento de la contraparte del amenazado; la exigencia de tutelar la confianza cede frente a la exigencia de tutelar contra la extorsión» [606].

c) Para el dolo de tercero, en 2020 explicaba que «el artículo 1439. II CCI […] prescribe, que si el engañó lo empleó un tercero, podrá anularse el contrato, *si lo conocía el contratante que lo ha aprovechado* [607]. *En el conflicto* entre el interés de la parte cuyo consentimiento se captó por dolo, *de desvincularse del contrato,* y el interés de la otra parte que confió en la declaración recibida, *de mantener el vínculo,* Cataudella apunta que se es más favorable al segundo interés *(al del mantenimiento del vínculo). Pues, la confianza se tutela, incluso si hay culpa; es decir, que también se tutela si lo hubiera podido evitar aplicando la diligencia ordinaria»* (cursiva del original) [608].

A lo anterior añado que, similar reflexión lleva a cabo Trimarchi [609], quien además destaca, que «a los fines de la aplicación de esta regla [del artículo 1439. II CCI 1942] no es tercero el representante, el mandatario, el dependiente y, en general, el auxiliar de uno de los contratantes, encargado de cooperar en la celebración del contrato. Cada uno tiene, de hecho, que asumir, también sin culpa, las consecuencias de lo actuado por sus auxiliares», y «[p]or ello, si –por ejemplo– el representante engaña a la otra parte, el contrato es anulable también si el representado no sabía nada» [610].

[A.4] *El derecho portugués*

a) En él se disponen distintas reglas para la coacción moral y para el dolo.

b) Para la coacción moral, se exigen diferentes requisitos, según provenga del otro contratante o de un tercero. Si proviene del otro contratante, «[b]asta

---

[604] Artículo 1434 CCI 1942: «Violenza
La violenza è causa di annullamento del contratto, anche se esercitata da un terzo».

[605] Gazzoni (2019) p. 977; traducción mía.

[606] Trimarchi (2014) p. 187; traducción mía.

[607] Artículo 1439 CCI 1942: «Dolo
[…] [lo transcribo *supra* nota 145 a)].
Quando i raggiri sono stati usati da un terzo, il contratto è annullabile se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio».

[608] Fenoy Picón, *ADC* (2020) [62] [E] p. 1422.

[609] Según Trimarchi: «Tratándose de un contrato es necesario […] que el dolo provenga *del otro contratante* [esta cursiva, negrita en el original]. Si, en cambio, el dolo proviene *de un tercero* [esta cursiva, negrita en el original], puede suceder que el engaño no sea conocido por el contratante que obtiene la ventaja; en tal caso, la exigencia de tutelar la confianza de este último entra en conflicto con la exigencia de tutelar al engañado. La ley hace prevalecer también aquí la *tutela de la confianza* [cursiva del original]: por consiguiente, el contratante engañado por el tercero podrá impugnar el contrato por dolo solo si la contraparte estaba confabulada con el tercero o, cuanto menos, era conocedor del engaño (art. 1439 […] [CCI 1942]» [(2014) p. 185; traducción mía].

[610] Trimarchi (2014) p. 185; traducción mía.

[para anular el contrato] la simple amenaza de un mal, cuyo temor de que se concretice sea determinante de la declaración» [611] (arts. 255.1 y 256, primera regla, CCP 1966 [612]). Si la coacción proviene de tercero, para que el contratante que la hubiere padecido pueda anular el contrato, es necesario que el mal con que amenace el tercero sea grave y esté justificado el temor de su consumación (art. 256, segunda regla, CCP [613]). Como se desprende de lo expuesto, a efectos de, si es posible la anulación del contrato, la coacción moral del otro contratante y la del tercero difieren en el requisito de la gravedad de la coacción [614].

---

[611] Hörster/Moreira Da Silva (2023) 1011, p. 654; traducción mía.

[612] a) Artículo 255 CCP 1966: «Coacción moral

1. Dícese hecha bajo coacción moral la declaración negocial determinada por el temor de un mal del que el declarante fue ilícitamente amenazado con el fin de obtener de él la declaración.

2. […]» (traducción mía).

b) Artículo 255 CCP 1966: «Coação moral

1. Diz-se feita sob coação moral a declaração negocial determinada pelo receio de un mal de que o declarante foi ilicitamente ameaçado como o fim de obter dele a declaração.

[2 […]».

c) El artículo 256 CCP 1966 lo transcribo en la nota inmediatamente siguiente

[613] a) Artículo 256 CCP 1966: «Efectos de la coacción

La declaración negocial extraída por coacción es anulable, incluso si esta proviene de tercero; en este caso [siendo la coacción de tercero], todavía, es necesario que sea grave el mal y justificado el temor de su consumación» (traducción mía)

b) Artículo 256 CCP 1966: «Efeitos da coação

A declaração negocial extorquida por coação é anulável, ainda que esta provenha de terceiro; neste caso, porém, é necessário que seja grave o mal e justificado o receio da su consumação».

[614] a) Hörster/Moreira Da Silva explican que «[e]l efecto de la coacción moral es, como en todos los casos en que hay un vicio de la voluntad, la anulabilidad: "[la] declaración negocial arrancada por coacción es anulable" cuando es ejercida por el destinatario [de la declaración] (art. 256, 1.ª parte).

Sin embargo, cuando la coacción proviene de un tercero, la ley ya diferencia, y esto en función de la gravedad de la coacción. A este propósito [de la coacción moral de tercero] es necesario, para que la anulación proceda, que haya sido grave el mal y justificado el temor de su consumación (artículo 256, 2.ª parte). Habiéndose cumplido estos dos presupuestos, la declaración es anulable en relación con el destinatario [de la declaración] en su totalidad, no habiendo lugar a un tratamiento diferenciado como el previsto en el artículo 254, núm. 2, [CCP 1966], para el caso del dolo de tercero» [(2023) 1012, p. 654; traducción mía]. Aunque del dolo de tercero me ocupo a continuación en el cuerpo del texto de este [A.4], adelanto, a fin de que pueda entenderse la anterior afirmación de Hörster/Moreira Da Silva, que el dolo de tercero no permite la anulación del contrato, salvo que el otro contratante conociera o debiera conocer de él.

Hörster/Moreira Da Silva explican además, que «[l]a razón para esta solución [sobre la coacción moral, solución distinta de la que el Código civil de 1966 da para el dolo de tercero, en lo que se refiere a la posibilidad de la anulación contractual] reside en lo siguiente: por cuanto que en el dolo siempre está subyaciendo un error, en la coacción moral no subyace otro vicio. Así, si el dolo proviene de tercero y el destinatario [de la declaración] no tiene o no debía tener conocimiento de él, el declarante no puede, en relación con el destinatario [de la declaración], anular con base en el dolo; pero, podrá hacerlo, muchas veces, con base en el error. Ahora bien, en el caso de la coacción moral no hay este "vicio de recurso". Y, así, la ley [el Código civil de 1966] no toma como criterio de anulación el "tener o deber tener conocimiento" por parte del destinatario [de la declaración], sino la "gravedad del mal y la justificación del temor de su consumación" desde el punto de vista del declarante. De este modo, tanto en el caso del dolo de tercero como en la coacción de tercero se llegan a soluciones que concilian, dentro de lo posible, la necesidad de la libre formación de la voluntad en la persona del declarante y los intereses del destinatario [de la declaración] en la consistencia y estabilidad de la declaración negocial que le fue dirigida» (1012, pp. 654-655; traducción mía).

c) Para el dolo, explican Hörster/Moreira Da Silva, si «proviene del destinatario [de la declaración] [dolo de parte] […], la declaración es siempre anulable» [615] (art. 254.1 CCP 1966 [616]). En cambio, si «el dolo proviene de tercero […] la declaración negocial es en principio válida en lo que respecta al dolo (aunque puede ser anulable por otras razones)» [617]. Más concretamente, «[s]i el dolo proviene de tercero, la declaración solo es anulable si el destinatario [de la declaración] tiene o debía tener conocimiento de él; pero si alguien hubiera adquirido directamente algún derecho por virtud de la declaración, esta es anulable en relación con el beneficiario, si hubiere sido él, o el autor del dolo, o si lo conocía o debía haber conocido» (art. 254.2 CCP 1966; traducción mía) [618].

---

b) Similares consideraciones a estas últimas de Hörster/Moreira Da Silva, hace Da Mota Pinto: «La ley [el Código civil de 1966] desaprueba la coacción en tan fuerte medida que, frente a ella, la protección de la contraparte cabe, incluso, si esta nada supiese o debiere saber de la coacción. Se suma, como justificación racional de esta diversidad de regímenes [entre la coacción moral y el dolo], que ya estaba consagrada en el derecho anterior (cfr. artículos 666 y 663 del Código de 1867 [que transcribo en esta misma nota, siguiente c)]), la circunstancia de que el coaccionado por tercero, al no poder invocar la coacción, no puede invocar otro vicio de la voluntad, mientras que el *deceptus*, incluso aunque no pueda invocar el dolo de tercero, tiene siempre la eventual posibilidad de invocar el error simple» [(2005) p. 533; traducción mía].

Además, continúa Da Mota Pinto, «[e]l nuevo Código civil [de 1966], equiparando, en principio, los efectos de la coacción de tercero a los de la coacción del destinatario [de la declaración], exige, todavía, exclusivamente para la primera [coacción moral de tercero] los dos requisitos siguientes (art. 256, 2.ª parte):/ – *Gravedad del mal coaccionado* [cursiva del original], apreciado objetivamente, pero en relación con los varios tipos de individuos»./ – *Justificado temor de la consumación del mal* [cursiva del original]*:* debe ser una amenaza de viable ejecución, atendiendo a la capacidad de resistencia, en confrontación con las posibilidades del coaccionante, del tipo medio del individuo con las condiciones personales (sexo, edad, cultura, etc.) del declarante./ Estos requisitos eran exigidos, dentro de la tradición romanista, para la propia coacción del otro contratante, consagrando así una idea extrema de autoresponsabilidad. Tal solución no tiene justificación, a la luz de la idea de que la relevancia civil de la coacción debe ser resuelta, solo, por la ecuación entre la adulteración de la voluntad del coaccionado con la protección de la confianza de la contraparte: ahora bien, esta [la contraparte] no merece cualquier protección cuando fue el autor de la coacción, pero tendrá ya derecho a esperar una resistencia del coaccionado ante las amenazas de tercero» [(2005) pp. 533-534; traducción mía].

c) c.1) Artículo 663 CCP 1867: «También produce nulidad el error que procede de dolo ó de mala fe de uno de los contratantes, ó de tercero que tenga interés directo en el contrato./ […]» [Romero Girón/García Moreno (1891) p. 226].

c.2) Artículo 666 CCP 1867: «Es nulo el contrato en el que el consentimiento ha sido arrancado por coacción de alguno de los contratantes ó de tercero./ […]»» (p. 226).

[615] Hörster/Moreira Da Silva (2023) 1005, p. 650; traducción mía.

[616] a) Artículo 254.1, primera regla, CCP 1966: «Efectos del dolo

1. El declarante cuya voluntad ha sido determinada por dolo puede anular la declaración; […].
2. […] [lo transcribo *infra* nota 618]» (traducción mía).

b) Artículo 254.1, primera regla, CCP 1966: «Efeitos do dolo

1. O declarante cuja vontade tenha sido determinada por dolo pode anular a declaraçao; […] [lo transcribo *infra* nota 675].
2. […] [lo transcribo *infra* nota 618]».

[617] Hörster/Moreira Da Silva (2023) 1005, p. 651.

[618] Artículo 254.2 CCP 1966: «Efeitos do dolo

1. […] [lo transcribo *supra* nota 616].
2. Quando o dolo provier de terceiro, a declaração só é anulável se o destinatário tinha ou devia ter conhecimento dele; mas, se alguém tiver adquirido directamente algum direito por virtude da declaração,

Para Hörster/Moreira Da Silva, «"[t]ercero", en el sentido» del anterior artículo 254.2 CCP 1966, «es concepto con delimitaciones muy difíciles, pudiendo decirse que es tercero quien no hubiese sido envuelto en la celebración del negocio, ni como parte, ni como representante, ni como auxiliar, siendo así tercero quien es esencialmente ajeno al negocio» [619]. Por su parte, según Da Mota Pinto, «[s]i el dolo es ejercido por un *representante* del destinatario [de la declaración] o por *auxiliares* (agentes) de este en la celebración del negocio, la situación será tratada como dolo del destinatario [de la declaración]» (cursiva del original) [620]. Explica además Da Mota Pinto, que «[e]n la hipótesis curiosa de un deudor que induce dolosamente a otro a ser fiador de su deuda frente a un determinado acreedor, el fiador engañado no puede invocar dolo del destinatario [de la declaración] para exonerarse de la obligación fideiusoria que asume ante al acreedor», pues, «[e]n efecto, el deudor (*deceptor*) es un tercero en relación con el acreedor; su interés principal es personal, no siendo el deudor un representante de la persona o de los intereses del acreedor» [621].

Además, en el artículo 254.2 CCP 1966 (que reproduzco en el cuerpo del texto y *supra* nota 618) se diferencian dos situaciones. Una, si el destinatario de la declaración «*conoce o le era cognoscible* el dolo del tercero», en cuyo caso, indica Da Mota Pinto, «el negocio será totalmente nulo» (cursiva del original) [622]. Da Mota Pinto entiende, que«habrá dolo negativo del propio destinatario [de la declaración], *si él conoce efectivamente* los artificios del tercero», y «la ley, todavía, establece la sanción de la anulabilidad, igualmente para la hipótesis de la *simple cognoscibilidad* del destinatario [de la declaración]» (cursiva del original) [623]. La otra situación es «[s]i el *destinatario* [de la declaración] *no conoce ni debía conocer* el dolo de tercero, [y] el negocio solo será anulable, si el

---

esta é anulável em relação ao beneficiário, se tiver sido ele o autor do dolo ou se o conhecia ou devia ter conhecido».

[619] Hörster/Moreira Da Silva (2023) 1005, p. 651; traducción mía; continúan:«[d]e este modo, los titulares de los órganos representativos de una persona colectiva, por ej., no son terceros en cuanto a los actos de los cotitulares».

[620] a) Da Mota Pinto (2005) nota 725 de p. 527; traducción mía. Da Mota Pinto cita además al artículo 800.1 CCP 1966, que transcribo a continuación.

b) b.1) Artículo 800.1 CCP 1966: «Actos de los representantes legales o auxiliares

1. El deudor es responsable ante al acreedor por los actos de sus representantes legales o de las personas que emplee para el cumplimiento de la obligación, como si tales actos fuesen realizados por el propio deudor

2. […]» (traducción mía).

b.2) Artículo 800.1 CCP 1966: «Atos dos representantes legais ou auxiliares

1. O devedor é responsável perante o credor pelos atos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais atos fossem praticados pelo próprio devedor.

2. […]».

[621] Da Mota Pinto (2005) nota 725 de p. 527; traducción mía.

[622] Da Mota Pinto (2005) p. 527; traducción mía.

[623] Da Mota Pinto (2005) p. 527; traducción mía.

Con anterioridad, Da Mota Pinto apunta que «[e]xistirá, no solo dolo de tercero, sino también dolo del destinatario [de la declaración], si este fue cómplice de aquel o conocedor (o, incluso, en ciertos casos, si solo debía conocer) la actuación del tercero (art. 254.2)» (p. 524).

tercero *deceptor* adquiere, por fuerza del negocio, directamente algún derecho (*esto es, si existe en el contrato cláusula a su favor*) y la anulación se limitará a la cláusula a favor del tercero (*invalidez parcial*). Así, en la hipótesis de una donación de *A* a *B* con el encargo de una prestación a favor de *C,* el donante podrá invalidar el negocio en la parte respecto a *C,* en el caso de haber habido dolo por parte de este, o de conocerlo, o deber haberlo conocido» C (art. 254.2, segunda regla, CCP 1966) [624]. En cambio, «será […] anulable todo el negocio, si el destinatario [de la declaración] (*B*) conoce o debía haber conocido el dolo del tercero» [625].

Hörster/Moreira Da Silva también se refieren a las dos situaciones, contempladas en el artículo 254.2 CCP 1966 [626].

[A.5] *El derecho de los Países Bajos*

a) En este se dispone una regla común para la declaración de voluntad realizada a causa de la amenaza, del dolo, o del abuso de circunstancias de tercero. Según el artículo 3:44.5 BW, «[s]i se ha llevado a cabo una declaración por amenaza, dolo o abuso de circunstancias del lado de alguien que no sea parte en el acto jurídico, no puede ser invocado este vicio frente a una parte contraria que no tuviera ninguna razón de suponer su existencia» [627].

b) Centrándome en el dolo, en 2020 apunté, que «[e]l *Derecho de los Países Bajos* permite, *en ciertos casos,* que el dolo de tercero sea relevante. Según el artículo 3:44 (5) BW, si la declaración se hizo por el dolo (fraude) de un tercero, dicho defecto no permite dirigirse contra la otra parte del acto jurídico *que no tiene razones para asumir su existencia*; por ello, añado yo, *si la otra parte tiene razones para asumir su existencia, cabrá la impugnación contractual»* (cursiva del original) [628].

---

[624] Da Mota Pinto (2005) p. 527; traducción mía.

[625] Da Mota Pinto (2005) p. 527; traducción mía.

[626] Según Hörster/Moreira Da Silva: «Así, en la alternativa 1.ª del núm. 2 del artículo 254, es decisivo el conocimiento o el deber de tener conocimiento por parte del destinatario [de la declaración]. En la 2.ª alternativa [de este art. 254.2 CCP 1966], este conocimiento o deber haber conocido por parte del destinario [de la declaración] ya no interesa; interesa, sí, la adquisición de un derecho en virtud de la declaración viciada, por el dolo por parte del beneficiario, si este conocía el dolo o debía tener conocimiento de él. En la primera alternativa [del art. 254.2 CCP 1966], la anulación se dirige contra el destinatario [de la declaración]; en la segunda alternativa [del art. 254.2 CCP 1966], la anulación no se dirige contra este, sino contra el beneficiario o adquirente» [(2023) 1005, p. 651].

[627] a) Traducción de Van Reigersberg (1996), no tiene paginación el libro.

b) Artículo 3:44 BW: «[…].

5. If a declaration has been made as a result of duress, fraud or undue influence on the part of a person who is not a party to the juridical act, this defect cannot be raised against a party to the juridical act who had no reason to assume its existence» [traducción de Warendorf/Thomas/Curry-Sumner (2013) p. 452].

[628] a) Fenoy Picón, *ADC* (2020) [61] [D] p. 1421.

b) En nota 366, c) segundo párrafo, de p. 1421, me refería a Hijma, sobre el que informaba:

«Advierte [Hijma] que el artículo 3:44 (5) BW se aplica a todo acto jurídico y no solo a los contratos, además de que en el artículo [3:44 (5) BW] se habla de "una persona". Según Hijma [apellido, mayúsculas en el original], el artículo 3:44 (5) BW se diseña como regla de protección de la parte

A lo anterior añado ahora, que esas mismas consideraciones las entiendo aplicables a la amenaza de tercero, incluida en el mismo artículo 3:44.5 BW.

[A.6] *El derecho francés*

a) En él se ordenan reglas distintas para la violencia o el dolo, de tercero.

b) Para la violencia, en el artículo 1142 CCF se dispone, recuerdo su dicción, esta «[…] es causa de nulidad haya sido ejercida por una parte o por un tercero» (traducción mía; *supra* [18] b) [B] d.1) y nota 208 b)]) [629].

c) Para el dolo, en el artículo 1137. I CCF se establece, recuerdo su dicción, que «[e]l dolo es el hecho por el que un contratante obtiene el consentimiento del otro mediante maniobras o mentiras» (*supra* [17] a) [B] y nota 157). En este artículo 1137. I CCF se hace referencia al dolo de parte, que permite la anulación contractual. Y, en el siguiente artículo 1138. I CCF se aclara, que «[e]l dolo se constituye igualmente [hay dolo de parte] si emana del representante, del gestor de negocios, del auxiliar», o del» *porte-fort* [630] «del contratante» (traducción mía) [631].

---

contra la cual se ejercita la anulación. La amenaza, el dolo (el fraude) y el abuso de circunstancias puede cometerlos cualquier persona, pero, cuando la parte contratante no tiene razones para asumir la existencia del defecto, el artículo 3:44 (5) BW *protege su buena fe contra la posibilidad de la anulación.* Hijma [apellido, mayúsculas en el original], además, compara el artículo 3:44 (5) BW con el artículo 4:111 PECL […] [que transcribo *supra* nota 579] y afirma que, siendo ambas regulaciones muy similares, difieren en su estructura normativa. Ello porque en los PECL se habla de "la otra parte" [art. 4:111 (2)], mientras en el BW se menciona a "una persona" y por lo anterior, el artículo 4:111 PECL se formula como una extensión y el artículo 3:44 (5) BW adopta la forma de restricción. Sin embargo, sustantivamente, las diferencias entre los artículos son menores, a salvo quizás la exigencia de que la otra parte no haya actuado confiando en el contrato del artículo 4:111 (2) *in fine* PECL. Según Hijma [apellido, mayúsculas en el original], de acuerdo con la práctica del Derecho de los Países Bajos, el último factor mencionado será presumiblemente el más decisivo para los casos en los que el contrato haya sido gratuito».

c) En la misma citada nota 366, c), en su primer párrafo, informo sobre Hartkamp.

[629] En 2020 informaba que, «Deshayes/Genicon/Laithier *contrastan los efectos del dolo de tercero, con los de la violencia de tercero.* Y al respecto recuerdan que, *ya desde 1928, Josserant se rebeló contra el diferente trato jurídico dado al dolo de tercero* –que *no* permitía la impugnación del contrato, de conformidad con el derogado art. 1116 CCF [aCCF] […]–y *el dado a la violencia de tercero* –que *sí* permitía la impugnación contractual en virtud del derogado art. 1111 CCF [aCCF]– *y pese a la crítica, la Ordonnance núm. 2016-131 mantiene una regulación diferente para el dolo de tercero*– al que se aplica el […] art. 1138 CCF [que analizo en el cuerpo del texto, a continuación]– *y para la violencia de tercero* –sobre la cual y según el art. 1142, *la violencia es causa de nulidad,* la *ejerza* una de las partes o *un tercero»* [cursiva del original; Fenoy Picón, *ADC* (2020) [63] [A.1] pp. 1425-1426].

[630] Sobre el *porte-fort*: «[…] de conformidad con el artículo 1204 CCF, se trata de una persona que promete el *hecho* de un tercero (promitente), liberándose el mismo de toda obligación si el tercero cumple el hecho prometido, pero, si no lo cumple, dicho promitente puede ser condenado a indemnizar los daños y perjuicios del beneficiado por la promesa. Además, *cuando la promesa tenga por objeto la ratificación de una vinculación,* esta es válida, con carácter retroactivo, a la fecha en la que el promitente la suscribió. […]» [cursiva del original; Fenoy Picón, *ADC* (2020) nota 330 de p. 1415].

[631] Artículo 1138. I CCF: «Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, preposé, ou porte-fort du contractant.

[…] [lo transcribo en la nota inmediatamente siguiente]».

Finalmente, según el artículo 1138. II CCF, «[h]ay dolo cuando emana de un tercero de connivencia» (traducción mía) [632].

En 2020 exponía que, «[a] través del artículo 1138 CCF solo se busca superar la ambigüedad en la aplicación del artículo 1137 CCF: esto es, *saber si los sujetos mencionados en el artículo 1138 CCF son contratantes en el sentido del artículo 1137 CCF.* Además, *el artículo 1138 CCF viene a incorporar a la ley –al Code civil– los tradicionales límites (el alcance) que doctrina y jurisprudencia habían entendido aplicables a la regla de la no impugnación del contrato por el dolo de tercero* […]» (cursiva del original) [633]. «*Entrando* [ya] *en el análisis de los concretos supuestos previstos en el artículo 1138. I CCF,* sobre el *representante del contratante,* Deshayes/Genicon/Laithier apuntan que

---

[632] Artículo 1138. II CCF: «[…] [lo transcribo en la nota inmediatamente anterior]
Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence».

[633] a) Fenoy Picón, *ADC* (2020) [59] p. 1415.

b) Sobre el derecho francés anterior a su reforma de 2016-2018, en 2020 informaba que, «[p]ara que el dolo permita *anular* el contrato, *ha de llevarlo a cabo uno de los contratantes* (art. 1116. I CCF). El dolo debe *ser de parte.* Según la *Cour de Cassation,* las maniobras deben *imputarse directamente al contratante»* ([30] pp. 1377-1378]. «*Si el dolo proceda* [sic; procede] *de un tercero, el contrato no podrá anularse, aunque la víctima del dolo podrá obtener, de ese tercero, la oportuna indemnización de daños y perjuicios»* ([31] p. 1378]).

«Flour/Aubert/Savoux *critican* la regla de que el dolo de tercero no permita la anulación del contrato. Señalan que la misma *se remonta al Derecho romano y la consideran inexplicable desde el análisis psicológico* –esto es, desde la voluntad– ya que el dolo de tercero *puede ejercer la misma influencia determinante* sobre la voluntad de la víctima, que el dolo procedente del otro contratante. *Moralmente todo se aclara:* la nulidad se considera la reparación de un perjuicio causado por una *culpa,* que *no* ha de soportar el contratante *inocente* (el que contrató con la víctima del dolo); *la pena debe ser personal (para el tercero).*/ Dichas ideas *–no explicación* de la regla del dolo de tercero, analizada desde el consentimiento de la víctima, *y su explicación* por la concepción romana del dolo como un delito– pueden fácilmente encontrarse en otros autores» ([32], p. 1378).

Ahora bien y, «[s]entado lo anterior, *¿cuándo el dolo es de tercero? ¿Cuándo no lo es y hay dolo de parte?*

En los contratos onerosos, en donde centro mi trabajo, *se admite su anulación*, si hay *complicidad* entre el autor de la maniobra (el tercero) y el contratante que de ello se beneficia; también cabe la anulación, si el primero (el tercero, autor de la maniobra) es *representante* del segundo (del contratante, no víctima del dolo). Situándose en el ámbito de las *garantías y para el garante (fiador), víctima del dolo del deudor principal y este último tercero frente al garante y al banco* (acreedor principal), Malinvaud/Fenouillet/Mekki apuntan que *se cuestiona* si no habría de admitirse que el dolo del deudor principal pueda permitir al garante la anulación del contrato de garantía, y al respecto señalan que la jurisprudencia se ha pronunciado *en contra de ello, aunque* también indican que la sentencia de la "Cass. com., 13 nov. 2002" puede interpretarse *a favor de la evolución.* Por último, el dolo de tercero es causa de nulidad del contrato, si dicho tercero está *directamente* interesado en el contrato, *dentro de un grupo de contratos»* ([33] pp. 1378-1379).

Y más allá de lo anterior, «[d]estacan Malinvaud/Fenouillet/Mekki, que el Derecho francés *contrasta* con los Principios UNIDROIT y con los PECL, en donde se admite que puede *anularse* el contrato no solo si hubo dolo de tercero que es un representante, o dolo de tercero "que participa en la celebración del contrato con el acuerdo de la otra parte", sino que puede también haber lugar a la anulación del contrato por el dolo de otra persona *con la que el otro contratante no tiene vinculación, si ese otro contratante "ha, o habría debido conocer, los pertinentes hechos". En su opinión, dado que quien contrata con la víctima del dolo se aprovecha del dolo de ese tercero, podría haberse admitido, en el Derecho francés, como un dolo a sancionar»* (en el original, este párrafo en caja y tamaño de letra más pequeño; [33] [A] p. 1379).

Todas las cursivas del original; Fenoy Picón, *ADC* (2020).

sus actuaciones dolosas deben considerarse como del mismo mandante, pues el primero es una especie de *alter ego* del segundo. Parecida solución, y por la misma razón, se dispone para el *encargado (auxiliar) del contratante.* Más delicado de justificar son los supuestos del *gestor de negocios* y del *"porte-fort"* [para este último, *supra* nota 630]: aquí, estos actúan sobre los intereses del contratante, *lo que este* último *desconoce,* e ignorando toda esa intervención, se le imputa el dolo (y el contrato puede impugnarse). Para Deshayes/Genicon/Laithier, probablemente su justificación se encuentre en que la intervención de dichos sujetos *es un riesgo que ha de pesar sobre aquel a quien beneficia la operación*» (cursiva del original) [634].

En cuanto al «*tercero de connivencia del artículo 1138. II CCF,* se trata de una expresión *inusual,* pues la doctrina francesa se refería, normalmente, al *tercero cómplice* del contratante […]. *¿Qué alcance tiene (cuál es el supuesto máximo de) la connivencia en el artículo 1138. II CC[F]? O planteándolo de otro modo, además del supuesto de la complicidad entre el contratante y el tercero, ¿se incluye aquel otro supuesto en el que el contratante conoce, o debería conocer, del dolo de tercero?»* (cursiva del original) [635]. «[P]ara Deshayes/Genicon/Laithier, la connivencia *incluye al contratante que supo de las maniobras del tercero en detrimento de la víctima del dolo y guardó silencio. Ese contratante cometió una reticencia dolosa encuadrable en el artículo 1137. II CCF.* Por otro lado, los mentados autores apuntan (recuerdan) que el supuesto del tercero de connivencia del artículo 1138. II CCF no supone una excepción al artículo 1137 CCF, pues, *el que contrata con la víctima del dolo comete dolo sea por acción con el tercero, sea por omisión suya.* De modo similar piensan y argumentan Chantepie/Latina, quienes consideran que el *tercero de connivencia* del artículo 1138. II CCF alcanza el supuesto en el que *quien contrata con la víctima del dolo sabe del mismo y guarda silencio*. Por su parte, Mauger-Vielpeau, y Cabrillac, hacen equivalentes el (antiguo y usual) término *cómplice* con la actual expresión de *tercero de connivencia* del artículo 1138. II CCF. Y Malinvaud/Fenouillet/Mekki, luego de indicar que la regulación del dolo anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131* contrasta con la regulación de los PECL y con la de los Principios UNIDROIT, pues en estos textos se sanciona el dolo del representante, el del que participa en la conclusión del contrato con el acuerdo de la otra parte, *y el dolo de otra persona que, sin vinculación con el contratante, este último conocía o debía conocer* […], *afirman que el artículo 1138 CCF se inspira en parte en los PECL, además de consagrar la jurisprudencia anterior»* (cursiva del original) [636].

---

[634] Fenoy Picón, *ADC* (2020) [61] p. 1417; y «[e]l *contratante, que sufre la anulación del contrato por la actuación de las personas antes señaladas,* podrá eventualmente *dirigirse contra ellas y exigirlas el perjuicio derivado de la anulación»*.

[635] Fenoy Picón, *ADC* (2020) [62] p. 1417.

[636] a) Fenoy Picón, *ADC* (2020) [62] pp. 1422-1424.

b) Más allá de lo que hasta ahora he expuesto en el cuerpo del texto para el artículo 1138, I y II, CCF, «Deshayes/Genicon/Laithier se muestran *críticos con el artículo 1138 CCF.* Entienden que el *listado* de los sujetos, en él contemplados, es *insuficiente,* que ha de *ampliarse,* siendo *necesario extraer los verdaderos criterios que permitan identificar cuándo el dolo de tercero es causa de nulidad.*

Trasladándome al dolo de tercero, «lo cierto es que *ningún texto de la Ordonnance n.º 2016-131 proclama, positiva y propiamente, que el dolo de tercero no es causa de nulidad contractual.* Deshayes/Genicon/Laithier obtienen la norma de una interpretación *a sensu contrario* del artículo 1138. II CCF: cuando en este se prevé que hay dolo, si el mismo proviene de todo tercero de connivencia, *se está sugiriendo que el dolo de tercero* –esto es, el dolo que proviene *de quien no es un tercero de connivencia– no es causa de nulidad contractual.* Chantepie/Latina obtienen la apuntada norma de una interpretación *a sensu contrario* del artículo 1137. I CCF» (cursiva del original) [637].

[A.7] *El derecho belga*

a) En el artículo 5.33. III CCB se ordena una regla común para los vicios de violencia, dolo y abuso circunstancias, según la cual «[e]l dolo, la violencia y el abuso de circunstancias que provienen del cómplice del cocontratante o de una persona de la que este último deba responder son asimilados a aquellos del cocontratante» (traducción mía) [638].

b) Comparando con el derogado derecho belga, ¿qué continúa? ¿Qué cambia con el artículo 5.33. III CCB?

b.1) Para la violencia, en el artículo 1111 aCCB se permitía que, si esta procedía de un tercero, el contrato podía anularse (causa de nulidad) [639]. Frente a esto, el artículo 5.33. III CCB supone un importante cambio, pues ya no es posible la nulidad del contrato por la violencia de tercero.

Para Deshayes/Genicon/Laithier, el artículo 1138 CCF no recoge todos los supuestos identificados por la jurisprudencia y *no conciben que tales supuestos se excluyan para el futuro; en concreto, no se excluirá que el dolo de tercero sea siempre causa de nulidad en el acto a título gratuito* […], *la intervención de algunos intermediarios sin poder representativo como el comisionista ("commissionnaire") o el mediador ("courtier"), y el dolo cometido dentro de un grupo de contratos interdependientes* […]. Deshayes/Genicon/Laithier consideran la *lista* de sujetos del artículo 1138. I CCF *meramente ilustrativa y por ello abierta* (otros posibles supuestos son admisibles). A su entender, quien contrata con el *errans* (con la víctima del dolo) *habrá de sufrir la nulidad del contrato, si tuvo culpa* (en su opción de que interviniera el tercero, en haberle elegido mal, en vigilarle mal, etc.); *si no puede, legítimamente, obtener los beneficios esperables del contrato; o si, comparando los respectivos méritos de las partes, aparece más imperiosa la protección de la voluntad de la víctima de dolo, que las expectativas de su contratante. En definitiva, ha de razonarse, principalmente, en términos de una justa distribución del riesgo de la mala actuación del tercero, empleándose al respecto diversos criterios»* (cursiva del original; [63] p. 1424).

[637] Fenoy Picón, *ADC* (2020) [60] p. 1416.

[638] Artículo 5.33. III CCB: «Vices de consentement

[…]

Le dol, la violence et l'abus de circonstances émanant du complice du cocontratant ou d'une personne dont ce dernier doit répondre sont assimilés à ceux du cocontractant».

[639] a) Artículo 1111 aCCB: «La violencia ejercida contra el que ha contrado la obligación es una causa de nulidad, aunque ella haya sido ejercida por un tercero distinto de aquel en provecho del cual la convención ha sido hecha» (traducción mía).

b) Artículo 1111 aCCB: «La violence exercée contre lui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite».

b.2) Para el dolo, en el derogado derecho belga, la regla era la irrelevancia del dolo de tercero como causa de nulidad [640]. Ahora bien, se admitía «[*e*]*n los contratos onerosos*», que estos «podrá[n] anularse por dolo, si el contratante, que no lo sufrió, fue *cómplice* del tercero; también si dicho contratante *supo* de la actuación del tercero y guardó silencio»; además, «[e]l dolo cometido por el *representante* de la parte vicia la convención y permite a la otra, que sufrió el dolo, la anulación de la convención» (cursiva del original) [641]. Más allá de lo anterior, la regla de la irrelevancia del dolo de tercero había sido criticada por algunos autores [642].

Frente a lo anterior, en el vigente derecho belga, en el propio texto de la ley (art. 5.33. III CCB) se disponen los supuestos considerados causa de nulidad, y, si (en mi caso) el dolo procede del cómplice (tercero) del contratante, o si procede de persona (tercero) de la que el cocontratante debe responder, estos dolos se asimilan al dolo del cocontratante.

c) Expuesto lo anterior en b.1) y b.2), es oportuno que informe sobre algunas de las explicaciones ofrecidas en el comentario oficial del artículo 5.33. III CCB. En concreto:

«El tercer y último párrafo de esta disposición [art. 5.33. III CCB] responde a la cuestión de saber si un vicio del consentimiento causado por un tercero puede constituir un motivo de anulación del contrato celebrado entre la víctima del vicio del consentimiento y su cocontratante. En el derecho ac-

---

[640] En 2020 decía: «Del tenor literal del artículo 1116 [a]CCB ("por una de las partes", luego, de ella debe proceder el dolo), *se deduce con claridad que el engaño procedente de un tercero no causa la nulidad de la convención.* Debido a sus maniobras, el tercero asume una responsabilidad aquiliana frente a su víctima» [cursiva del original; Fenoy Picón, *ADC* (2020) [80] p. 1453].

[641] Fenoy Picón, *ADC* (2020) [81] p. 1453.

[642] En 2020 informaba: «En el Derecho belga *se critica* que el dolo de tercero *no* anule el contrato, *comparando* con la regla aplicable a la violencia de tercero, que *sí* lo permite (art. 1111 [a]CCB […]). De Page explica la razón de la regla aplicable al dolo de tercero, que critica, y considera que *es el régimen del Código civil belga el que está defectuoso.*

Con sus palabras:

"Esta solución procede del derecho romano. El dolo se consideraba siempre como delito y no como vicio del consentimiento. Y como toda pena, incluso la civil, es personal, la acción no se da más que contra el culpable y no contra la parte que se aprovecha".

Esta forma de ver las cosas se conserva en nuestro Derecho por costumbre, más que por haberse adoptado deliberadamente. Desde el momento en que el dolo no es más que un *vicio del consentimiento,* la anterior regla no se justifica más. La voluntad se encuentra viciada, tanto si el dolo procede de tercero como de una de las partes. Todos los autores están de acuerdo en este punto.

La incoherencia del Código destaca más, cuando por otro lado, en la violencia […], el contrato se anula, incluso si proviene de un tercero.

Todos los autores se esfuerzan en dar razones plausibles de esta diferencia de régimen. Todas son incorrectas. Es el propio régimen del Código civil el que es defectuoso" […].

Se muestran contrarios a la irrelevancia del dolo de tercero a efectos de la impugnación contractual y ofrecen similares consideraciones a las expuestas por De Page, Dekkers y Wéry» [cursiva del original; Fenoy Picón, *ADC* (2020) [81], todo el texto transcrito en caja y tamaño de letra más pequeños, p. 1454].

> tual [en dicho momento, el derecho anterior a la reforma de 2022], solo la violencia causada por un tercero constituye motivo de anulación del contrato (art. 1111 C.civ [al que me he referido en la anterior b.1)]). La víctima de la violencia es [era], pues, ampliamente protegida. En caso de dolo, por el contrario, se exige [se exigía] que las maniobras provengan del cocontratante de manera que el contrato no puede ser anulado cuando el dolo emana de un tercero. La jurisprudencia admite, sin embargo, una serie de excepciones, a fin de llegar a una mejor protección de la víctima del dolo (por ejemplo, cuando el tercero es un representante del cocontratante […] o cuando el tercero es cómplice […].
>
> La causa del error vicio del consentimiento puede emanar de un tercero. Este punto no necesita de regla en particular.
>
> El derecho comparado y el *soft law* regulan la cuestión y admiten que el contrato pueda ser anulado bajo estrictas condiciones *tanto en caso de dolo como en el de violencia y de abuso de circunstancias* [cursiva del original], incluso cuando el vicio del consentimiento es causado por un tercero (véase: art. II.-7:208 DCFR; art. 4:111 PECL; art. 3.2.8 PICC [Principios UNIDROIT 2016] [que transcribo respectivamente *supra*, notas 580, 579 y 581]; art. 3:44 (5) NBW que transcribo [*supra* [A.5] de este [27] y nota 627]. Otros no prevén reglas más que para la violencia y el dolo (arts. 1138 y 1142 C.civ.fr [que transcribo *supra* [A.6] b) y c) de este [27]]; arts. 28.2 y 29 OC (*dolo y temor fundado* [cursiva del origina] [*supra* [A.2] de este [27] y transcribo respectivamente *supra* notas 600 y 327]). No hay razón para ofrecer mayor protección a las víctimas de una violencia que a las víctimas de un dolo y, por extensión, al abuso de circunstancias.
>
> En comparación con el derecho actual [en dicho momento, el derecho anterior a la reforma de 2022] la opción retenida aquí [en el art. 5.33. III CCB] es someter la violencia causada por un tercero a condiciones más estrictas, extendiendo aquellas al dolo y al abuso de circunstancias» [643].

2.4 El apartado 2 del artículo 1300 PMCC 2009: el dolo causal, sus requisitos y el efecto de la anulación

[28] Confrontando con el artículo 1270. I CC, en el artículo 1300.2 PMCC 2009:

a) Hay un expreso cambio legal, consistente en que se explicita, que la anulación del contrato es el régimen aplicable al contrato celebrado por causa del dolo.

---

[643] *DOC* 55 1806/001 (2021) p. 37, traducción mía. Lo mismo se apuntaba para el entonces proyectado artículo 5.37. III en *DOC* 55 0174/001; Fenoy Picón, *ADC* (2020) [94] pp. 1466-1467.

b) Habrá, o no, un cambio implícito según cómo se interprete el calificativo «grave» del dolo. Por otro lado, nada se indica sobre si, o no, se requiere la excusabilidad del error, del que sufrió el dolo.

c) Se continúa exigiendo, para que el contrato pueda anularse, que el dolo no provenga de los dos contratantes (el conocido como dolo recíproco). Asimismo, sigue sin haber un pronunciamiento legal sobre si el contrato celebrado con dolo recíproco es válido o es nulo de pleno derecho (inexistente).

A) El expreso cambio legal consistente en la mención del efecto de la anulación

[29] En el artículo 1300.2 PMCC 2009 se dispone que el régimen de ineficacia del contrato celebrado por dolo (se entiende, el causal) es la anulación contractual («para que haga anulable el contrato», se dice). Que el régimen aplicable al contrato celebrado por dolo causal sea la anulabilidad (impugnación del contrato) es algo admitido por una parte de nuestros autores para el Código civil, entre los que me incluyo [644]. Ahora bien, a diferencia del Código civil, en el que suele emplearse el término nulidad (arts. 1301 a 1314 CC; pero «pueden ser anulados» en el art. 1300 CC), en la *Propuesta de 2009* se distingue expresamente entre causas de nulidad y causas de anulación contractual, existiendo determinadas diferencias en sus respectivos regímenes jurídicos (sobre esto *supra* [6] b) y nota 83).

La expresa calificación del contrato, celebrado por causa de dolo, como contrato anulable de la *Propuesta de 2009* es, entiendo, oportuno y adecuado.

B) El cambio implícito, o no, según cómo se interprete la exigencia del «grave» del dolo. La excusabilidad/inexcusabilidad del error en el dolo

[30] En el Código civil, para que pueda anularse el contrato por dolo, el artículo 1270. I CC exige que este sea grave. El grave es objeto de distintas

[644] Sobre las posibles construcciones jurídicas de la anulabilidad (entre otras, la tesis «del carácter constitutivo de la acción de anulación y de la sentencia que en el pleito iniciado por tal acción recaiga», «[l]a tesis del carácter declarativo de la acción de anulación», y «[l]a tesis de la doble acción») por ejemplo y brevemente, Díez-Picazo y Ponce De León (2007) pp. 592-594.

interpretaciones. Según unos, grave significa dolo determinante de (que ha determinado) la declaración de voluntad del otro contratante; se trata de la exigencia del nexo causal que debe mediar entre la conducta desplegada por un contratante y el consentimiento contractual del otro [645]. Según otros, grave se refiere a dolo malo [646], al que se le contrapone el dolo *bonus,* este último permitido (lícito) [647]. Para otros terceros, con dolo grave se exige que la conducta desenvuelta por el contratante, agente del dolo, tenga entidad suficiente para engañar al otro contratante y convencerle para contratar (el dolo ha de encerrar tal potencialidad, idoneidad) [648]. Conviene ya mismo que apunte, que el término grave del artículo 1270. I CC proviene de la influencia del (ahora derogado) artículo 932 CCA 1869 [649], en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, dato importante a efectos de interpretar la presente exigencia

---

[645] a) En el trabajo «La gravedad del dolo», publicado en *Actualidad civil* y en 1987, de Díaz Alabart, esta autora expone las diferentes interpretaciones habidas, hasta dicho año, sobre el grave del artículo 1270. I CC.

En la interpretación, que ahora indico en el cuerpo del texto, Díaz Alabart «incluye aquí a Díez-Picazo, Albaladejo, Luna Serrano, Puig Brutau, Pérez/Alguer, Puig Peña, Valverde, y Quiñonero (Cervantes)» [Fenoy Picón (2023) [69] p. 300 y nota 539 a)]. A los anteriores autores, y por mi parte, añado Llobet I Aguado, De Verda y Beamonte, y Carrasco Perera [nota 539, b) de pp. 300-301].

b) Díaz Alabart critica esta interpretación del dolo grave como dolo determinante, «por ser "[…] diferente […] que la gravedad de la maquinación induzca o no efectivamente al contrato"»; el dolo grave puede no determinar la celebración del contrato, y un dolo no grave puede haber determinado la celebración del contrato; para impugnar el contrato, el dolo tiene que ser grave y determinante (nota 542 de p. 303).

[646] a) Díaz Alabart [en su trabajo, que he indicado en la nota inmediatamente anterior a esta, en a)] incluye aquí «a Espín Cánovas y también "de algún modo, [a] Manresa"» [Fenoy Picón (2023) [69] pp. 300-301 y nota 540 a) de p. 301]; por mi parte, en esa nota 540 a) de p. 301, me refiero a De Castro y Bravo, Manresa y Navarro, Rojo Ajuria, y Quiñoneros Cervantes.

b) «Díaz Alabart no está de acuerdo con que el dolo grave del artículo 1270. I CC signifique *dolus malus,* pues el *dolus malus* es el único y ya contemplado en el artículo 1269 CC» [nota 549 b) de p. 301]; «[t]ampoco Morales Moreno [apellidos, mayúsculas en el original] entiende que la gravedad del dolo del artículo 1270. I CC evoque al *dolus bonus»* [nota 540, c) de p. 301].

[647] Sobre la noción de *dolus bonus* y efecto, Fenoy Picón (2023) [48] pp. 216-219; para la jurisprudencia del Tribunal Supremo, [49] pp. 220-228.

[648] a) Díaz Alabart [en su trabajo, que he indicado *supra* nota 645, en a)] incluye en esta tercera interpretación del grave del artículo 1270. I CC «a Scaevola, Clemente de Diego, De Cossío y Corral, Castán, Roca Sastre» [Fenoy Picón (2023) [69] pp. 301-302 y nota 541 a) de p. 302].

b) Díaz Alabart es partidaria de esta interpretación ([69] pp. 303-304). Además, «[e]ntienden que con la gravedad del dolo se exige que la conducta desarrollada reúna la potencialiad (capacidad) para engañar y reflexionan sobre ello», Palazón Garrido y M. J. Marín López [nota 544 b) de p. 304].

c) Ahora bien, hay autores que «*consideran que la gravedad del dolo del artículo 1270. I CC se encierra en el propio artículo 1269 CC, en las* "*palabras o maquinaciones insidiosas*"» (así, Rojo Ajuria, Morales Moreno, Fuenteseca) [cursiva del original; nota 541 b) de p. 302].

[649] Artículo 932 CCA 1869: «Para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes:

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

del artículo 1270. I CC, teniendo presente sus «antecedentes históricos y legislativos» (art. 3.1 CC) [650]. Hoy, en el vigente Código civil y comercial ar-

---

[650] a) Sobre los antecedentes nacionales, los autores del siglo XIX (Gutiérrez Fernández, Gómez de la Serna, Del Viso, Escriche) nada dicen acerca de que el dolo haya de ser grave. Además, ni en el Proyecto de Código civil de 1836, ni en el de 1851, aparece, en sus respectivas regulaciones del dolo, la exigencia de que el mismo tenga que ser grave, y, tal exigencia surge, como apunto en el cuerpo del texto, en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888 (concretamente, añado ahora, en su art. 1283) por influencia del artículo 932.1.º CCA de 1869 [que transcribo en la nota inmediatamente anterior a esta]. FENOY PICÓN (2023) [66] pp. 291.

b) Trasladádome al derecho argentino:

b.1) *¿Qué se exige con el requisito de que el dolo sea grave del artículo 932.1.º CCA 1869* (que transcribo en la nota inmediatamente anterior a esta)?

Según Carranza, significa «que la maniobra o la maquinación sea *idónea* para captar la voluntad ajena e inducir a error. Es decir, que posea una *aptitud* o *entidad* tal que sea suficiente para crear una falsa representación de las cosas. El artificio empleado debe ser capaz de engañar», y esto «debe ser juzgado en cada caso concreto y particular», no siendo «permitido, al respecto, elaborar fórmulas generales y abstractas. Todo dependerá de los hechos, personas, tiempo y lugar en que se produzca la acción u omisión dolosa. Pero sobre algo hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia: la *gravedad* del dolo debe ser apreciada en la concreta relación con la condición personal y subjetiva de la víctima, ya que no es igual elegir como destinatario de un aparato negocial doloso a un analfabeto o a un inexperto, que a una persona culta y de experiencia. También la edad, el sexo y el estado de salud pueden ser elementos de la mayor importancia» [FENOY PICÓN (2023) [66] [C.1] pp. 296-297].

Por su parte, De Lorenzo/Kemelmajer de Carlucci/Molina de Juan/Picasso/Santarelli/Sáenz «se limitan a indicar: "grave: es decir, de una entidad tal que sea idóneo para engañar a un contratante de mediana prudencia"» [nota 526, b), de p. 297].

b.2) Por otro lado, en el citado artículo 932 CCA 1869 (que transcribo en la nota inmediatamente anterior a esta) se exige para la nulidad del acto, y como requisito independiente de la gravedad del dolo (932.1.º CCA 1869), que el dolo «haya sido la causa determinante de la acción» (932.2.º CCA 1869). Señala Carranza que «[p]ara que se produzca el efecto principal del dolo, es decir, la anulabilidad del acto, se hace necesario que el artificio, maniobra o maquinación dolosa (por acción u omisión), hayan sido la causa determinante de la declaración de voluntad: "dolus causam dans"» ([66] [C.2] p. 297).

c) Que el dolo haya de ser grave en virtud del artículo 932 CCA 1869 se debe, según informa Vélez Sarsfield en sus notas al Código civil argentino de 1969, a la influencia del autor francés Chardon, con su *Traité du dol et de la fraude*, tomo I, 1828.

Según Chardon, para que el dolo permita la nulidad de la convención se precisa: «1.º que haya sigo grave; 2.º que haya sido la causa determinante del trato; 3.º que haya sido cometido por uno de los contratantes; 4.º que haya ocasionado un daño importante; 5.º que no haya habido dolo más que por parte de uno de los contratantes» (FENOY PICÓN, [66] [B.1] p. 292).

De la lectura de Chardon sobre qué ha de entenderse por dolo grave ([66] [B.2] pp. 292-295), se desprende que aplica a la gravedad del dolo un criterio objetivo [«*los hechos que constituyan el dolo deben ser lo bastante graves como para que un hombre sabio y prudente pueda haber sido su víctima*» (p. 292), *«prudencia ordinaria»* (p. 293)*, «al hombre sabio y prudente»* (p. 293), «previsión ordinaria del común de los hombres […] la prudencia y reflexión que deben dirigir los negociantes en las operaciones de su comercio» (p. 294)]; Chardon viene a exigir, para que pueda alegarse con éxito el dolo, haber actuado con diligencia («si, *por un lado,* hay una conducta reprobada por el honor y *por el otro, ha habido una confianza ciega, que fácilmente puede ser iluminada, los tribunales rehusarán prestar atención a quien no puede acusar de desleal a la otra parte con la que contrata, sin acusarse a sí mismo de ligereza y de imprevisión»* (p. 292), aclarando, *«que no hay que confundir la ciega credulidad que conlleva el rechazo de la demanda, con la confianza razonable que se deben los hombres, sobre todo en las relaciones comerciales, y cuyo abuso constituye dolo grave»* ([66] [B.2] p. 295). La cursiva del original.

Además, «Chardon explica que, para que el dolo permita *anular* el trato, no basta con que haya sido bastante grave como para desconcertar la prudencia del común de los hombres, *ya que es necesario que sea evidente que el dolo haya determinado el trato y que, sin dicho medio odioso, el mismo no se habría celebrado»* (cursiva del original; [66] [B.3] p. 296, *vid.* desde p. 295).

gentino de 2015 se sigue exigiendo para el dolo esencial (nuestro dolo causal), que sea grave (art. 272 CCCA 2015) [651].

Retornando a las posibles interpretaciones del grave del artículo 1270. II CC, finalmente, Morales Moreno defiende que hace referencia a la materia sobre la cual recae [652]. En este sentido, Morales Moreno considera grave el dolo que afecta a lo que se hubiera pactado, al objeto y a las presuposiciones (motivos incorporados a la causa del contrato) [653]. Para los motivos particulares de un contratante no incorporados al contrato (recuerdo, que se admite que el dolo abarca el error en los motivos [654]), la exigencia de que el dolo sea grave, para poder anular el contrato, permite llevar a cabo cierto control para evitar que no todo motivo interno del contratante, en el cual hubiese sido engañado, le permita la anulación contractual (por ejemplo, son motivos caprichosos, o poco acordes con los criterios del tráfico) [655].

---

[651] a) Artículo 272 CCCA 2015: «Dolo esencial.

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

Benavente «afirma que el artículo 272 CCCA [2015] *no ha innovado y ha mantenido la solución del Código de Vélez* [la del artículo 932 CCA [1869] […], *aunque expuesto de manera más sencilla*» (cursiva del original; Fenoy Picón (2023) [66] [D.1] p. 298].

b) ¿Q*ué se exige con el requisito de que el dolo sea grave del artículo 272 CCCA 2015?*

Según Benavente, «"[n]o cualquier acción dolosa es suficiente para decretar la nulidad de un acto", ya que "el ardid, astucia o maquinación deben ser idóneos para provocar engaño, porque este constituye la esencia del dolo"; "no hay dolo cuando el artificio o engaño es menor, una simple picardía, exageración o avivada que cualquiera podría advertir sin ningún esfuerzo extra", residiendo "[e]l límite de tolerancia […] en la buena fe y en la entidad del engaño para inducir al otro"»; además, «[l]a gravedad del dolo, esto es, la idoneidad del engaño, debe» apreciarse «según las características y condiciones de la víctima» y así, «[u]n ardid que no podría llevar a engaño a una persona sagaz y culta tal vez sea suficiente para inducir a un analfabeto o a una persona de pocas luces a celebrar el negocio»; y «"[l]as mismas consideraciones son de aplicación a la omisión dolosa cuando se trata de apreciar su gravedad"» [Fenoy Picón (2023) [66] [D.2] p. 299].

Como puede comprobarse, para Benavente, en el Código civil y comercial argentino de 2015, la gravedad del dolo supone que la maquinación o la omisión ha de ser idónea para provocar engaño, y ello se aprecia según las características y condición de la persona que sufre el dolo; así también lo entendía Carranza para el Código civil argentino de 1869 [*supra* nota 650, b.1)].

c) Por otro lado y al igual que en el artículo 932.2.º CCA 1869 [*supra* notas 649, y 650 b.2)], en el artículo 272 CCCA 2015 se requiere que el dolo sea determinante de la voluntad. Según Benavente, «"[e]l dolo es causa determinante del acto cuando la maniobra elaborada por el autor afecta el proceso deliberativo interno de la otra persona y vicia la intención; […] de no haber sido por esa conducta que le presentó a la víctima un estado de las cosas falso o irreal, el acto no se hubiera llevado a cabo"» ([66] [D.3] p. 299).

[652] Fenoy Picón (2023) [70] b) p. 309.

[653] Fenoy Picón (2023) [70] b) p. 309.

[654] Siendo diferente en el error del artículo 1266 CC, pues, en el error del artículo 1266 CC no se incluye el error en los motivos. Al respecto, De Castro y Bravo, Albaladejo, De Cossío y Corral, Espín Cánovas, Luna Serrano, Morales Moreno, Quicios Molina, Monserrat Valero. Fenoy Picón (2023) nota 138 b) de pp. 88-89.

[655] Fenoy Picón (2023) [70] b) p. 309. Morales Moreno pone, como ejemplo, la ocultación al vendedor, quien en todo caso ha decidido vender, que el objeto que vende es para una persona a la cual aquel nunca habría vendido, ello por caprichosas razones personales. Con la gravedad del dolo, según Morales

[31] En lo que respecta al Tribunal Supremo, y «*en el primer acercamiento de mera aproximación caracterizadora,* […], *en algunas sentencias* [dicho Tribunal] considera el dolo grave como el determinante de la celebración del contrato [656]. *En otras ocasiones,* el Tribunal Supremo se detiene en explicar la entidad, la importancia, del dolo (de la actuación hecha) en sí mismo, o por su incidencia en relación con lo que se esperaba (resultado) del contrato [657]. Finalmente, *en otras ocasiones,* el Tribunal Supremo apunta que la ingenuidad, la candidez, o/y la buena fe de la víctima no elimina la existencia

---

Moreno, puede ejercerse cierto control sobre la importancia de la materia a la que se refiere; introduce elementos objetivos en su apreciación.

[656] «*[L]os autores suelen apuntar que el Tribunal Supremo entiende el dolo grave como dolo determinante o causante*»; por ejemplo Díaz Alabart; según Rojo Ajuria, «"sin duda la jurisprudencia" asume "que dolo grave es el dolo causante"»; según «De Verda y Beamonte, «[e]l requisito de la gravedad del dolo, exigido por el artículo 1270. I CC es interpretado tradicionalmente en el sentido de que el dolo invalidante es, exclusivamente, el *dolus dans causa contractui*», y «[e]n tal sentido se pronuncia la jurisprudencia desde antiguo» [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) [72] p. 312].

En relación con este entendimiento del dolo grave, analizo las *STS 18.06.1955* y *STS, 1.ª, 22.12.2001* ([72] y [A] y [B], pp. 312-316); «en la *STS, 1.ª, 05.09.2012* se afirma que "[e]n todo caso, exige el artículo 1270 del Código Civil que el dolo, para que produzca la anulación del contrato sea grave *en el sentido de determinante de su celebración*"» (cursiva del original; [72] p. 313].

[657] En 2023 precisaba que, «[a]unque con prudencia hago mi siguiente afirmación, *puede considerarse que se viene a diferenciar entre gravedad y carácter determinante del dolo.* La gravedad del dolo se percibe en las afirmaciones u omisiones *del que comete el dolo, en su entidad, en su importancia, para generar el engaño.* La gravedad del dolo también se percibe en que, *quien sufrió el dolo, no puede ver satisfecho, con lo que efectivamente recibe (el objeto real), el fin que perseguía con el contrato (el objeto ideal)*» [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) [73] p. 316].

Por ejemplo, «[e]n la *STS 04.12.1956* […] se conoce de la transmisión de un camión del que los transmitentes señalaron su buen estado (buenas cualidades para circular, libre de cargas, al corriente en documentación, ofrecimiento de cubiertas o neumáticos nuevos, etc.), algo falso. El Tribunal Supremo analiza si tales afirmaciones reúnen la suficiente gravedad, y sí lo considera, así como entiende que hubo el carácter "determinante del dolo causal grave". En la *STS, 1.ª, 19.07.2006* […], la finca, vendida como libre de cargas, tenía una hipoteca y faltaba por pagar del crédito hipotecario solo 50.000 pesetas en concepto de intereses y costas, habiendo sido el precio de venta de la finca 9.800.000 pesetas, por lo que objetivamente ello no podía considerarse dolo grave en el sentido de que, si el comprador lo hubiese conocido, no hubiera celebrado el contrato; se entiende que no hubo dolo de los vendedores ya que estos desconocían la existencia de la hipoteca cuando vendieron la finca. En la *STS, 1.ª, 03.07.2007* […] para el dolo omisivo y se consideró que no lo hubo, el Tribunal Supremo entiende que no podía calificarse de ocultación grave la conducta de las vendedoras, pues en el contrato se advirtió que la licencia de apertura del local estaba en tramitación, siendo esto suficiente para llamar la atención de los adquirentes sobre su ausencia, además de que las vendedoras no dieron a entender que la falta de licencia de apertura pudiera subsanarse con facilidad, dado que en el contrato se previó las consecuencias de su no obtención (la devolución por las vendedoras del precio y de otras cantidades). En la *STS, 1.ª, 26.03.2009* […] se conoce del dolo omisivo del vendedor, que no advierte al comprador en relación con el kiosko bar con terraza que le transmite, que había un procedimiento administrativo de oficio de recuperación posesoria por encontrarse la finca en dominio público marítimo-terrestre. Para el Tribunal Supremo, el hecho de tratarse de un expediente para la recuperación posesoria por parte de la Administración supone un riesgo de considerable gravedad para los derechos adquiridos por el comprador, además de que en la oportuna escritura se apuntó la urgencia de la autorización del negocio. Y en la *STS, 1.ª, 03.03.2021* […] al cofiador a primer requerimiento se le ocultó la insolvencia del deudor, lo que sí hubiera sabido, no habría garantizado. En primera instancia se estima que el dolo fue grave, pero en segunda se entiende que no lo fue. Finalmente, el Tribunal Supremo considera que existió dolo grave» (cursiva del original; [73] p. 317).

del dolo (pues es *en la actuación dolosa* en dónde ha de ponerse *el acento*)» (cursiva del original) [658].

[A] *La excusabilidad/inexcusabilidad del error en el dolo*

[A.1] Otra cuestión que se ha planteado en relación con el dolo del Código civil es, «*[s]i el dolo produce un error en su víctima, para que dicho error sea relevante, ¿ha de ser excusable?»* (cursiva del original) [659].

[A.2] *a)* En 2023 exponía cómo De Verda y Beamonte planteaba dicha cuestión y las posibles alternativas de solución. Decía, «[s]egún De Verda y Beamonte, una solución […], consiste en "estimar que el dolo de la parte contraria [del destinatario de la declaración] no exime de un examen de la diligencia desplegada por el *deceptus* durante los tratos preliminares y al tiempo de la conclusión del contrato. *Desde esta perspectiva, el error solo podrá ser imputado al destinatario* [de la declaración] *y, por ende, ser considerado excusable* [para el declarante], *cuando, analizadas las circunstancias del caso concreto, el juzgador llegue a la conclusión de que el declarante usó de una regular diligencia para evitar caer en la equivocación a la que le indujeron las maquinaciones insidiosas del cocontratante"»* (cursiva del original) [660]. «La otra solución […] consiste, dice […] De Verda y Beamonte, en "[i]mputar, en todo caso, el error doloso a la parte contraria [al destinatario de la declaración]. Con lo que la prueba del dolo supondrá la automática exclusión de la aplicación del principio de responsabilidad en el juicio de validez negocial. *De modo que el declarante* [la víctima del dolo] *conservará el derecho a demandar la anulación del contrato, incluso, en el supuesto de que su comportamiento en orden a la evitación del error pudiera ser considerado negligente*"*»* (cursiva del original) [661]. «Apunta De Verda y Beamonte (en 2006), que "*[e]n la doctrina científica española se impone, cada vez con mayor claridad, la tesis de que la*

---

[658] a) Fenoy Picón (2023) [71] p. 312; continúo señalando que, en algunas de las sentencias del Tribunal Supremo, aparecen «varias de las antes referidas ideas».

b) Por ejemplo y entre otras:

«a) En la *STS, 1.ª, 26.10.1981* […] se lee […] [transcribo el fragmento, que ahora interesa, de esta sentencia en el cuerpo del texto, en siguiente [A]]».

b) En la *STS, 1.ª, 15.07.1987* […] se afirma, que «de igual forma que no elimina la existencia del dolo empleado por una parte la circunstancia de la ingenuidad o la buena fe de la otra» (FD 2.º).

[…]

f) En la STS, 1.ª, 26. 03.2009 […] se señala, "[e]n este mismo sentido, señalaba la Sentencia de 11 de julio de 2007 que "el dolo […], sin que lo invalide la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada –STS 15-6-95, con cita de otras anteriores, y en términos muy similares SSTS 23-7 y 31-12-1998–"» (FD 2.º)

[…]» ([74] pp. 329-330; *vid.* hasta p. 332].

[659] Fenoy Picón (2023) [75] p. 332.

[660] Fenoy Picón (2023) [76] p. 335; *vid.* hasta p. 339.

[661] Fenoy Picón (2023) [77] p. 339.

relevancia invalidante del dolo-vicio no se supedita al requisito de la excusabilidad"» (cursiva del original) [662].

b) Por mi parte consideré que hoy, decía en 2023, no se requiere para poder anular el contrato que el error causado por dolo tenga que ser excusable; «[e]n esto, [decía] ha habido una evolución» y, «[p]or tanto, el error doloso siempre es excusable» [663].

También apuntaba, que «[l]a inexigibilidad de la excusabilidad del error, del que sufre el dolo, la justifica, por ejemplo, De Verda y Beamonte en que, quien actuó con dolo, no puede alegar una confianza legítima en la otra parte, y, la diversa valoración que merece, de acuerdo con la buena fe, la conducta dolosa de un contratante frente a la negligencia (inexcusabilidad) del que sufrió el dolo)» [664]. Coincido con él. [665]

[A.3] En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cuestión planteada en la anterior [A.1], decía en 2023 que, «[p]ara De Verda y Beamonte, *"[e]s de una evidencia palmaria que el Tribunal Supremo no exige el requisito de la excusabilidad a propósito del dolo vicio*" (cursiva mía)» [666].

También decía en 2023, que «*es esencial* […] *y de habitual mención entre los autores»* la *STS, 1.ª, 26.10.1981*, en la que "la vendedora consideraba que las

---

[662] a) Fenoy Picón (2023) [77] p. 339; *vid.* hasta p. 347. De Verda y Beamonte «considera que "*[e]l error doloso es siempre excusable", "[r]azón por la cual la prueba del dolo del destinatario* [de la declaración] *supondrá la automática exclusión de la aplicación del principio de responsabilidad en el juicio de validez negocial"*» (cursiva del original; [77] p. 341).

b) Por otro lado, en el artículo 1139 CCF se dispone, *«el error que resulta de un dolo siempre es excusable y es causa de nulidad incluso si recae sobre el valor de la prestación o sobre un simple motivo contractual»* (traducción mía; cursiva del original, [75] [A.2] p. 333); para el derogado derecho francés, [75] [A.1] p. 333.

c) Y por último, en el artículo 5.35. II CCB se ordena, «"[e]l dolo es causa *de* nulidad independientemente del carácter excusable del error que de él resulta"» (traducción mía; [75] [B.2] p. 334); para el derogado derecho belga, [75] [B.1] p. 334.

[663] Fenoy Picón (2023) [153] f) p. 739.

[664] Fenoy Picón (2023) [153] f) p. 739.

[665] a) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, en su artículo 527-7 (que transcribo *supra* nota 94 a.1)], nada se indica sobre si el error, del que padeció el dolo, ha o no de ser excusable.

b) b.1) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, su artículo 53.4, primera regla [que transcribo *supra* nota 94, b.1)] dispone, para el error causado por una declaración dolosa, que el mismo siempre es excusable. En cambio, en la segunda regla de dicho artículo 53.4 [que transcribo *supra* nota 94, b.1)] se ordena para el error debido a la ocultación de información, que han de atenderse a todas las circunstancias, entre las que se encuentran las tres siguientes: si quien incurrió en error tiene conocimientos especializados sobre la materia, el coste que le supondría obtener la información relevante al respecto, y si razonablemente podría obtener la información por otros medios.

b.2) En su comentario a dicho artículo 53, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy informan: «En cuanto al carácter excusable del error, se establece un régimen diferente en función de si se ha ocasionado por una declaración de la otra parte, o por su silencio; en este último caso el error no siempre es excusable, sino que debe atenderse a una serie de circunstancias de la víctima del error, como por ejemplo sus conocimientos sobre la materia, el coste que le supondría obtener la información relevante al respecto, o si podía razonablemente obtener la información por otros medios» [(2016) pp. 195-196].

[666] Fenoy Picón (2023) [78] p. 347; *vid.* además [79] pp. 350-351.

> compradoras no fueron diligentes, pues, "el mínimo criterio de diligencia media obliga a presumir que las sociedades compradoras podían haber recabado la información de que se trata [que la parcela que adquirían se integraba en monte público] mediante la simple consulta en el Registro [de la Propiedad; art. 11.2 LM], siendo a ellas [a las compradoras] a quiene incumbía el "onus" de probar que, por bien determinadas circunstancias, no les fue posible ("in concreto") obtener tales informaciones" […]. *Pues bien,* el Tribunal Supremo entiende, *por un lado,* que el "dolo carga su acento, en cualquiera de sus formas, en la conducta "insidiosa" (artículo 1269 del Código Civil) del agente, en la maquinación o astucia, activa o pasiva, por acción o por omisión, del que induce al otro a contratar, no en el error inducido de éste, independientemente de que esta situación psicológica se dé o no en él, dadas las diferencias y consecuencias distintas entre los dos vicios del consentimiento, error y dolo". *Y por otro lado,* que «la maquinación insidiosa es independiente de la actitud de la parte afectada (en el recurso [de casación de la vendedora] se habla de "candidez"; es decir, porque no se puede ni se debe premiar la mala fe insista [*sic;* ínsita] en el dolo so pretexto de la confianza ajena, calificando a ésta de ingenuidad ("simplicitas"), como si el Derecho debiera ser más protector de los asuntos [*sic;* astutos] que el defensor de los confiados, concepto o conductas que no pueden equipararse a los de diligencia o negligencia (y de ahí sí que "vigilantibus non dur-mientibus iure sucurrunt"), como pautas que el Derecho ha de valorar otorgando su protección al hombre cuidadoso frente al negligente, y evidente resulta aquí que no puede calificarse de negligencia o simplicitad [*sic;* simplicidad] la actitud de las compradoras, que se aquietan y confían, como cualquier hombre razonable, ante el dato de una escritura pública de propiedad, en sí constituyente de fe pública […]. *En suma,* el Tribunal Supremo considera *que hubo dolo de la vendedora*» (cursiva del original) [667].

[32] Trasladándome a la *Propuesta de 2009,* de las interpretaciones que expongo *supra* [30] para el grave del artículo 1270. I CC, ¿cuál ha podido ser la acogida para el grave del artículo 1300.2 PMCC 2009?

a) Para Bosch Capdevila es la que expuse en primer lugar, *supra* [30]; esto es, dolo grave es dolo que determinó la voluntad del otro contratante a la celebración del contrato (exigencia de nexo causal). El autor lo argumenta en que, comparando con los artículos 1269 y 1270 CC, en el artículo 1301.1 PMCC 2009 «desaparece la referencia a que sin el dolo no se hubiera celebrado el contrato, y se mantiene [ahora en el art. 1300.2 PMCC 2009] la mención de la "gravedad" del dolo, que bien pudiera estar ligada con la citada [anterior] supresión [en el art. 1300.1 PMCC 2009]: *es decir, se entenderá* [Bosch Capdevila] *que el dolo es grave cuando sin él el contrato no se hubiera celebrado,*

[667] Fenoy Picón (2023) [80] p. 351 y p. 352; *vid.* [80] pp. 351-361 y [81] pp. 361-364.

con lo que desaparece la innecesaria reiteración apuntada para los artículos 1269 y 1270 CC» [668].

Con la interpretación defendida por Bosch Capdevila, añado por mi parte, las piezas jurídicas encajan del siguiente modo. La supresión, que en el artículo 1300.1 PMCC 2009 se hace, comparando con la dicción del artículo 1269 CC, sería una aparente supresión. Pues la exigencia del artículo 1269 CC del nexo causal que debe mediar entre la conducta de un contratante y la prestación del consentimiento a la celebración del contrato del otro contratante se asienta definitivamente en el grave del artículo 1300.2 PMCC 2009, que es, precisamente, el modo en que algunos autores habían interpretado el grave del artículo 1269. I CC.

Más allá de lo anterior, es posible (mera hipótesis mía) que, quienes defiendan para el artículo 1270. I CC que grave significa dolo que causó la prestación del consentimiento contractual, pues, sin él, no se hubiera consentido al contrato, sean igualmente partidarios de la interpretación mantenida por Bosch Capdevila para el artículo 1300.2 PMCC 2009.

b) Por mi parte, entiendo el grave del artículo 1270. I CC según la interpretación que expuse, *supra* [30], en tercer lugar [669]. Y del mismo modo interpreto el grave del artículo 1300.2 PMCC 2009; esto es, considero que grave significa dolo que encierra, en sí, la potencialidad de engañar al otro (engaño suficiente, engaño que alcanza el umbral mínimo que permite la anulación del contrato, correspondiendo al juez, si hubiere controversia entre las partes, la tarea su apreciación). Además y en mi opinión, para determinar si la concreta conducta (activa o/y pasiva) tiene la potencialidad de engañar, han de tenerse

---

[668] a) Bosch Capdevila, «II.-7:205» (2012) p. 486.

b) Es oportuno que informe que, situándose en el marco del Código civil, Bosch Capdevila entiende que el artículo 1269 CC exige que el dolo sea determinante, pues, según dicho artículo 1269 CC, el dolo indujo a la celebración del contrato y sin él, no se hubiera celebrado. Por consiguiente, si la gravedad del artículo 1270. I CC significa dolo que induce a la celebración del contrato, sin el cual el contrato no se habría celebrado, este artículo 1270. I CC contiene una *redundancia* de algo ya dispuesto en el anterior artículo 1269 CC.

Para evitar la redundancia, Bosch Capdevila apunta que la gravedad parece introducir un elemento objetivo, aunque no casa (no coordina) plenamente con la subjetividad del artículo 1269 CC. Pone el ejemplo de la compraventa de un coche, habiendo afirmado el vendedor que el coche alcanza los 200 km/h, pero solo puede alcanzar 195 km/h, y este error, no pareciendo objetiva y especialmente grave, sí lo es para el comprador que decidió comprar dicho coche porque alcanzaba la velocidad de 200 km/h, velocidad superior a la de otro vehículo de la misma gama. Para Bosch Capdevila, el engaño habido dio lugar a la celebración del contrato, ya que el mismo no se hubiera celebrado sin aquél, y en su opinión, dicho contrato debería poder impugnarse por dolo, pese a que el engaño pudiera no ser objetivamente grave. Por lo anterior, para Bosch Capdevila, la gravedad es concepto que, más bien, aporta confusión. Fenoy Picón (2023) [70] c) pp. 309-311.

[669] Fenoy Picón (2023) [153] e) pp. 738-739.

presentes la condición y las características de la víctima del engaño (en este último sentido, hablo aquí de carácter subjetivo) [670].

Justifico mi interpretación en el conjunto de los tres siguientes datos:

b.1) El primero es, que el grave del artículo 1270. I CC tiene su origen en el (derogado) artículo 932.1.º CCA 1869 (que transcribo *supra* nota 649) y, en el ámbito del derecho argentino se entiende que, con ello, quiso decirse que el dolo (la conducta) desplegada había de tener potencialidad para engañar al otro contratante y, para determinar dicha potencialidad había de atenderse a las características del concreto sujeto [*supra* nota 650, b.1)]. La gravedad es el filtro mínimo, a partir del cual comienza la aplicación de la fuerte protección de la anulación contractual. Y lo anterior también se interpreta para la exigencia de que el dolo sea grave del vigente artículo 272 CCCA 2015 [*supra* nota 651, a) y b)]. Estos «antecedentes históricos y legislativos» (art. 3.1 CC) apuntan, entiendo, a mi interpretación.

b.2) El segundo dato es, que en el derecho argentino (derogado y vigente) se exige, como requisito independiente al dolo grave, que el dolo haya determinado la declaración de voluntad del otro contratante [el nexo causal del dolo esencial; arts. 932.2.º CCA 1869 y 272 CCCA 2015, *supra,* notas 649, 650 b.2), 651 a) y c)]. Este otro dato apunta, con el mismo apoyo en «los antecedentes históricos y legislativos» (art. 3.1 CC), a la interpretación que defiendo. Puede también considerarse, que fue el espíritu y la finalidad de la norma del Código civil (art. 3.1 CC) diferenciar entre gravedad del dolo y determinación del consentimiento contractual.

b.3) Y el tercer dato es, que llama la atención que en el artículo 1300.2 PMCC 2009 se haya mantenido la exigencia del grave del artículo 1270. I CC, calificativo sobre el que es correcto considerar que caracteriza y particulariza la regulación del dolo del Código civil frente, al menos, los derechos continentales europeos que en este trabajo analizo. Los derechos alemán, suizo, italiano, portugués, de los Países Bajos, francés (derogado y vigente) y belga (derogado y

---

[670] a) Algunos autores, al referirse a la gravedad del dolo como capaz de engañar, hablan de una entidad objetiva [Rojo Ajuria, Fenoy Picón (2023) nota 541 b.1); más matizadamente Palazón Garrido, nota 544 b.1); y también matizadamente, Bosch Capdevila, [70] c)]. Entiendo que, con entidad objetiva, quiere decirse que la potencialidad del engaño del dolo se determina en función de la diligencia del hombre razonable (diligencia media).

b) Son partidarios de interpretar la gravedad del dolo teniendo en cuenta las concretas circunstancias del que sufrió el dolo, Díaz Alabart ([69] y nota 543), M. J. Marín López [nota 544 b.2)], De Cossío y Corral ([69] [A]), Llobet I Aguado ([69) [A]).

c) De Castro y Bravo considera que la gravedad de dolo debe apreciarse subjetivamente (lo que para el autor permite distinguir entre dolo causante y dolo incidental) y, objetivamente (lo que para el autor supone la exclusión del *dolus bonus)* [[70] a)].

vigente) no exigen, en sus respectivas regulaciones, que el dolo (o la correspondiente denominación que se emplee) haya de ser grave, y sí requieren que el dolo determine la voluntad del contratante. Lo mismo puede afirmarse para el *soft law* (PECL, DCFR, Principios UNIDROIT 2016) y el CESL. Si el grave del artículo 1300.3 PMCC 2009 realmente significase que el dolo ha de determinar el consentimiento contractual del otro contratante, creo que, teniendo presente la pluralidad de interpretaciones defendidas entre los autores para el grave del artículo 1270. I CC (*supra* [30]; y para el Tribunal Supremo *supra* [31]) hubiera sido más razonable indicarlo así, sin más, en la propia letra de la ley, en vez de encerrarlo en un término, de dispar interpretación.

Y manteniendo mi anterior interpretación del grave del artículo 1300.2 PMCC 2009, ¿dónde asiento el nexo causal que debe mediar entre la conducta de un contratante y la prestación del consentimiento contractual por el otro? En el artículo 1300.1 PMCC 2009, en su locución «cuando uno de los contratantes induce al otro a prestar su consentimiento» [671], inducción que podrá permitir la anulación del contrato (dolo causal; el grave) o no (dolo incidental; el no grave, en cuanto que no permite la anulación contractual).

> [A] En cuanto a la cuestión que expongo *supra* [31] [A], acerca de la excusabilidad/inexcusabilidad del error para el dolo del Código civil, en la *Propuesta de 2009* nada se indica al respecto. En esto no hay novedad, comparando con el texto del Código civil.

C) El mantenimiento en que el dolo que permite la anulación no provenga de los dos contratantes, y el no pronunciamiento legal sobre si, habiendo dolo recíproco, el contrato es válido o nulo de pleno derecho (inexistente). El derecho comparado

[33] En el Código civil se exige, para que el contrato pueda anularse, «no haber sido empleado [el dolo] por las dos partes contratantes» (art. 1270.

---

[671] Desde luego, no es algo nuevo la búsqueda del encaje normativo de los distintos requisitos del dolo relevante, que hago en el cuerpo del texto, en relación con la *Propuesta de 2009*. Para el Código civil y completando mi anterior exposición sobre el grave del artículo 1270. I CC, por ejemplo:

a) Frente a los que entienden que el grave del artículo 1270. I CC se refiere a dolo malo, Díaz Alabart considera que en el artículo 1269 CC solo se contempla el dolo malo, por lo que huelga decir que en el artículo 1270. I CC el grave se refiere a dolo malo (no tiene sentido) [Fenoy Picón (2023) nota 549 b)]; también Morales Moreno entiende que el dolo malo ya está en el artículo 1269 CC [[70] b)].

b) Frente a los que entienden que grave significa que el engaño tiene potencialidad para engañar al otro contratante, Rojo Ajuria, Morales Moreno, y Fuenteseca consideran que ello se encierra en la expresión «palabras o maquinaciones insidiosas» del artículo 1269 CC [nota 541, b.1), b.2) y b.3), respectivamente].

I CC). Es decir, si en la celebración del contrato hubo dolo recíproco, el contrato no se anulará por razón del dolo [672] [673].

[A] *El modelo del derecho portugués: la expresa admisión legal de la anulabilidad del contrato habiendo dolo bilateral (dolo recíproco)*

a) Este derecho se caracteriza porque, en su Código civil de 1966, se regula el supuesto del dolo bilateral, lo que le diferencia de otros derechos nacionales (italiano, francés, belga, de los Países Bajos, y alemán) así como del *soft law* (PECL, DCFR, Principios UNIDROIT 2016) y del CESL, en los que no se regula dicho dolo [674]. Según el artículo 254.1, segunda regla, CCP 1966,

---

[672] A propósito del dolo recíproco:

a) Ni en el Proyecto de Código civil de 1836 (arts. 976 a 978), ni en el Proyecto de Código civil de 1851 (arts. 992 y 993) se menciona al dolo recíproco. En cambio y en su comentario al artículo 993 PCC 1851, García Goyena afirma «"[c]uando hay dolo por ambas partes se compensa y no se da reclamación"» y cita a D 4.3.36 («Marciano […] si dos hubieren obrado con dolo malo, no ejercitarán recíprocamente la acción de dolo»).

En el *Anteproyecto de Código civil* 1882-1888, en su artículo 1283. I, «*ya sí* [se] ordena que el dolo "no [ha de] haber sido empleado por las dos partes contratantes"», anotándose en dicho artículo «(Nuevo: [artículo] 932 [del Código civil] argentino de 1869, menos el § 3.º) […]. *Esta anotación apunta la clara influencia del Código civil argentino de 1869»* [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) [90], pp. 396-397, y [12] primera [A] p. 75]. Transcribo el artículo 932 CCA, *supra* nota 649.

b) Sobre el dolo recíproco en el (derogado) artículo 932 CCA, Carranza ([90] [B] p. 398]); para el vigente artículo 272 CCCA [que transcribo *supra* nota 651 a)], en el que también se exige que no haya «habido dolo por ambas partes», Benavente ([90] [D] pp. 398-399).

c) Para justificar la regla del dolo recíproco, en función del autor al cual se acuda en consulta, se señala la compensación de culpas o/y que, quien pide amparo judicial, ha de acudir de buena fe y sin haber actuado culposamente (debe ir «con las manos limpias») ([92] pp. 404-405).

[673] a) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, según su artículo 527-7.2 [que transcribo *supra* nota 94 a.1)], «[p]ara que haga anulable el contrato, el dolo […] y no haber sido empleado por las dos partes contratantes».

b) b.1) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, según su artículo 53.6 [que transcribo *supra* nota 94, b.1)], «[s]i las dos partes del contrato han actuado dolosamente, ninguna de ellas puede anular el contrato».

b.2) En su comentario a dicho artículo 56, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican que, «[e]l dolo recíproco se compensa, y no puede ser invocado por ninguna de las partes para anular el contrato» [(2016) p. 196].

[674] a) Sobre los derechos nacionales que menciono en el cuerpo del texto:

a.1) Para el derecho italiano decía, en 2020, que «el *Codice civile* [de 1942] nada prescribe para el dolo recíproco, informando Cataudella que se ha dudado de que pueda alegarse el dolo cuando hubo dolo recíproco. En contra de que pueda alegarse, se alega la compensabilidad entre dolos, pero Cataudella apunta que la compensación puede tener lugar entre obligaciones de resarcimiento y no entre vicios del contrato» [Fenoy Picón, *ADC* (2020) [34] p. 1383 y en el original, en caja más pequeña].

a.2) En el derecho francés:

a.2.1) Para el anterior a la reforma de 2016-2018, en 2020 señalaba, que «[e]l artículo 1116 CCF [aCCF, que transcribo *supra* nota 100 b)] no regula *qué sucede si ambos contratantes emplearon dolo para la conclusión del contrato* (el llamado *dolo recíproco).* […]/ En la doctrina, Fabre-Magnan, que recuerda que en el dolo se sanciona el engaño realizado por uno de los contratantes, se ocupa del anterior supuesto e ilustra con el ejemplo de un comprador que acepta deliberadamente comprar unas estatuillas a un precio excesivamente elevado –pues se le hizo una maniobra para equivocarle– y dicho comprador hizo la compra porque pensaba encontrar a un ingenúo que le compraría todavía más caro. Según la *Cour de Cassa-*

«la anulabilidad no es excluida por el hecho de que el dolo sea bilateral» (traducción mía) [675].

b) Hörster/Moreira Da Silva señalan que, «[s]i el dolo fue bilateral, la anulabilidad subsiste; el dolo de uno no neutraliza el dolo del otro, sino que el negocio es doblemente anulable» [676]. Explican que la razón de tal «solución legal, contribuyendo a la limpieza del tráfico jurídico negocial, recuerda lo dispuesto en el artículo 242 en relación con la alegación de la simulación por parte de los propios simuladores entre sí [677] o la legitimidad para invocar la inobservancia de la forma legal, incluso por quien lo provocó» [678]. Consideran que «el régimen de la invocación del dolo deja así brillar el objetivo de la ley de preservar y defender la "pureza" y libertad en la formación de la voluntad negocial, la intención de la ley en contribuir a una auténtica autodeterminación en el ámbito del negocio jurídico» [679].

Para Da Mota Pinto, la «solución [del art. 254.1, segunda regla, CCP 1966, que transcribo en la anterior a) y *supra* nota 675] es, lógicamente, el resul-

---

tion (S "Civ. 1re, 22 juin 2004"), "el principio según el cual nadie puede prevalerse de su propia torpeza" *(nemo auditor propriam turpitudinem allegans) no se aplica aquí y el contratante puede obtener la nulidad del contrato, si demuestra que fue víctima de maniobras dolosas,* importando poco "que el interesado haya tratado, creyendo realizar un provecho sustancial no justificado"» (cursiva del original; [34] p. 1382).

a.2.2) En los artículos. 1137 a 1139 CCF, que regulan el dolo, sigue sin hacerser expresa referencia al dolo recíproco.

a.3) En el derecho belga, el derogado artículo 1116 CCB [aCCB, que transcribo *supra* nota 150 b)] no se refiere al dolo recíproco.

Lo mismo sucede en el artículo 5.35 CCB [que transcribo *supra* nota 150 a) para su párrafo I, y, nota 662 c) para su párrafo II; en cuanto a su párrafo III y último, en él se dispone: «[e]l dolo no se presume, sino que debe ser probado», traducción mía («[l]e dol ne se présume pas mais doit être prouvé»)].

a.4) En el derecho de los Países Bajos, no se hace referencia al dolo recíproco en el artículo 3:44 BW [que transcribo *supra*, para su apartado 1, nota 246; para su apartado 3, [17] a) [A.2] c.1) y nota 154; y para su apartado 5, [27] b) [A.5] y nota 627].

a.5) En el derecho alemán, nada se indica sobre el dolo recíproco en el § 123 BGB [que transcribo *supra*, para su apartado 1, [17] a) [A.2] b.1); y para su apartado 2, [27] b) [A.1] c) y notas 593 b) y 596 b)].

b) En el *soft law,* tampoco se hace referencia al dolo recíproco en los artículos 4:107 PECL, II.-7:205 DCFR, y 3.2.5 Principios UNIDROIT 2016 (que transcribo *supra* notas 96, 97 y 99, respectivamente). Lo mismo sucede en el artículo 49 CESL (*supra* nota 98).

[675] Artículo 254.1 CCP 1966: «Efeitos do dolo

1. […] [lo transcribo *supra* nota 616]; a anulabilidade não é excluída pelo facto de o dolo ser bilateral.

2. […] [lo transcribo *supra* nota 618]».

[676] a) Hörster/Moreira Da Silva (2023) 1004, p. 650; traducción mía.

b) Lo mismo Pires De Lima/Antunes Varela: «El dolo de uno no inutiliza el vicio proveniente del dolo del otro» [«Artículo 254» (1982) p. 237; traducción mía].

[677] a) Artículo 242 CCP 1966: «Legitimación para alegar la simulación

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 286, la nulidad del negocio simulado puede ser alegada por los propios simuladores entre sí, aunque la simulación sea fraudulenta.

2. […]» (traducción mía).

b) Artículo 242 CCP 1966: «Legitimidade para arguir a simulação

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 286º, a nulidade do negócio simulado pode ser arguida pelos próprios simuladores entre si, ainda que a simulação seja fraudulenta

2. […]».

[678] Hörster/Moreira Da Silva (2023) 1004, p. 650; traducción mía.

[679] Hörster/Moreira Da Silva (2023) 1004, p. 650; traducción mía.

tado de que el fundamento de la anulabilidad por dolo sea ser un vicio del consentimiento» [680].

Estando clara la regla del artículo 1270. I CC consistente en que, si hubo dolo recíproco, el contrato no puede, por él, anularse, ¿qué calificación merece el contrato? ¿Es válido? ¿Es nulo de pleno derecho derecho (inexistente)?

Para mayoría de los autores (entre otros, De Cossío y Corral, Bosch Capdevila, y este último junto con Del Pozo Carrascosa y Vaquer Aloy, Carrasco Perera), el contrato es válido [681]. Para Fuenteseca, basándose en el derecho romano, el contrato es nulo de pleno derecho, inexistente [682].

[34] En relación con el Tribunal Supremo, en 2023 dije que, «[n]o he [había] localizado sentencia en la que […] se pronuncie sobre un caso de dolo recíproco» y, «[ú]nicamente, cuando» aquél «enumera los requisitos que doctrina y jurisprudencia señalan para el dolo, que permite anular el contrato, suelen terminar su enumeración indicando que el dolo *no ha de ser empleado por las dos partes contratantes»* (cursiva del original) [683]. Además, tampoco he localizado sentencia alguna del Tribunal Supremo en la que este afirme, bien la validez, bien la inexistencia o nulidad de pleno derecho del contrato celebrado con dolo recíproco.

[35] Trasladándome a la *Propuesta de 2009,* en el artículo 1300.2 PMCC 2009 se exige, al igual que en artículo 1270. I CC, que, para poder anular el contrato, el dolo no debe ser «empleado por las dos partes contratante»; y al igual que en el artículo 1270. I CC, en el artículo 1300.2 PMCC 2009 no se indica (no hay pronunciamiento sobre) qué sucede con el contrato celebrado con dolo recíproco. Por consiguiente, la cuestión que planteo *supra* [33] para el Código civil, sobre si el contrato es válido o nulo de pleno derecho (inexistente), sigue abierta.

En mi opinión, el no pronunciamiento legal del artículo 1300.2 PMCC 2009 puede deberse a que sus redactores considerasen aplicable y correcta la solución, ampliamente mayoritaria, de la validez del contrato (*supra* [33]). De ahí que no hubiera necesidad de indicarlo. Sin embargo, tal vez no hubiera estado de más que de algún modo hubiere sido indicado en el artículo 1300.2 PMCC 2009, más si se tiene presente que en el derecho portugués se admite la impugnación (*supra* [33] [A]), y que, así ha de pensarse para el derecho navarro (Ley 20 FN) según Rubio Torrano [684].

---

[680] Fenoy Picón (2023) nota 1385, b), de p. 719.
[681] Fenoy Picón (2023) [91] pp. 400-401.
[682] Fenoy Picón (2023) [91] pp. 401-403.
[683] Fenoy Picón (2023) [93] p. 406.
[684] a) Rubio Torrano apunta que la ley 20 FN [que transcribo en esta misma nota, siguiente b)] nada dispone para el dolo recíproco y entiende que, «pese a "su origen romano, la Compilación [navarra]

Más allá de lo todo lo anterior, a Palazón Garrido le resulta curioso que el dolo recíproco siga manteniéndose en la *Propuesta de 2009* [685]. Y efectivamente es sorprendente si se tienen en cuenta las regulaciones sobre el dolo de los derechos italiano, francés, belga, de los Países Bajos y alemán, y de los PECL, DCFR, Principios UNIDROIT 2016 y CESL (*supra* nota 674). Ciertamente, la norma sobre el dolo recíproco caracteriza y particulariza a la regulación del dolo del Código civil y de la *Propuesta de 2009*, como también sucede con la exigencia de que el dolo sea grave para poder anular el contrato (art. 1270. I CC; art. 1300.2 PMCC 2009; de lo que di cuenta *supra* [30]-[32]).

2.5 **El apartado 3 del artículo 1300 PMCC 2009: el dolo incidental y su efecto de la indemnización de daños y perjuicios**

[36] En virtud del artículo 1270. II CC, «[e]l dolo incidental solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios» [686]. El artículo 1300.3

---

nada ordena al respecto, *por lo que habrá de pensar que el dolo recíproco no impide en Navarra la impugnación del contrato"»* [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) [144] p. 719].

b) Ley 20 FN: «Vicios de la voluntad. Son anulables las declaraciones viciadas por error, dolo o violencia física o moral graves, pero no podrá alegarse el error inexcusable de hecho o de Derecho».

[685] Según Palazón Garrido: «curiosamente el precepto [que el dolo "no debe haber sido empleado por las dos partes contratantes"] se mantiene tanto en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos (art. 1300, párrafo 2.º); como en la Propuesta elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil de septiembre de 2015 (art. 527-7, número 1, segundo párrafo)» [(2016a) nota 213 de p. 1260].

Y por mi parte añado, que la norma sobre el dolo recíproco también se encuentra en el artículo 53.6 P Bosch/Del Pozo/Vaquer, que transcribo *supra* nota 673, b.1).

[686] a) En apretada síntesis, sobre el posible contenido de la indemnización de daños y perjuicios por dolo incidental del artículo 1270. II CC (indemnización pecuniaria o/e *in natura*):

Morales Moreno no considera que el ataque a la libertad que supone el dolo incidental sea daño moral indemnizable [transcribo su texto *infra* nota 853 b)]; admiten que la indemnización de daños y perjuicios incluye la reducción del precio (su reajuste) García Rubio, Gómez Calle, Carrasco Perera, y Morales Moreno; Morales Moreno entiende indemnizable el menor valor de la cosa, el lucro cesante que se hubiera obtenido utilizando la cosa como objeto de uso o cambio, según las cualidades que de ella podían esperarse, el incremento en su coste de mantenimiento o de utilización, y duda que sea indemnizable el coste de reparación del objeto defectuoso en las condiciones del mercado, pues puede ser vía mucho más costosa que las otras vías para la satisfacción del interés, si bien esto no lo considera aplicable a las reparaciones imprescindibles a fin de evitar que la cosa produzca otros daños; Carrasco Perera entiende, para los inmuebles, que es más adecuado solicitar su reparación (o sus costes) vía indemnizatoria, que la anulación contractual por dolo; Morales Moreno considera indemnizables los daños que el objeto haya provocado en otros bienes patrimoniales y no patrimoniales, los gastos hechos por el adquirente que han resultado inútiles, y las indemnizaciones que el engañado ha de pagar a terceros por el estado de la cosa, así como el coste de evitar tales daños; admiten la anulación parcial del contrato vía indemnizatoria, no afectándose a un elemento esencial del contrato, De Cossío y Corral, Llobet I Aguado, y Morales Moreno; Morales Moreno admite, vía indemnización de daños y perjuicios, la desvinculación contractual *inter partes,* lo que no comparten García Rubio, Gómez Calle, y Pantaleón Prieto.

PMCC 2009 tiene la misma dicción que el reproducido artículo 1270. II CC. Por tanto, la norma del artículo 1300.3 PMCC 2009 no supone novedad alguna [687].

Fenoy Picón (2023) [131] pp. 601-609, 613-619; *vid.* además [155] pp. 747-748, en donde, entre otras cosas, señalo que la reparación *in natura* «*encierra el peligro* de hasta dónde puede llegarse en las medidas indemnizatorias» (cursiva del original).

b) Para las partidas indemnizatorias incluidas en el dolo incidental (arts. 1101 y 1107 en relación con el art. 1270. II CC) es de interés la *STS, 1.ª, 30.06.2000.*

En relación con ella, «[e]n 1983, el Estado adquiere por expropiación de Rumasa una empresa dedicada a la fabricación de marroquinería "y viajes en piel" (*sic*; FD 2.º). Se había solicitado licencia de apertura para la empresa, que fue denegada y comunicada en 1984, y el 05.02.1985, el Estado vende la empresa, afirmando en el contrato que contaba con todas las licencias, permisos y autorizaciones para explotar su patrimonio y realizar sus actividades, como venía haciendo. La compradora demanda al Estado y pide, entre otras partidas, que el Estado le indemnice daños y perjuicios consistentes en gastos de honorarios, el coste de las obras para acondicionar y adaptar las instalaciones a la ordenación urbanística pagados por ella (los anteriores, todos gastos directos), y la pérdida de valor del suelo destinado a fines no productivos y gastos que resulten conforme a derecho. En segunda instancia se entienden indemnizables los costes de las obras necesarias para obtener la licencia de apertura, lo que incluye los gastos de honorarios de los profesionales, así como el valor de las tasas municipales y administrativas para obtener la licencia. El Tribunal Supremo, que no casa, entiende que hubo incumplimiento contractual del Estado contrario a la buena fe y doloso, por lo que "[s]e ha de responder de todos los daños y perjuicios, es decir, se trata de un resarcimiento pleno de los que resulten conocidos y provengan de la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas" (arts. 1101, y 1107 CC en relación con el artículo 1270. II CC; FD 3.º); y además, una vez celebrado el contrato, el Estado mantuvo persistentemente su conducta incumplidora, ya que no llevó a cabo conducta alguna subsanadora tras la denuncia que, de la situación, le hizo la compradora» ([133] pp. 629-630, y [A] pp. 632-635).

[687] a) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, según su artículo 527-7.3 [que transcribo *supra* nota 94 a.1)],«[e]l dolo incidental solo obliga a quien lo emplea a la indemnización de los daños y perjuicios causados, o a la reducción del precio cuando se proyecte sobre cualidades que afecten a la conformidad de la prestación».

b) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, su artículo 53.5, segunda regla, ordena que, no siendo el error esencial, no se anula el contrato, pero si hay «derecho a reclamar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados» [lo transcribo *supra*, nota 94 b.1)].

CAPÍTULO II. LA *PROPUESTA DE 2023*: LAS CONTINUIDADES Y LOS CAMBIOS COMPARANDO CON LA *PROPUESTA DE 2009*. MÁS CONSIDERACIONES SOBRE EL CÓDIGO CIVIL

1. UNA PREVIA ADVERTENCIA SOBRE LA ESTRUCTURA EXPOSITIVA

[37] *Supra* [7] explicaba que, dentro de mi exposición sobre el dolo de la *Propuesta de 2009,* en un determinado punto insertaba la explicación de la ventaja injusta (Código civil)/ventaja excesiva (*Propuesta de 2009)* y ofrecía mis razones para ello. Pues bien, en el análisis de la *Propuesta de 2023*, en este capítulo III, adopto otra estructura expositiva. En concreto, dedico solo un apartado al dolo (*infra,* apartado 3), y otro solo a la ventaja injusta (*infra,* apartado 4). La razón del presente cambio estructural se debe, al amplio bagaje de lo que he explicado en el anterior capítulo II (*supra* [5]-[36]). Pues, recuerdo, en dicho capítulo II no solo trato la regulación de la *Propuesta de 2009*, sino, además, la del Código civil y el derecho comparado seleccionado (completados con la doctrina de autores; y en su caso, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para el Código civil). Dada toda esa mi anterior exposición, al trasladarme ahora a la *Propuesta de 2023,* me centraré en destacar cuáles son, o no, sus aportaciones (continuidades/cambios) frente a la *Propuesta de 2009* y al Código civil.

En cuanto a la otra cuestión (materia) de la que me ocupo en este trabajo, la de los requisitos de existencia del contrato, la analizo en el siguiente apartado 2, en donde, además, apunto el lugar en que se ubican sistemáticamente el dolo y la ventaja injusta dentro de la *Propuesta de 2023*.

2. LOS REQUISITOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO Y LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DOLO Y DE LA VENTAJA INJUSTA

[38] En relación con la *Propuesta de 2023:*

a) En el Título II «De los contratos», del Libro IV «De las obligaciones y contratos» de dicha propuesta, su Capítulo I tiene por leyenda «Disposiciones generales» (arts. 1218 a 1229) y se divide en cuatro secciones. Es en la Sección primera, en donde me sitúo para la presente a) de este [38], la cual lleva por título «El contrato» [688].

---

[688] a) a.1) En el artículo 1218 PMCC 2023, primero de los artículos que forman parte de esa Sección primera, su apartado 1 contiene la noción de contrato, la misma que se ordena en el artículo 1236 PMCC 2009 [que transcribo *supra*, nota 63 a)], con alguna pequeña diferencia de redacción. *Vid.* además de dicha nota 63, b) a e).

Artículo 1218 PMCC 2023: «El contrato

1. Por el contrato, dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales y establecer las reglas que le serán aplicables.

2. […] [lo transcribo *infra* nota 690 a)].

3. […] [lo transcribo *supra* nota 13 b)]».

a.2) Sobre el artículo 1218.1 PMCC 2023, Morales Moreno explica:

«Es […] un precepto [el art. 1238.1 PMCC 2023] que no ha sido revisado [en relación con la *Propuesta de 2009*].

En la definición del artículo 1218 PM-23, el contrato está caracterizado, primero, por ser un *acuerdo* [de voluntades] de dos o más personas. Y, en segundo lugar, por su *función*: "crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales" y regularlas ("establecer las reglas que les serán aplicables"). El contrato no solo tiene la función de ser fuente de obligaciones (crear relaciones obligatorias: art. 1091 CC), sino también la de modificarlas y extinguirlas, y regularlas. Así, son contrato los pactos modificativos o extintivos de las relaciones obligatorias. Y los pactos transmisivos, ¿son contrato? También lo son, aunque no estén mencionados en la PM-23 (ni en la PM-09). Pensemos, por ejemplo, en la cesión de créditos, que no exige *traditio.* Reconocer el efecto transmisivo como un posible efecto de ese contrato no implica que, más allá de la cesión créditos, la propiedad y los derechos reales sobre las cosas se transmitan solo por el contrato. Lo impide el artículo 609 CC.

Advertimos [Morales Moreno] también que la definición del contrato del artículo 1218 PM-23 (como la del art. 1247 PM-09) [*sic*; art. 1237 PMCC 2009] no contempla solo las relaciones jurídicas obligatorias; se refiere a las relaciones jurídicas patrimoniales, en general. Esta extensión expresa las posibilidades del concepto de contrato. Pero no significa reconocer, en nuestro ordenamiento, el contrato real (traslativo) abstracto. Para ello sería necesario modificar el sistema de transmisión. La PM 2023 no lo ha modificado. Sigue en vigor el artículo 609 CC y el resto de los preceptos complementarios» [cursiva del original; *RDC* (2024) p. 101].

Al igual que Morales Moreno, también entiendo que la definición de contrato del artículo 1218.1 PMCC 2023 no implica la derogación del artículo 609 CC y, de llegar a ser ley la *Propuesta de 2023*, dicho artículo 609 CC seguiría vigente.

Se manifiesta crítico con el artículo 1218 PMCC 2023, Rodríguez-Rosado (2025) pp. 117-119, *vid.* también pp. 115-117.

a.3) *Supra* nota 63 d.1) reproduzco el tenor del artículo 1 P Bosch/Del Pozo/Vaquer. Teniendo presente lo expuesto en la anterior a.2) de esta nota, conviene que recuerde parte de la dicción de aquel artículo 1: «1. El contrato es un acuerdo de voluntades por el que dos o más personas se vinculan para crear, modificar o extinguir obligaciones, derechos reales u otros efectos jurídicos patrimoniales».

Comparando con la *Propuesta de 2009* [*supra* [6] a)], en la *Propuesta de 2023* no hay novedad en cuanto que, al igual que en la *Propuesta de 2009,* en esta de 2023 no se dispone un artículo enumerador de cuáles son los requisitos esenciales del contrato, como se ordena en el artículo 1261 CC [*supra* [5] a)]. Esta característica de la *Propuesta de 2023* se destaca en su Exposición de motivos en la que se lee que, «siguiendo la PM 2009 y las orientaciones del moderno Derecho de contratos, se ha sustituido la lista de requisitos necesarios para que haya contrato que contiene el Código Civil [art. 1261 CC] por un criterio más flexible y realista, que aprecia la posibilidad de poner en ejecución el contrato», y así, «[p]or regla general, si ninguna de las partes ha manifestado alguna reserva, solo es necesario que las partes tengan intención de obligarse y hayan alcanzado un acuerdo suficiente que permita ser puesto en ejecución» [689] (transcribo el oportuno texto de la Exposición de motivos, en este [38], siguiente [B]). En dicha última explicación de la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023* se hace implícita referencia al artículo 1218.2 PMCC 2023 (intención de vincularse y acuerdo suficiente que

---

En su comentario a dicho artículo 1, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican: «El artículo [1.1 P Bosch/Del Pozo/Vaquer] pretende concretar al máximo los diferentes ámbitos a los que se refiere el contrato, lógicamente dentro de una redacción lo suficientemente genérica y flexible, propia de la definición de una figura tan amplia como es el contrato. En concreto, el artículo se refiere no solamente a la creación de obligaciones, sino también a su *modificación* y *extinción,* así como a la creación, modificación y extinción de *derechos reales* u otros efectos jurídicos patrimoniales» [cursiva del original; (2016) p. 51].

Y en relación con «[l]os actos de creación, modificación y extinción de derechos *reales*» (cursiva del original), explican Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy: «también se pueden estructurar como contratos. Es más, podemos afirmar que el contrato es la fuente más habitual de creación de los derechos reales. Aun así, en general la ley únicamente hace referencia al contrato como fuente creadora de este tipo de derechos en los preceptos que regulan la transmisión de los derechos reales en general; así, explícitamente, en el art. 531-3 CCCat ["Fundamento de la tradición/ La tradición, realizada como consecuencia de determinados contratos, comporta la transmisión y adquisición de la propiedad y de los demás derechos reales posesorios"].

En muchas ocasiones se hace referencia al "título" de constitución (así, en el usufructo, art. 561-3.1 CCCat, y en la servidumbre, art. 566-2.1 CCCat), a la constitución "por medio de un negocio jurídico" (derechos de aprovechamiento parcial, art. 563-2.2 CCCat), o tan solo a que el derecho "se constituye en una escritura pública", en una tosca mezcla de los conceptos de título y de forma (derechos de adquisición. art. 568-2.1 CCCat). Solo algunas veces se hace referencia a la creación de los derechos reales por contrato. En el CCCat, la referencia al contrato se hace de manera explícita en el censo [art. 565-3.a) CCCat] y de manera indirecta en el caso de la prenda (art. 569-13.2 CCCat, que se refiere al *acuerdo* de constitución). En el caso del Código civil español, la referencia al contrato como fuente creadora del derecho real es explícita en los arts 1857 ("los contratos de prenda e hipoteca") y 1874 CCCEsp» [cursiva del original; pp. 52-53].

b) Retornando a las secciones que componen el citado en el cuerpo del texto Capítulo I de la *Propuesta de 2023*, las que restan son: Sección segunda, «Efectos del contrato» (arts. 1230 a 1237 PMCC 2023); Sección tercera, «Alteración sobrevenida de las circunstancias» (art. 1238 PMCC 2023); Sección cuarta «Precio y cláusulas abiertas. Obligaciones y cláusulas poscontractuales (arts. 1239 y 1240 PMCC 2023).

[689] Comisión General De Codificación (Sección Civil; Grupo De Trabajo) (2023) p. 32.

permita su ejecución)[690], precepto que para Morales Moreno «cumple una función parecida a la del [art.] 1261 CC (establecer cuándo hay contrato)»[691]. Igualmente, en aquella última y reproducida explicación de la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023* se hace implícita referencia al artículo 1226 PMCC 2023, cuya leyenda es «[r]eserva de una parte sobre la celebración del contrato»[692]. Más allá

---

[690] a) Artículo 1218 PMCC 2023: «El contrato

1. […] [lo transcribo *supra*, nota 688 a)].

2. Hay contrato si las partes tienen intención de vincularse y han alcanzado un acuerdo suficiente que permita su ejecución, sin perjuicio de que hayan dejado algún aspecto pendiente de ulteriores negociaciones.

3. […] [lo transcribo *supra,* nota 13 b)]».

b) Conectando con qué se entiende por acuerdo suficiente, conviene apuntar que en el artículo 1239 PMCC 2023 se disponen diversas reglas para el específico supuesto en que el precio de la prestación no se hubiera fijado en el momento de la celebración del contrato, o, la determinación del precio o de otra cláusula contractual se hubiera atribuido a una de las partes, o, la fijación del precio o de otra circunstancias del contrato se hubiera dejado al arbitrio de un tercero, o, a determinar por referencia a un factor.

Artículo 1239 PMCC 2023: «Determinación del precio u otra cláusula del contrato

1. No impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan fijado el precio ni el modo para su determinación, ni este resulte de la ley o de los usos aplicables, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tener por concluido el contrato y que pueda entenderse implícitamente convenido el precio generalmente practicado.

2. Cuando la facultad de determinar el precio o una cláusula del contrato haya sido atribuida a una de las partes, la determinación que esta haga integrará el contrato, siempre que se atenga a los criterios acordados. En caso de que no se hubiese hecho la determinación o esta no se hubiera realizado conforme a dichos criterios, el contrato se integrará con el precio o cláusula que corresponda razonablemente a la voluntad implícita de las partes.

3. Cuando la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato se haya dejado al arbitrio de un tercero, y este no quisiere o no pudiere hacerlo, la autoridad judicial podrá designar otra persona que le sustituya en tal cometido, siempre que la designación inicial del tercero no haya sido determinante de la celebración del contrato.

Si en la decisión del tercero hubiera una significativa falta de observancia de los criterios a los que hubiera debido atenerse, se estará a lo que decida la autoridad judicial.

4. Cuando el precio u otra circunstancia del contrato hayan de ser determinados por referencia a un factor que al tiempo de su utilización hubiere dejado de existir o no fuere accesible a las partes, quedará sustituido por el factor equivalente o, a falta de este, por el que resulte más similar, con las adaptaciones necesarias».

El artículo equivalente a este artículo 1239 PMCC 2023 es el artículo 1277 PMCC 2009, que transcribo *supra,* nota 62 a.2). *Vid.* además de dicha nota 62, b) y c).

[691] Morales Moreno, *RDC* (2024) p. 106.

Además, apunta Morales Moreno: «*La PM 23* […] sí tiene un artículo que indica cuándo existe un contrato (art. 1218.2 PM-23). Pero este artículo solo exige *intención* de vincularse y haber alcanzado un *acuerdo suficiente* que permita ser puesto en ejecución. No tiene una referencia expresa al objeto, ni a la causa del contrato. Esto no excluye la existencia del uno y de la otra, pues tanto el objeto como la causa forman parte del contenido del acuerdo (suficiente). Esta idea ya estaba presente en la redacción del artículo 1262 I CC de 1889: "El *consentimiento* se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación *sobre la cosa y la causa* que han de constituir el contrato"» (cursiva del original; p. 103).

[692] Artículo 1226 PMCC 2023: «Reserva de una parte sobre la celebración del contrato

Si, en el curso de las negociaciones, una parte hubiera manifestado a la otra su voluntad de que el contrato no se tenga por celebrado hasta que se alcance un acuerdo sobre determinadas cláusulas o hasta que se suscriba un concreto documento, el contrato no se habrá celebrado mientras tales exigencias no se cumplan».

de lo anterior, por ejemplo, en otro ámbito y dentro de la Sección cuarta «Los acuerdos y contratos preparatorios», del Capítulo II «La formación del contrato», del Título II «De los contratos», del Libro IV «De las obligaciones y contratos» de la *Propuesta de 2023*, la exigencia de que el contrato esté suficientemente determinado se requiere expresamente en relación con el contrato de opción (art. 1262 PMCC 2023 [693]) y el precontrato (art. 1264 PMCC 2023 [694]).

Retornando a los antes mencionados artículos 1218.2 y 1226 PMCC 2023, estos encuentran su equivalente en el artículo 1242 PMCC 2009 (que transcribo *supra*, [6] a) para su párrafo I, y nota 62 a.1) para su párrafo II). Trasladándome al *soft law*, en los PECL, los equivalentes, a aquellos artículos de la *Propuesta de* 2023, son los artículos 2:101, 2:102 y 2:103 PECL, y en el DCFR, lo son sus artículos II.-4:101, II.-4:102 y II.-4:103 (*infra*, siguientes [A.1] y [A.2] respectivamente); y, salvando las distancias, en los Principios UNIDROIT 2016, el equivalente es su artículo 3.1.2 (que transcribo y explico *infra* nota 788 b)]. En cuanto al CESL, su artículo 30 (*infra*, siguiente [A.3]) es el precepto equivalente de los antes referidos artículos 1218.2 y 1226 PMCC 2023.

El artículo equivalente a ese artículo 1226 PMCC 2023 es el artículo 1242 PMCC 2009, que transcribo *supra* nota 62 a.1). *Vid.* además la c) de dicha nota 62.

[693] Artículo 1262 PMCC 2023: «Contrato de opción

El beneficiario de un contrato de opción o de una promesa unilateral de contrato tiene derecho a decidir la celebración del contrato siempre que su contenido esté suficientemente determinado».

[694] a) Artículo 1264 PMCC 2023: «Precontrato

1. La promesa mutua de celebrar un contrato permite exigir su cumplimiento en los términos acordados, siempre que su contenido llegue a estar suficientemente determinado.

2. El incumplimiento de la promesa por una de las partes dará, a la otra, derecho a ejercitar los remedios derivados del incumplimiento del contrato».

b) Otro ejemplo, en otro ámbito, lo proporciona el artículo 1244.1 PMCC 2023 (oferta), según el cual, «[l]a propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta siempre que sea suficientemente precisa y revele la voluntad del oferente de quedar obligado en caso de aceptación».

Este artículo se encuentra en la Sección segunda «La formación del contrato por oferta y aceptación», del Capítulo II «La formación del contrato», del Título II «De los contratos», del Libro IV «De las obligaciones y contratos» de la *Propuesta de 2023.*

Por otro lado y para el derecho vigente, por ejemplo, Vázquez-Pastor Jiménez señala que «[l]a oferta ha de revelar inequívocamente el propósito o *intención seria* del oferente de vincularse contractualmente, ha de ser *completa* o lo *suficientemente precisa y definitiva*», y, en lo ahora interesa, afirma «que en la actualidad una aplicación demasiado rígida del mismo [de la exigencia de que la oferta sea completa] conllevaría serias dificultades para perfeccionar un contrato, pues siempre habría algún punto sobre el que [*sic,* el] oferente no se ha llegado a pronunciar. Por tal razón, para favorecer la celebración de los contratos, este tradicional requisito del carácter completo se sustituye modernamente por el más matizado de la *suficiente precisión* (Díez-Picazo)» [cursiva, negrita en el original y apellido en mayúsculas; (2022) p. 100].

[A] *Los requisitos para la conclusión del (para la existencia de) contrato en el soft law y en el CESL*

[A.1] *En los PECL*

[A.1.1] El artículo 2:101 PECL se titula «[r]equisitos para la conclusión [existencia] del contrato», requisitos objeto de desarrollo en los siguientes artículos 2:102 y 2:103 PECL.

[A.1.2] En virtud del artículo 2:101 PECL, si las partes tienen intención de vincularse legalmente y llegan a un acuerdo suficiente, el contrato se concluye (existe) sin necesidad de ningún otro requisito adicional; además, para su celebración o prueba, el contrato no necesita hacerse por escrito, ni está sujeto a cualquier otra exigencia en cuanto a la forma; el contrato puede probarse por cualquier medio, incluida la prueba por testigos [695].

En el *Comment B* del artículo, en el que brevemente se alude al requisito de la intención (voluntad), se afirma que para «estar vinculado por un contrato, una parte debe tener intención de vincularse legalmente» [696]. Para el otro requisito, el del acuerdo, en el *Comment C* se apunta que, cuando existe más de una parte para vincularse, las mismas «deben acordar» y su acuerdo puede obtenerse por la aceptación de la oferta del otro, por estar de acuerdo en el contrato diseñado por un tercero, o por otras vías [697].

Sentado lo anterior, en el siguiente *Comment D* se señala, que para la celebración del contrato «no se requiere forma» [698]; tampoco es necesario pro-

---

[695] a) Artículo 2:101 PECL: «Conditions for the Conclusión of a Contrat

(1) A contract is concluded if:

(a) the parties intend to be legally bound, and
(b) they reach a sufficient agreement
without any further requirement.

(2) A contract need not be concluded or evidenced in writting nor is it subject to any other requirement as to form. The contract may be proved by any means, incluiding witnesses».

b) Artículo 2:101 PECL: «Condiciones para la conclusión de un contrato

(1) El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando:

(a) las partes tienen la intención de vincularse jurídicamente y
(b) alcanzan un acuerdo suficiente.

(2) El contrato no necesariamente se debe concluir ni hacer constar por escrito y no queda sujeto a ninguna otra exigencia de forma. Se puede probar su existencia por todos los medios posibles, incluida la prueba testifical» [Barres Benlloch/Embid Irujo/Martínez Sanz (2003) p. 185].

c) Por otro lado, analiza los requisitos para la perfección de los contratos en los PECL y en el DCFK, Sánchez Lería, *InDret*, 2014, en particular en pp. 4-16.

[696] «Artículo 2:101» Lando/Beale (ed.) (2000) p. 137; traducción mía.

[697] «Artículo 2:101» Lando/Beale (ed.) (2000) p. 138; traducción mía.

[698] Ahora bien, lo indicado en el cuerpo del texto para la forma lo es, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2:101 (2) PECL, que transcribo *supra* nota 695. Para este apartado (2) se apunta, en el *Comment F* del artículo, que «descansa en el principio de que, salvo que las partes acuerden otra cosa, la celebración, así como la modificación o la terminación de un contrato por acuerdo son válidos sin necesidad de forma, sea escrita, sellada, autentificada por notario, rellenando un registro público, etc. Este principio es amplia-

meter que se suministrará, o suministrar, algo de valor a cambio de la promesa («consideration»); incluso, una promesa de prestar dinero o de recibir un depósito tienen eficacia, antes de su ejecución; y, «un contrato no es inválido porque en el momento de su celebración fuera imposible cumplir la obligación asumida» [699]. En conexión con lo anterior, en el *Comment E* se informa, que en «algunos sistemas jurídicos no se impone el cumplimiento de una promesa "gratuita"», haciéndolo algunos solo «si [la misma] se formula en solemne forma, o se fundamenta en que sirve a un propósito socialmente deseable que no puede conseguirse por otros medios» [700]. Sobre el temor de que el cumplimiento forzoso de las promesas gratuitas, incluso, aunque ninguna formalidad se haya observado, conduzcan a resultados socialmente indesables, se afirma que ello no se encuentra bien fundamentado, y de hecho, muchas de esas promesas sirven a legítimos propósitos comerciales [701]. «No es necesario indagar en lo socialmente deseable de la promesa, si es hecha sinceramente», pues, la «experiencia muestra, que los sistemas jurídicos, en los que se impone el cumplimiento forzoso de la promesa gratuita, no encuentran problemas»; las «promesas "locas" hechas por personas en su sano juicio son tan raras, que pueden ignorarse, mientras que, incluso con la presencia de una formalidad, o de un intercambio, no se garantiza que el contrato sea uno sensato» [702]. Además, «estos problemas no solo surgen cuando, al que se le prometió, actúo confiando en la promesa, y la injusticia solo puede evitarse exigiendo el cumplimiento forzoso de la promesa» [703]. En suma, se concluye en el *Comment E*, «[p]or tal razón, debe exigirse el cumplimiento forzoso de estas promesas [gratuitas]» [704].

[A.1.3] En el artículo 2:102 PECL, con leyenda «[i]ntención» («[v]oluntad») se dispone, que «[l]a intención [voluntad] de una parte de vincularse legalmente mediante contrato se fijará a partir de las declaraciones o conducta de la parte, tales como razonablemente fueron entendidas por la otra parte» (traducción mía) [705].

En el *Comment A* del artículo se recuerda que, «[c]omo se dispone en el [anterior] artículo 2:101 (1) (a) [PECL], un contrato solo se concluye [existe] si las partes

---

mente aceptado entre los sistemas jurídicos, al menos en la medida en que afecta a los contratos comerciales. Para los contratos internacionales, ello es particularmente importante, desde que muchos de dichos contratos tienen que celebrarse o modificarse sin retrasos, lo que podría causar la observancia de formalidades» [LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 138; traducción mía].

[699] «Artículo 2:101», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 138; traducción mía.

[700] «Artículo 2:101», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 138; traducción mía.

[701] «Artículo 2:101», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 138; traducción mía.

[702] «Artículo 2:101», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 138; traducción mía.

[703] «Artículo 2:101», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 138; traducción mía.

[704] «Artículo 2:101», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 138; traducción mía.

[705] a) Artículo 2:102 PECL: «Intention

The intention of a party to be legally bound by contract is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party».

b) Artículo 2:102 PECL: «Intención

La voluntad de una parte de vincularse contractualmente se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte» [BARRES BENLLOCH/EMBID IRUJO/MARTÍNEZ SANZ (2003) p. 196].

indican una intención de vincularse legalmente» [706]. Se añade que «[l]as partes, frecuentemente, realizan declaraciones preliminares que preceden a la celebración de un contrato, pero estas no indican intención alguna de vincularse moral o legalmente en dicha etapa», y «[a] veces, la persona que hace la declaración solo pretende vincularse moralmente, pero no legalmente» (cartas de intenciones [707], cartas de patrocinio, en función de cómo las mismas se ofrecieran; invitación a que se hagan ofertas) [708].

En cuanto a «la apariencia de la intención [de la voluntad]», según el *Comment B*, en el «artículo 2:102 se contiene un principio general sobre los efectos de la declaración de una parte u otra conducta», siendo estos «determinados como razonablemente aparecen a la otra parte», y así, «[s]i la verdadera intención es

---

[706] «Artículo 2:102», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 143; traducción mía.

[707] Incidentalmente he de señalar, que en la *Propuesta de 2023* también se regula el acuerdo de intenciones (en la Sección cuarta «Los acuerdos y contratos preparatorios», del Capítulo II «La formación del contrato», del Título II «De los contratos», del Libro IV «De las obligaciones y contratos» de la *Propuesta de 2023).*

Artículo 1260 PMCC 2023: «Acuerdo de intenciones

1. El acuerdo de intenciones obliga a las partes a negociar un futuro contrato cuyo contenido está todavía sin determinar en los términos establecidos en el apartado siguiente.

2. El acuerdo de intenciones no obliga a alcanzar el resultado de la celebración del contrato definitivo, pero sí a colaborar de conformidad con las exigencias de la buena fe en la determinación del contenido necesario para su perfección.

3. Las partes pueden atribuir carácter vinculante a los acuerdos parciales que lleguen a alcanzar».

[708] a) «Artículo 2:102», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 143; traducción mía.

b) Sobre si uno pretende vincularse moral o legalmente, se afirma en el *Comment A* que, «[d]ependiendo de las palabras empleadas y de las circunstancias, las cartas de intenciones y las cartas de patrocinio pueden considerarse como declaraciones que solo vinculan moralmente» (p. 143), o «pueden también proponerse en términos que muestran una intención de vincularse legalmente» (p. 144):

b.1) La primera posibilidad (la vinculación moral) se ejemplifica en la «Ilustration 1» así: «Cuando una compañía filial preguntó al banco demandante para que se le concediera un préstamo de 8 millones de euros, el demandante [banco] preguntó a la compañía matriz para garantizar el préstamo. El demandado [compañía matriz] lo rehusó, pero en su lugar dio una carta de patrocinio. En ella se leía: "Es nuestra política asegurar que el negocio de (la filial) está en todo momento en una posición de asumir sus responsabilidades frente a usted en relación al acuerdo de servicio de préstamo". La carta también declaraba que el demandado [la compañía matriz] no reduciría sus intereses financieros en la compañía filial hasta que el préstamo se hubiera restituido. Cuando durante las negociaciones, el demandante [el banco] conoció que una carta de patrocinio podría emitirse en vez de una garantía, su respuesta fue que probablemente se habría de cargar un tipo de interés más alto. Cuando más tarde la compañía filial entró en liquidación sin haber pagado, el demandante [el banco] ejercitó una acción contra el demandado [la compañía matriz] para recuperar la cantidad debida. La acción no se estimó porque el demandado [el banco] no había hecho una promesa legalmente vinculante de pagar la deuda de la [compañía] filial» (p. 144).

b.2) La segunda posibilidad (la vinculación legal) se ejemplifica en la «Ilustration 2» así: «La compañía matriz M declara al banco, que presta dinero a su compañía filial D, que M es consciente del compromiso de D con el banco, que por todos los apropiados medios mirará que D sea capaz de asumir sus obligaciones con el banco, y que comunicará al banco si se desease cambiar esta política. Antes de que M dé tal comunicación al banco, D quiebra.

La carta de patrocinio de M es considerada como una garantía, que obliga a M a pagar la deuda de D» (p. 144). Traducción mía.

c) En el *Comment A* también se explica, que «[l]a declaración de una parte es, a veces, una invitación a una o más partes a que hagan una oferta»; «[t]al invitación no significa que se vincule la parte que la hace», pero, «puede […] producir efectos más tarde si ha dado lugar a una oferta y aceptación, referidas a los términos y condiciones establecidos en la invitación» (p. 144; traducción mía).

realmente entendida por la otra parte, la primera se vincula», no importando «[l]a forma en la cual expresó su intención» [709].

Por último y para el «[s]ilencio o la inactividad», según en el *Comment C*, estos «generalmente no vinculan a una persona», si bien hay excepciones a dicha regla, en algunos de los artículos de los PECL [710].

[A.1.4] Del «[s]uficiente acuerdo» se ocupa el artículo 2:103 PECL, en el que se ordena, que existe, «si los términos» «han sido suficientemente definidos por las partes de modo que el contrato puede ejecutarse, o» dichos términos «puedan determinarse bajo estos Principios»; «[s]in embargo, si una de las partes rehusa celebrar el contrato, salvo que las partes hayan acordado sobre una materia específica, no existe el contrato hasta que el acuerdo sobre tal materia se alcance» (traducción mía) [711].

A propósito del «[a]cuerdo sobre los términos», según el *Comment A* del artículo, para que «dos o más partes concluyan un contrato deben lograr un acuerdo sobre los términos necesarios para determinar sus mutuos derechos y obligaciones», derechos y obligaciones «decisivos para cada uno de ellos»; por tanto, el «acuerdo suficiente [del art. 2:103 PECL] cubre dos exigencias:/ los términos, que han de ser determinables, y/ un consenso [entre las partes] sobre aquellos términos en disputa» [712]. Desarrollando lo anterior:

a) Acerca de que los términos del contrato sean determinables, en el *Comment B* se afirma que «[l]as partes deben conseguir un acuerdo sobre los términos [del contrato] que sean tan definitivo, que puedan ejecutarse» [713]. Y al respecto, «[m]uchos contratos pertenecen a los habituales tipos de contratos (venta de bienes, suministro de servicios, empleo, seguro, etc.)», y «[p]ara estos contratos, el acuerdo de las partes sobre el tipo de contrato (por ej. venta) y sobre unos pocos cruciales términos (tipo de bienes y cantidad) será suficiente. Si las partes mantienen silencio sobre otras cuestiones (por ej. precio y cualidad), estas […] serán decididas por las reglas del Capítulo 6, en particular por los artículos 6:101-6:108 de estos Princi-

---

[709] «Artículo 2:102», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 144; traducción mía.

[710] «Artículo 2:102», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 145; traducción mía.

[711] a) Artículo 2:103 PECL: «Sufficient Agreement

(1) There is sufficient agreement if the terms:

(a) have been sufficiently defined by the parties so that the contract can be enforced, or
(b) can be determined under these Principles.

(2) However, if one of the parties refuses to conclude a contract unless the parties have agreed on some specific matter, there is no contract unless agreement on that matter has been reached».

b) Artículo 2:103 PECL: «Acuerdo suficiente
[*sic*; (1)] Un acuerdo se considera suficiente:

(a) Si las partes han definido sus elementos de manera suficiente para que el contrato pueda ejecutarse.
(b) O si [su contenido] puede determinarse conforme a los presentes principios.

(2) No obstante, si una de las partes se niega a concluir un contrato en tanto no haya acuerdo entre los contratantes sobre una cuestión concreta, el contrato no existirá hasta que no se alcance un acuerdo sobre dicho aspecto» [BARRES BENLLOCH/EMBID IRUJO/MARTÍNEZ SANZ (2003) p. 200].

[712] «Artículo 2:103», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 146; traducción mía.

[713] «Artículo 2:103», LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 147; traducción mía.

pios»; además, esas «cuestiones también pueden determinarse por otros medios tales como los usos y las prácticas entre las partes» (art. 1:105 PECL) «o, supliendo los término omitidos» (art. 6:102 PECL) [714]. «Si no aparece, qué tipo de acuerdo se ha hecho», el mismo «no puede ejecutarse, salvo que los derechos y obligaciones esenciales hubieran sido acordados» [715]. Se ilustra («Ilustration 1») así: «Dos empresas han entrado en negociaciones sobre su "futura cooperación en el mercado". No habrá contrato entre ellas hasta que acuerden las características esenciales de su cooperación, a saber, los derechos y deberes principales de ambas partes» [716].

b) Acerca de que haya de haber consenso sobre los términos en disputa, en el *Comment* C se explica, que «[u]na parte puede considerar un término [contractual] tan esencial, que dará su consentimiento al contrato, en función de que se acuerde sobre» aquél; «[p]or ejemplo, si las partes negocian sobre el precio de los bienes para que sean vendidos, […] muestran que el precio es término decisivo» [717]. Además, aspectos, «normalmente no considerados puntos esenciales, pueden serlo para una parte» [718]. Pero dicho lo anterior, «una parte, que haya hecho esenciales uno o más puntos para su consentimiento al contrato, puede […] aceptar el cumplimiento del concebido contrato por la otra parte», y «[e]n este caso, el contrato se considera concluido [celebrado] por la conducta de las partes, y los Principios, y otros factores, […] suministrarán los términos en disputa» [719].

Pero además, «[a]unque las dos partes no hubieran acordado todos los términos [del contrato], ellas pueden acordar que se comience el cumplimiento del contrato», y entonces, los términos del contrato omitidos se completarán [720]. En la «Illustration 2» se expone: «A ha negociado con B el mantenimiento de los ordenadores de B» y, «[a]unque no hayan acordado la tarifa de A, han decidido que comience A»; «[d]espués de un mes, se dan cuenta de que no pueden lograr un acuerdo y B pide a A que pare»; «B habrá de respetar el acuerdo hasta la notificación de la terminación y pagar a A una tasa razonable» (art. 6:104) [721].

Por último, en este *Comment C* se explica, que «[u]n acuerdo para negociar un contrato (un contrato para contratar) es, en sí mismo, un contrato vinculante, que conlleva un deber para ambas partes de llevar a cabo serios intentos de concluir [de celebrar] el contrato planeado»; «[s]in embargo, las partes no están obligadas a alcanzar el acuerdo» [722].

[A.2] *En el DCFR*

[A.2.1] Los requisitos para la conclusión del (para la existencia de) contrato se indican en el artículo II.-4:101 DCFR y se desarrollan en los siguientes artículos II.-

[714] «Artículo 2:103», Lando/Beale (ed.) (2000) p. 147; traducción mía.
[715] «Artículo 2:103», Lando/Beale (ed.) (2000) p. 147; traducción mía.
[716] «Artículo 2:103», Lando/Beale (ed.) (2000) p. 147; traducción mía.
[717] «Artículo 2:103», Lando/Beale (ed.) (2000) p. 147; traducción mía.
[718] «Artículo 2:103», Lando/Beale (ed.) (2000) p. 147; traducción mía.
[719] «Artículo 2:103», Lando/Beale (ed.) (2000) p. 147; traducción mía.
[720] «Artículo 2:103», Lando/Beale (ed.) (2000) p. 147; traducción mía.
[721] «Artículo 2:103», Lando/Beale (ed.) (2000) p. 147; traducción mía.
[722] «Artículo 2:103», Lando/Beale (ed.) (2000) p. 147; traducción mía

4:102 y II.-4:103 DCFR. Si bien no todas las explicaciones de los oportunos comentarios oficiales del DCFR son iguales a las que expuse en el anterior [A.1] para los PECL, la mayoría sí lo son. Además y afirmándolo por mi parte con carácter general, en los comentarios oficiales de aquellos artículos del DCFR, en ocasiones, se reiteran ideas, por lo que su sistemática expositiva la considero no depurada del todo.

[A.2.2] De conformidad con el artículo II.-4:101 DCFR, con leyenda «[r]equisitos para la celebración de un contrato», «[e]l contrato se celebra, sin más requisitos, cuando las partes:/ (a) tienen intención de establecer una relación jurídica vinculante o producir cualquier otro efecto jurídico, y/ (b) alcanzan un acuerdo suficiente» [723].

En el *Comment A* del artículo se lee, que «[e]n estas reglas [del artículo II.-4:101 DCFR], la noción de contrato incluye cualquier acuerdo, entre dos o más partes, con el que se pretende dar lugar a una relación jurídica vinculante o producir otros efectos jurídicos, tales como la modificación o extinción de existentes derechos u obligaciones, o la inmediata cesión o la renuncia de un derecho» [724]; además, «[l]a noción de contrato incluye no solo casos en donde ambas partes tienen recíprocos derechos y obligaciones, sino también casos en donde solo una parte tiene obligaciones» [725]. Se advierte, que «[e]l […] artículo [II.-4:101 DCFR] no se refiere a la definición de contrato, sino a los requisitos establecidos para la celebración [existencia] del contrato», siendo dichos «requisitos básicos […], que las partes tengan la intención de celebrar una vinculante relación jurídica o producir otros efectos, y la obtención de un acuerdo suficiente» [726].

En relación con las «[p]artes», y según el *Comment B*, para que haya «contrato, debe haber dos o más partes», y «[u]n contrato es un acto jurídico bilateral o multilateral» [727].

Sobre la «[i]ntención» (voluntad) del artículo II.-4:101 (1) DCFR, en el *Comment C* se explica, que «sirve para distinguir un contrato, de acuerdos tales como las meras vinculaciones sociales, o las meras promesas provisionales alcanzadas en el curso de las negociaciones»; «también se deja abierto a las partes, si lo prefieren, que dejen claro que están operando bajo un acuerdo o arreglo, que no se pretende que sea un contrato jurídicamente vinculante» [728].

Y en cuanto a que exista un acuerdo, esto «sirve para distinguir un contrato […] de las negociaciones no concluidas, que no han conducido todavía al acuerdo». Ese «acuerdo puede alcanzarse por la aceptación de un parte de la oferta del otro, por el consentimiento de las partes a los términos que han sido diseñados

---

[723] a) Revisión de García Rubio/Otero Crespo (2015) p. 87.
b) Artículo II.-4:101 DCFR: «Requirements for the conclusión of a contract
A contract is concluded, without any further requeriment, if the parties:
(a) intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect; and
(b) reach a sufficient agreement».

[724] «Artículo II.-4:101» (2009) Von Bar/Clive (ed.) p. 264; traducción mía.

[725] «Artículo II.-4:101» (2009) Von Bar/Clive (ed.) p. 264; traducción mía.

[726] «Artículo II.-4:101» (2009) Von Bar/Clive (ed.) p. 264; traducción mía.

[727] «Artículo II.-4:101» (2009) Von Bar/Clive (ed.) p. 264; traducción mía.

[728] «Artículo II.-4:101» (2009) Von Bar/Clive (ed.) pp. 264-265; traducción mía.

por un tercero, o por otras maneras» [729]. Además, «[d]ebe de haber un acuerdo, […] [pues] uno muy vago y general no podría ser suficiente para que exista contrato»; y «[e]l acuerdo debe también ser "suficiente"», esto es, «debe tener suficiente contenido» [730].

En suma, se lee en el *Comment E,* «[l]a existencia de dos o más partes, la relevante intención [voluntad] de las partes y el acuerdo suficiente entre las partes es bastante»; «[n]o hay más requisitos», para que exista contrato [731].

[A.2.3] Según el artículo II.-4:102 DCFR, con leyenda «[v]aloración de la intención», «[…] [l]a intención de una parte de asumir una relación jurídica vinculante o de producir otro efecto jurídico debe valorarse de acuerdo con sus de-

---

[729] «Artículo II.-4:101» (2009) Von Bar/Clive (ed.) p. 265; traducción mía.

[730] «Artículo II.-4:101» (2009) Von Bar/Clive (ed.) p. 265; traducción mía.

[731] a) «Artículo II.-4:101» (2009) Von Bar/Clive (ed.) p. 265; traducción mía.

Y porque no hay más requisitos para que exista el contrato, en el *Comment E* siguen las siguientes explicaciones:

«No se requiere forma, salvo en casos excepcionales en donde esto se dispone expresamente. Ni es necesario que una parte prometa suministrar, o suministre, algo de valor a cambio de las promesas de la otra parte» «(consideration)». «A diferencia de los derechos de algunos estados miembros, estas reglas modelo [el DCFR] no exigen la» «consideration», «o [la] *cause*, ni requieren que, para crear algunos contratos, la propiedad deba entregarse a la otra parte, quien la recibe (contratos reales). Los requisitos adicionales (los cuales en muchos casos son atenuados, o son evadidos sin reparo) no parecen cumplir una función suficientemente importante para ser elementos deseados en un modelo moderno de derecho contractual. Cualesquieras funciones residuales de la» «consideration», «o de la causa, tales como evitar que sea exigible el cumplimiento de un acuerdo a una parte, se cumplen por otras reglas, como en el [art.] II.-7:207 (Explotación indebida)» (p. 265; transcribo el art. II.-7:207 DCFR *supra* nota 435, y lo explico, *supra* nota 436).

b) Sobre «[l]os requisitos que omite el artículo II.-4:101 [DCFR]» comenta Bosch Capdevila:

«El artículo II.-4:101, más que por los requisitos a que alude, merece destacarse, desde nuestra perspectiva [Bosch Capdevila], por los requisitos que omite: la causa y la forma. Tampoco exige la entrega de la cosa como requisito de perfección del contrato.

El artículo II.-4:201 [*sic,* II.-4:101] no exige la causa como requisito del contrato. La función que cumple la causa, en los sistemas jurídicos en que se admite, se ha considerado que puede lograrse mediante otros elementos del contrato o por medio de otras instituciones. Así, por ejemplo, en los contratos onerosos en los que existe una considerable desproporción entre las prestaciones de las partes, la institución recogida en el artículo II.-7:207 (explotación indebida) permitirá en muchos casos cumplir la función que en determinados ordenamientos cumple la causa (objetiva). Ahora bien, contemplada la causa desde un punto de vista subjetivo, debe tenerse presente que en los artículos II.-7:301 ss se declaran nulos los contratos que infringen principios fundamentales.

El segundo requisito que omite el artículo II.-4:101 es la forma. El precepto [art. II.-4:101 DCFR] no es tan explícito como uno de sus precedentes, el artículo 2:101 PECL [que transcribo *supra* nota 695], que en el inciso inicial de su apartado segundo se refiere explícitamente a la no exigencia de ninguna forma especial, cuando dice que "el contrato no necesariamente se debe concluir ni hacer constar por escrito y no queda sujeto a ninguna otra exigencia de forma". En cualquier caso, queda claro que la regla general es la vigencia del principio de libertad de forma, aunque no se trata de una regla absoluta, sino que podrá admitir excepciones tanto establecidas por la propia ley, como por los contratantes, estas excepciones podrán consistir, entre otras, en la exigencia de forma escrita, la intervención de un fedatario público, o la necesidad de constancia del contrato en un registro público. En definitiva, el artículo II.-4:101 debe interpretarse en el sentido de que el contrato *puede* [esta cursiva del original] existir sin necesidad de ninguna forma especial, pero no prohíbe que la ley o las partes exijan en ciertos casos una determinada forma.

[…]» [«Artículo II.-4:101» (2012) pp. 275-276].

claraciones y su conducta, tal como fueron interpretadas razonablemente por la otra parte [732].

Para la «[i]ntención» (voluntad), se explica en el *Comment A,* que las «[p]artes, frecuentemente, hacen declaraciones que preceden a la conclusión [celebración] de un contrato, pero no indican intención [voluntad] alguna de vincularse en aquella etapa» [733]. Además, «[l]as partes de un acuerdo pueden también hacer declaraciones en las que tratan de dejar claro que se vincularán moralmente, pero no jurídicamente» [734]. Sin embargo, «frecuentemente será necesario interpretar tales declaraciones»; en este sentido, «puede ser difícil distinguir entre una carta de intenciones o una carta de patrocinio no vinculante, y una carta con la intención de ser jurídicamente vinculante que, si es aceptada, conducirá a un contrato» [735]. En otras ocasiones, puede haber «[u]na declaración [que] es, a veces, una invitación a una o más personas para que hagan una oferta»; «[t]al invitación no significa que tenga la intención de que vincule a la persona que la hace», pero «puede […] producir efectos más tarde, si ha dado lugar a una oferta y aceptación referidos a los términos establecidos en la invitación» [736].

En cuanto a la «[l]a apariencia de la intención [voluntad]», tras recordarse la regla dispuesta en el artículo II.-4:102 DCFR, en el *Comment B* se explica que la misma «representa el derecho de muchos (de probablemente la mayoría) de los estados miembros», y, si bien «[o]tros derechos mantienen su tradicional posición de que, si una parte puede probar que, pese a su aparente intención [voluntad], no tenía intención real de contratar, no será responsable del contrato, […], incluso, en estos derechos, la parte normalmente responderá sobre alguna otra base al haber negligentemente equivocado a la otra parte» [737]. Se añade, que para las reglas modelo (DCFR), «parece mejor […] seguir el primer acercamiento y considerar responsable a una parte sobre la base de lo que razonablemente aparece a la otra parte, que es una intención [voluntad] de vincularse, o de producir otros efectos jurídicos» [738].

Y para el «[s]ilencio o inactividad», se apunta en el *Comment C,* que «generalmente no vincularán a una persona», pero «específicas excepciones» se disponen en algunos artículos del DCFR [739].

[A.2.4] Por último, según el artículo II.-4:103 DCFR, con leyenda «[g]rado suficiente de acuerdo», «(1) El acuerdo es suficiente si:/ (a) los términos del

---

[732] a) Revisión de García Rubio/Otero Crespo (2015) p. 87.

b) Artículo II.-4:102 DCFR: « How intention is determined

The intention of a party to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party».

[733] «Artículo II.-4:102», Von Bar/Clive (2009) p. 273; traducción mía.

[734] «Artículo II.-4:102», Von Bar/Clive (2009) p. 273; traducción mía.

[735] «Artículo II.-4:102», Von Bar/Clive (2009) p. 273; traducción mía; se ilustra con un ejemplo de una carta de patrocinio, que es el mismo ejemplo (con mínimos cambios de redacción) que se encuentra en el oportuno comentario oficial de los PECL y traduzco *supra*, nota 708 b.1).

[736] «Artículo II.-4:102», Von Bar/Clive (2009) p. 274; traducción mía.

[737] «Artículo II.-4:102», Von Bar/Clive (2009) p. 274; traducción mía.

[738] «Artículo II.-4:102», Von Bar/Clive (2009) p. 274; traducción mía.

[739] «Artículo II.-4:102», Von Bar/Clive (2009) p. 274; traducción mía.

contrato han quedado suficientemente definidos por las partes para atribuir eficacia al contrato; o/ (b) los términos del contrato, o los derechos y obligaciones de las partes derivados del mismo, pueden ser suficientemente determinados de otro modo para atribuir eficacia al contrato./ (2) No obstante, si una de las partes se niega a celebrar un contrato en tanto no haya acuerdo sobre una materia concreta, el contrato no nacerá hasta que no se alcance un acuerdo en esa materia» [740].

a) En el *Comment A* del artículo se vuelve a recordar que, para que exista contrato, «debe haber un acuerdo y [este] debe tener suficiente contenido» [741]. Se añade, que «[l]as partes podrían redactar de modo muy completo y preciso los términos en un documento escrito, pero no habría contrato hasta que acordasen que sea vinculante» [742]. Ahora bien, «el acuerdo por sí mismo no basta», ya que «también debe haber un contenido suficiente en el acuerdo»; de este modo, «[u]n acuerdo vago y general del tipo: "[n]osotros hemos, por el presente, concluido [celebrado] un contrato", sin nada más, no sería un contrato, porque no tendría un contenido lo suficientemente preciso» [743]. «El test», que se emplea en el artículo II.-4:103 DCFR, «no es, como en algunos derechos, si el "objeto" o el precio de un contrato han sido acordados, sino uno [un test] más amplio, el de si el acuerdo alcanzado es suficiente, o puede ser desarrollado suficientemente para que el contrato produzca efectos»; «[n]ormalmente debe ser posible fijar, qué ha de hacer cada parte» [744].

De acuerdo con el artículo II.-4:103 (1) (a) DCFR y según el *Comment B,* el test aplicable, para si las partes definen suficientemente los términos del contrato, «es si el contrato puede tener eficacia»; el test se aplica «si el contrato es del tipo en el que los derechos y las obligaciones no se establecen en la ley, o por los usos aplicables o las prácticas» [745]. En otras ocasiones, el contenido del contrato se determina de otro modo. Así, en el *Comment C* se apunta, que «[m]uchos contratos pertenecen a algunos tipos familiares y usuales (venta de bienes, suministro de servicios, empleo, seguro, etc.)», y «[p]ara estos contratos, el acuerdo de las partes sobre el tipo de contrato (por ej., venta) y unos pocos términos

---

[740] a) Revisión de García Rubio/Otero Crespo (2015) pp. 87-88.

b) Artículo II.-4:103 DCFR: «Sufficient agreement

(1) Agreement is sufficient if:

(a) the terms of the contract have been sufficiently defined by the parties for the contract to be given effect; or

(b) the terms of the contract, or the rights and obligations of the parties under it, can be otherwise sufficiently determined for the contract to be given effect.

(2) If one of the parties refuses to conclude a contract unless the parties have agreed on some specific matter, there is no contract unless agreement on that matter has been reached».

[741] «Artículo II.-4:103», Von Bar/Clive (2009) p. 277; traducción mía.

[742] «Artículo II.-4:103», Von Bar/Clive (2009) p. 277; traducción mía; se añade: «[s]i el contrato se concluiría mediante firmas, entonces habría solo un borrador de contrato hasta que las partes lo firmasen».

[743] «Artículo II.-4:103», Von Bar/Clive (2009) pp. 277-278; traducción mía.

[744] «Artículo II.-4:103», Von Bar/Clive (2009) p. 278; traducción mía.

[745] «Artículo II.-4:103», Von Bar/Clive (2009) p. 278; traducción mía.

Además, el ejemplo, referido como «Illustration 1» en el *Comment B* del artículo II.-4:103 DCFR, es el mismo que el expuesto en el oportuno comentario de los PECL, esto es, el de un acuerdo entre dos empresas sobre su futura cooperación en el mercado, el cual traduzco en el cuerpo del texto, *supra* anterior [A.1.4] a).

cruciales (tipo de bienes y cantidad) será suficiente», y, «[s]i las partes guardan silencio sobre otras cuestiones (por ej., precio, cualidad, entrega)», estas «se decidirán, o por las reglas generales del Capítulo 9 (Contenidos y efectos de los contratos) de este Libro [II DCFR] […], o por las reglas de derecho aplicables a aquel particular tipo de contrato […]», y «también pueden ser determinadas por otros medios tales como los usos y las prácticas entre las partes» [746].

b) Sobre la cuestión de que determinados términos del contrato hayan sido hecho esenciales, en el *Commen D* se indica, que «[u]na parte puede considerar a un término tan esencial, que consentirá al contrato dependiendo del acuerdo sobre ese punto»; «[p]or ejemplo, si las partes negociaron sobre el precio de los bienes para ser vendidos, ellas muestran que el precio es término decisivo» [747]. Se advierte que, «[i]ncluso puntos, que normalmente no son considerados […] esenciales, pueden ser así para una parte» [748]. Ahora bien, si resulta que la parte, que hizo esenciales uno o más puntos a efectos de su consentimiento al contrato, «acepta el cumplimiento del contrato previsto por la otra parte», «el contrato se considera concluido [celebrado] por la conducta de las partes» y los términos disputados los suministran las reglas [generales y especiales] del DCFR, «y otros factores» (usos y prácticas entre las partes) [749].

c) Por otro lado, otro supuesto distinto es si «dos partes no han acordado todos los términos [del contrato]», pero «acuerdan comenzar [su] cumplimiento», y «normalmente se asume que, pese a todo, lo hicieron teniendo la intención de contratar a partir de aquel punto»; las reglas generales y las particulares del DCFR y los usos y prácticas entre las partes «pueden suministrar los términos omitidos, de modo que den un contenido suficiente al acuerdo para que exista contrato» [750].

Como ejemplo y en la «Illustration 2» se expone, «A ha negociado con B el mantenimiento de los ordenadores de B para todos los meses durante un año "a la tasa mensual que sea acordada". Aunque ellos no acordaron la tasa de A, han decidido que A comience, y así hace A. Una tasa razonable será pagada» (art. II.-9:104 DCFR, «Determinación del precio») [751]. Pero, «la conducta de las partes puede demostrar que no habían concluido [celebrado] un contrato» y así, en la «Illustration 3», cuyos hechos son los de la anterior «Illustration 2», pero A y B siguen «discutiendo sobre la tasa cuando A comienza a trabajar», si «[d]espués de un mes, se dan cuenta de que no pueden alcanzar un acuerdo y B pide a A que pare», «B será responsable frente a A bajo las reglas del enriquecimiento sin causa (Libro VII) y tendrá que retroceder el enriquecimiento obtenido por los servicios recibidos por A» [752].

d) Por último, en el *Comment E* se alude al supuesto consiste en «[u]n acuerdo para negociar un contrato (un contrato para contratar)», sobre el que se señala, que «es en sí mismo un contrato vinculante el cual implica una obligación

[746] «Artículo II.-4:103», Von Bar/Clive (2009) p. 278; traducción mía.
[747] «Artículo II.-4:103», Von Bar/Clive (2009) p. 279; traducción mía.
[748] «Artículo II.-4:103», Von Bar/Clive (2009) p. 279; traducción mía.
[749] «Artículo II.-4:103», Von Bar/Clive (2009) p. 279; traducción mía.
[750] «Artículo II.-4:103», Von Bar/Clive (2009) p. 279; traducción mía.
[751] «Artículo II.-4:103», Von Bar/Clive (2009) p. 279; traducción mía.
[752] «Artículo II.-4:103», Von Bar/Clive (2009) p. 279; traducción mía.

de ambas partes de hacer intentos serios para concluir el contrato planeado», pero, «[l]as partes no están obligaas a alcanzar un acuerdo» [753].

[A.3] *En el CESL*

[A.3.1] Su artículo 30 se ocupa de los «[r]equisitos para la celebración del contrato» (esta es su leyenda), tiene cuatro apartados, y es el primero del Capítulo 3 «De la celebración del contrato» del CESL (arts. 30 a 39 CESL).

Antes de que inicie su análisis, conviene que señale los artículos del DCFR y de los PECL con los que se le relaciona. Según Terryn, el artículo 30.1, (a) y (b), CESL se corresponde con los artículos II.-4:101 DCFR y II.-2:101 (1) PECL; el artículo 30 (1) (c) y 30.4 CESL se corresponde con los artículos II.-4:103 DCFR y 2:103 PECL; el artículo 30.2 CESL se corresponde parcialmente con los artículos 4:211 DCFR y 2:211 PECL; y el artículo 30.3 CESL se corresponde con los artículos II.-4:102 DCFR y 2:102 PECL [754]. Salvo los artículos 4:211 DCFR («Contracts not concluded through offer and acceptance») y 2:211 PECL («Contracts not Concluded through Offer and Acceptance») [que transcribo *infra* nota 762, c) y b) respectivamente], del resto de los artículos del DCFR y de los PECL, antes mencionados, me he ocupado, respectivamente, en las anteriores [A.2] y [A.1]. Afirma Terryn, que «[l]a combinación de cuatro artículos del DCFR en uno del CESL» es «simplemente formal» y «para simplificar y reducir el número de artículos en el instrumento opcional [del CESL]» [755].

[A.3.2] *a)* Según el artículo 30.1 CESL, para que exista contrato, las partes han de haber alcanzado un acuerdo, con la intención de que el mismo tenga efecto jurídico, y completado dicho acuerdo, en su caso, con las normas del CESL; el acuerdo, además, ha de tener un contenido y certeza suficientes para dotarle de efecto jurídico [756]. Más específicamente:

a.1) Sobre el acuerdo de las partes [art. 30.1 (a) CESL], Terryn apunta que permite «distinguir un contrato de un acto unilateral, y también de las negociaciones que permanecen no finalizadas» [757].

En virtud del artículo 30.2 CESL, el acuerdo se logra por la aceptación de una oferta, pudiendo aceptarse de modo expreso, o por otras declaraciones y

---

[753] «Artículo II.-4:103», Von Bar/Clive (2009) p. 278; traducción mía.

[754] Terryn «Artículo 30» (2012) 2, p. 181; traducción mía.

[755] Terryn «Artículo 30» (2012) 2, p. 181; traducción mía.

[756] Artículo 30 CESL: «Requisitos para la celebración del contrato

1. El contrato se habrá celebrado si:

(a) las partes alcanzan un acuerdo;

(b) las partes tienen la intención de que el acuerdo tenga efecto jurídico; y

(c) el acuerdo, completado en su caso por reglas de la normativa común de compraventa europea, tiene el contenido y la certeza suficientes como para que se le dote de efecto jurídico.

2. […] [lo transcribo *infra* nota 758].

3. […] [lo transcribo *infra* nota 763].

4. […] [lo transcribo *infra* nota 775]».

[757] Terryn,«Artículo 30» (2012) 4, p. 181; traducción mía.

conductas [758]. Sobre la presente norma del artículo 30.2 CESL, Terryn comenta que, «como en otros instrumentos internacionales», se «acoge el modelo de la oferta y la aceptación como modelo principal para la celebración del contrato», disponiéndose además que la aceptación puede hacerse «expresamente o por otras declaraciones o conducta» [759]. Esta última norma, sobre cómo puede realizarse la aceptación, «repite [lo dispuesto en] el artículo 34 (1) [CESL] [760] y por tanto, [destaca Terryn], omite la indicación a la posibilidad de celebrar un contrato a través de procedimiento distinto al de oferta y aceptación» [761]. Pero, incluso sin referirse a esta posibilidad de celebrar el contrato mediante procedimiento distinto al de oferta y aceptación, Terryn entiende que «las reglas del modelo principal de oferta y aceptación pueden aplicarse por analogía a otros modelos de celebración del contrato, en la medida en que sea posible y razonable [, y esto] en vista al universal acuerdo que parece existir sobre esta cuestión» [762].

---

[758] Artículo 30 CESL: «Requisitos para la celebración del contrato

1. […] [lo transcribo *supra* nota 756].

2. El acuerdo se alcanzará por la aceptación de una oferta. La aceptación podrá hacerse de forma explícita o por otras declaraciones o conductas.

3. […] [lo transcribo *infra* nota 763].

4. […] [lo transcribo *infra* nota 775]».

[759] Terryn,«Artículo 30» (2012) 11, p. 183; traducción mía.

[760] Artículo 34 CESL: «Aceptación

1. Constituirá aceptación cualquier declaración o conducta del destinatario de la oferta que indique conformidad con ella.

2. […]».

[761] Terryn,«Artículo 30» (2012) 11, p. 183; traducción mía.

[762] a) Terryn,«Artículo 30» (2012) 11, p. 183; traducción mía.

Terryn aclara, que «[l]as palabras del CESL (P) ["[l]a aceptación podrá hacerse de forma explícita o por otras declaraciones o conductas" del art. 30.2, segunda regla] se desvían aquí del CESL (FS), que disponía que un "acuerdo" puede alcanzarse por otras declaraciones o conducta (art. 29[2] CESL [FS]), admitiendo expresamente de ese modo, que no todas y cada una de las celebraciones del contrato puede fácilmente analizarse en términos de oferta y aceptación. Esta disposición del CESL (FS) tenía el mismo efecto que la correspondiente en el artículo II.-4:211 ("las reglas de esta sección se aplican con las correspondientes modificaciones, incluso si el proceso de celebración del contrato no puede analizarse en oferta y aceptación" [lo transcribo en esta nota, siguiente c)]) y en el idéntico artículo 2:211 PECL [lo transcribo en esta nota siguiente b)]. No está claro por qué el CESL (P) se refiere a la "aceptación" en vez de al "acuerdo"» [«Artículo 30» (2012) 11, p. 183; traducción mía]

b) b.1) Artículo 2:211 PECL: «Contracts not Concluded through Offer and Acceptance

The rules in this Section apply with appropiate adaptations even though the process of conclusion of a contract cannot be analysed into offer and acceptance».

b.1) Artículo 2:211 PECL: «Contratos no concluidos mediante oferta y aceptación

Las reglas de la presente sección se aplicarán, con las necesarias adaptaciones, incluso cuando el proceso de conclusión del contrato no pudiera analizarse en términos de oferta y aceptación» [Barres Benlloch/Embid Irujo/Martínez Sanz (2003) p. 263; otra traducción, Díez-Picazo/Roca Trias/Morales (2002) p. 33].

c) c.1) Artículo II.-4:211 DCFR: «Contracts not concluded through offer and acceptance

The rules in this Section apply with appropriate adaptations even though the proceess of conclusion of a contract cannot be analysed into offer and acceptance».

c.2) Artículo II.-4:211 DCFR: «Contratos no celebrados mediante una oferta y su aceptación

(1) [*sic*] Las reglas de la presente Sección serán de aplicación, con las adaptaciones pertinentes, a pesar de que el proceso de celebración del contrato no se haya hecho en términos de oferta y aceptación» [revisión de García Rubio/Otero Crespo (2015) p. 92].

a.2) En relación con la intención (voluntad) de las partes de que el acuerdo tenga efecto jurídico, Terryn advierte de que se emplea «*un criterio objetivo*» (cursiva, negrita en el original) y así, la «*intención* [cursiva, negrita en el original] se determina a partir de las declaraciones o conducta de las partes» (art. 30.3 CESL [763]) [764]. Además, sigue diciendo Terryn, el «artículo 12 […] explica que la intención [voluntad] ha de interpretarse en la forma en la que la persona, a la cual va dirigida, podría esperarse que la comprendiese» [765]. Por tanto, «[s]i, de hecho, no había intención de vincularse[, ello] es irrelevante, en la medida en que la otra parte tiene razones para inferir de la conducta o de la afirmación de la parte que se entendía que se vinculaba» [766].

Por último, en función de las «palabras empleadas y de las circunstancias se determinará, si una declaración (incluyendo las cartas de intenciones y las cartas de patrocinio) sobre las que hay un acuerdo, pueden considerarse como contrato o como una mera declaración moralmente vinculante» [767].

a.3) Y en lo que se refiere a que el acuerdo tenga un contenido y certeza suficiente [art. 30.1 c) CESL], Terryn apunta que «debe ser posible determinar las obligaciones de las partes en el contrato», y esto se concreta por el «acuerdo en sí mismo y por las reglas del CESL» [768]. «Los usos y las prácticas pueden jugar un papel para determinar el contenido de los contratos B2B (art. 67)», así como por «las reglas del CESL aplicables en ausencia de un acuerdo en contrario» [769].

---

[763] Artículo 30 CESL: «Requisitos para la celebración del contrato

1. […] [lo transcribo *supra* nota 756].

2. […] [lo transcribo *supra* nota 758].

3. La intención de las partes de que el acuerdo tenga efecto jurídico se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta.

4. […] [lo transcribo *infra* nota 775]».

[764] Terryn,«Artículo 30» (2012) 5, p. 181; traducción mía.

[765] a) Terryn,«Artículo 30» (2012) 5, p. 181; traducción mía.

b) Artículo 12 CESL: «Declaraciones o conducta unilaterales

1. Una declaración unilateral que indique una intención deberá intepretarse según cabe esperar que la entendiera la persona a la que está dirigida.

2. Si la persona que realice la declaración buscaba otorgar un sentido determinado a un término de la misma, y la otra parte tuviera conocimiento o cabe suponer que tuviera conocimiento de dicha intención, el término deberá interpretarse en el sentido dado por la persona que realice la declaración.

3. Los artículos 59 a 65 [situados en el Capítulo 6 "Interpretación"] se aplicarán, con las necesarias adaptaciones, a la interpretación de las declaraciones unilaterales que indiquen una intención».

[766] Terryn,«Artículo 30» (2012) 5, p. 181; traducción mía.

[767] Terryn,«Artículo 30» (2012) 6, p. 181; traducción mía.

[768] Terryn,«Artículo 30» (2012) 7, p. 182; traducción mía. Sobre las reglas del CESL, Terryn señala que aquellas sobre interpretación (arts. 58-65 CESL) y sobre contenido y efectos (arts. 66-78 CESL) «serán relevantes» (7, p. 182).

[769] Terryn,«Artículo 30» (2012) 7, p. 182; traducción mía. Apunta además:

a) A diferencia de la CISG, en el CESL «no [se] determina expresamente qué es un contenido mínimo [del contrato]»; según «el artículo 14 (1) CISG, una propuesta es suficientemente determinada si se indican los bienes y expresa o implícitamente se fija o se dispone para la determinación de la cantidad y del precio» (7, p. 182).

b) «Si el comerciante ha cumplido con las amplias obligaciones de información precontractuales impuestas en el CESL (P), especialmente en relación con los consumidores, el acuerdo, en principio, tiene un contenido suficiente, pues las declaraciones precontractuales, como regla general, se incorporan como

b) Más allá de lo dicho en las anteriores a.1), a.2) y a.3), Terryn destaca que «[e]l artículo 30 (1) no menciona expresamente que el contrato se celebra "sin otros requisitos"», locución esta última que sí aparece en los artículos II.-4:101 DCFR y 2:101 PECL (que transcribo *supra*, anterior [A.2.2] y nota 723, y nota 695, respectivamente), dejando «claro [Terryn] que *ninguna forma* [cursiva, negrita en el original] es requerida», «salvo casos excepcionales en los que se disponga expresamente» [770]. Ahora bien, en el CESL, su artículo 6 es el que dispone la regla de libertad de forma, «salvo disposición en contrario» [771].

Además, dicha expresión «sin otros requisitos» de los artículos II.-401 DCFR y 2:101 PECL, que, reitero, no se encuentra en el artículo 30.1 CESL, deja «claro [indica Terryn] que no hay espacio para la *doctrina de»* la *«consideration» o «de la causa»* [cursiva, negrita en el original]» [772]. Trasladándose al CESL, Terryn informa que, «como explicó uno de los miembros del Grupo de Expertos, esta eliminación [del CESL] no debería interpretarse como un cambio fundamental», dado que «[l]as palabras de la norma dejan todavía claro que la intención [voluntad] de las partes para alcanzar un acuerdo con efectos jurídicos se determina a través de la interpretación de las declaraciones y conductas de las partes, de acuerdo con las reglas relevantes del CESL (FS) y ningún otro requisito se requiere» [773]. Y «[e]sto [afirma Terryn] se aplica al artículo 30 [CESL]» [774].

[A.3.4] Por último, en virtud del artículo 30.4 CESL, una específica materia puede una parte hacerla requisito de celebración del contrato, y entonces, solo habrá contrato si se alcanza el acuerdo suficiente sobre ella [775]. Sobre esta norma, Terryn se limita a comentar que «[l]as partes pueden hacer un término tan esencial, que el consentimiento al contrato dependerá del acuerdo sobre aquel» y,

término del contrato, con algunas excepciones». «No todos los elementos necesitan determinarse en el momento de la celebración del contrato», pues, «el contenido del acuerdo será suficientemente cierto cuando aquellos elementos sean determinables, incluso aunque los factores relevantes puedan establecerse solo en fecha más tardía (por ej., el momento de la entrega)» (8, p. 182).

[770] Terryn,«Artículo 30» (2012) 9, p. 182; traducción mía.

[771] a) Terryn,«Artículo 30» (2012) 9, p. 182; traducción mía.

b) Artículo 6 CESL: «Libertad de forma

Ningún contrato, declaración o acto alguno regido por la normativa común de compraventa europea deberá ser celebrado o probado conforme a una forma en particular, salvo disposición en contrario de la misma».

[772] Terryn,«Artículo 30» (2012) 10, p. 183; traducción mía.

[773] Terryn,«Artículo 30» (2012) 10, p. 183; traducción mía.

[774] Terryn,«Artículo 30» (2012) 10, p. 183; traducción mía.

[775] Artículo 30 CESL: «Requisitos para la celebración del contrato

1. […] [lo transcribo *supra* nota 756].
2. […] [lo transcribo *supra* nota 758].
3. […] [lo transcribo *supra* nota 763].
4. Cuando una de las partes haga del acuerdo sobre alguna materia específica un requisito para la celebración del contrato, solo existirá contrato si se alcanza un acuerdo suficiente sobre dicha materia».

> «[p]untos, que normalmente no se consideran esenciales, pueden hacerse esencial por una de las partes para contratar» [776].

Continuando mi comparación entre la *Propuesta de 2023* y la *Propuesta de 2009* sobre los requisitos de existencia del contrato, en la *Propuesta de 2023* no se emplea la expresión «elementos esenciales» del contrato que, en cambio, aparecía en el artículo 1242. I PMCC 2009 [que transcribo *supra* [6] b)]. Lo que en la *Propuesta de 2023* se utiliza es «requisitos necesarios». Y así, esta última locución aparece en la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023* [en el texto que de dicha Exposición de motivos transcribo en este [38] a), *infra* siguiente [B]; por otro lado, recuerdo, que la locución «requisitos necesarios» ya se encontraba en la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2009*, *supra* [6] a) [A.1]]. E igualmente aparece, en el artículo 1298.1 PMCC 2023 «Nulidad de los contratos» [777].

---

[776] Terryn,«Artículo 30» (2012) 12, p. 184; traducción mía.

[777] a) En el artículo 1289.1 PMCC 2023, que transcribo en esta nota y siguiente b), se especifican una serie de causas de nulidad de pleno derecho del contrato. La que ahora me interesa es: «[l]a nulidad de pleno derecho de un contrato, […] por no reunir los requisitos necesarios para su pefección […]».

En cambio, en el artículo 1296.1 PMCC 2009, que transcribo en esta nota y siguiente c), se dice «[l]a nulidad de pleno derecho de un contrato por […] la falta total de consentimiento o de una forma esencial».

b) Artículo 1289 PMCC 2023: «Nulidad de los contratos

1. La nulidad de pleno derecho de un contrato, sea por ilicitud de la finalidad perseguida por las partes o por una de ellas con conocimiento de la otra, por contravención de una norma imperativa o prohibitiva, o por no reunir los requisitos necesarios para su perfección, se declarará a instancia de cualquier persona con interés legítimo. Esta acción es imprescriptible.

2. La nulidad del contrato simulado, cuando encubra otro distinto, no impedirá la validez de este último, al que se aplicará el régimen jurídico que le corresponda.

Los autores de la simulación no podrán oponer la nulidad al tercero a quien hayan hecho confiar en la validez del contrato.

3. El contrato nulo de pleno derecho puede ser convalidado cuando no resulte contrario a una norma imperativa. La convalidación no será oponible a tercero a quien pudiera perjudicar.

4. Un contrato nulo de pleno derecho podrá producir los efectos propios de otro contrato distinto si cumple los requisitos de este y, teniendo en cuenta la finalidad perseguida por las partes, es manifiesto que estas lo habrían querido de haber conocido la nulidad».

Sobre la regulación de la nulidad de pleno derecho según la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023, infra* nota 801 a).

c) Artículo 1296 PMCC 2009:

«1. La nulidad de pleno derecho de un contrato por carecer de causa o ser esta ilícita o por ser contrario a una norma imperativa o prohibitiva, así como por la falta total de consentimiento o de una forma esencial, se declarará a instancia de cualquier persona con interés legítimo. Esta acción es imprescriptible.

2. La nulidad del contrato simulado, cuando encubra otro disinto, no impedirá la validez de este último, al que será de aplicación el régimen que corresponda.

Los autores de la simulación no podrán oponer la nulidad al tercero que haya adquirido a título oneroso un derecho de titular aparente y no conociera ni hubiera debido conocer la simulación.

3. El contrato nulo de pleno derecho no puede ser convalidado. Un contrato nulo puede producir los efectos propios de otro contrato distinto si cumple los requisitos de éste y, teniendo en cuenta el fin perseguido por las partes, debe suponerse que éstas lo habrían querido de haber conocido la nulidad».

Además, en esta Sección primera, del antes aludido Capítulo I de la *Propuesta de 2023,* se dispone, como norma, la de «[p]erfección del contrato por el consentimiento», por lo que la regla general es la del contrato consensual (art. 1222 PMCC 2023 [778]); se disponen normas sobre la capacidad para contratar (para mayores de edad, menores no emancipados, personas jurídicas y entidades sin personalidad, lo cual es una novedad; art. 1223 PMCC 2023) [779]; y se prescriben normas sobre la forma contractual (forma como requisito de validez del contrato, y, la posibilidad de que, en ciertos supuestos, los contratantes puedan recíprocamente compelerse al cumplimiento de la forma, art. 1227 PMCC 2023 [780], y, la equi-

---

[778] a) Artículo 1222 PMCC 2023: «Perfección del contrato por el consentimiento

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado, salvo que la ley o por voluntad de las partes se exija que consten por escrito u otro requisito adicional».

El equivalente a dicho artículo 1222. I PMCC 2023 es el artículo 1239. I PMCC 2009 (que transcribo *supra* nota 65 a)]. En cambio, el párrafo II del artículo 1239 PMCC 2009 (que también transcribo *supra* nota 65 a)] tiene su equivalente en el artículo 1224.1 PMCC 2023. La novedad de la *Propuesta de 2023,* frente a la *Propuesta de 2009,* reside en su regulación acerca del valor del silencio o de la inacción (art. 1224.2 PMCC 2023). Transcribo este artículo 1224 PMCC 2023 a continuación, en la siguiente b).

b) Artículo 1224 PMCC 2023: «Declaración de voluntad

1. La declaración de voluntad puede hacerse de modo expreso o resultar de actos concluyentes.

2. El silencio o la inacción, por sí solos, no significan consentimiento, salvo que resulte otra cosa de la ley, de los usos, de las prácticas entre las partes o de otras circunstancias».

[779] a) Artículo 1223 PMCC 2023: «Capacidad para contratar

1. Pueden celebrar un contrato todas las personas mayores de edad, salvo que la ley establezca requisitos especiales de capacidad.

2. Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad, de conformidad con los usos sociales.

3. También pueden celebrar un contrato las personas jurídicas de conformidad con las normas que le sean aplicables a cada una de ellas y las entidades sin personalidad jurídica cuando las leyes se lo permitan».

b) El reproducido, en la anterior a) de esta nota, artículo 1223 PMCC 2023 es novedad comparando con la *Propuesta de 2009*, que no se ocupaba de la capacidad de contratar en sus disposiciones generales para el contrato.

Además y comparando ahora con el Código civil, el apartado 2 del artículo 1223 PMCC 2023 se corresponde y recoge la dicción del vigente artículo 1263 CC, fruto de la Ley 8/2021 [para el art. 1263 CC, *supra* nota 404 a)]. Y en relación con las personas jurídicas, téngase presente el artículo 38 CC («contraer obligaciones»).

c) En la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023* se señala: «[…], se incluyen también aquí las reglas sobre la capacidad de contratar de las personas físicas, pero también, como novedad en este lugar, de las personas jurídicas e incluso de las entidades sin personalidad, cuando las leyes les permitan la contratación» [Comisión General De Codificación, (Sección Civil Grupo De Trabajo) (2023) p. 34].

[780] a) Artículo 1227 PMCC 2023: «Forma

1. Los contratos habrán de constar para su validez en documento público cuando la ley lo exija expresamente.

2. En los demás casos, podrán los contratantes compelerse recíprocamente a cubrir la forma de documento público u otra especial en los casos siguientes:

valencia funcional de forma para los contratos celebrados en forma electrónica, art. 1228 PMCC 2023, otra novedad [781]).

Por último, en la *Propuesta de 2023* no aparece el término causa, empleado en los artículos 1238, 1, 2 y 4, y 1296.1 PMCC 2009 [que transcribo *supra* notas 68 a) y 777 c), respectivamente; y además, art. 1302.3 PMCC 2023 [782]].

1.º Cuando la ley exija tal forma para que el contrato celebrado alcance determinados efectos y, en particular, cuando se trate de contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

2.º Cuando así se estipule en el contrato.

3. Las partes podrán también compelerse recíprocamente a que conste por escrito el contrato celebrado cuando la cuantía de cualquiera de las prestaciones exceda de diez mil euros. Serán de cargo de quien la exige los gastos de forma, salvo que el contrato o la ley establezca otra cosa».

b) El equivalente al artículo 1227 PMCC 2023 es el artículo 1240 PMCC 2009 [que transcribo *supra* nota 69 a)], disponiéndose en ambos, con ligeros cambios, las mismas normas.

[781] a) Artículo 1228 PMCC 2023: «Contratos celebrados por vía electrónica

1. En los contratos celebrados por vía electrónica, los requisitos formales del proceso de formación del contrato, exigidos por la ley de modo general, se considerarán cumplidos si se conserva la equivalencia funcional con el correspondiente requisito.

2. A los efectos del apartado anterior, se considerará que:

1.º El requisito de que consten por escrito queda cumplido con un conjunto de signos alfabéticos o cualquier otro signo inteligible fijado a un soporte que permite el acceso al mismo por un periodo de tiempo adecuado a los fines para los que se destina la información, así como para preservar su integridad, independientemente del soporte y del medio de transmisión.

2.º La exigencia, expresa o implícita, de firma se cumple en las condiciones establecidas por la legislación especial para la identificación mediante firma electrónica.

3.º El requisito de una indicación manuscrita de la persona que se obliga puede satisfacerse por cualquier método que garantice que emana de esa persona.

3. No obstante, si se constata la existencia de obstáculos prácticos para el cumplimiento de una exigencia legal de forma, en el proceso de formación de un contrato por vía electrónica, las autoridades competentes podrán no aplicar los apartados 1 y 2 de este artículo a los contratos siguientes:

1.º Los contratos que crean o transfieren derechos sobre bienes inmuebles, a excepción del contrato de arrendamiento.

2.º Los contratos para los que la ley exige la intervención de tribunales, autoridades públicas o de profesionales que ejercen autoridad pública.

3.º Los contratos de fianza y las garantías prestadas por personas que actúan con fines ajenos a su actividad profesional o comercial».

b) Este artículo 1228 PMCC 2023 es nuevo comparando con la *Propuesta de 2009,* en el que no se contiene artículo equivalente, ocupándose el artículo 1268 PMCC 2009 «De la contratación electrónica». En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, su artículo 523-6 trata de los «Documentos electrónicos».

[782] a) Advierto que en la *Propuesta de 2023* se suprime la norma del artículo 1238.1. II PMCC 2009 sobre causa torpe que, recuerdo, disponía: «Ninguna de las partes a quien se impute el mismo grado de torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo».

b) En la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023* se explica, a propósito de la Sección tercera «La restitución», del Capítulo VII «La nulidad y la anulabilidad de los contratos», del Título II «De los contratos», del Libro IV «De las obligaciones y contratos» de la *Propuesta de 2023,* esa supresión de la norma del artículo 1238. II PMCC 2009:

«La Sección Tercera del Capítulo VII regula la restitución cuando el contrato es declarado nulo o llega a ser anulado. Lo hace mediante una remisión a la restitución en caso de resolución, consideran-

En la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023* se dedica particular atención a esta omisión del término causa. De modo sintético, se explica que se siguen «las orientaciones del moderno Derecho de contratos y del Derecho europeo» y se recuerda que en Francia, en su «última reforma del Código civil» (la de 2016-2018), no se alude a la causa [783] (en cambio, advierto por mi

---

do que, en ambos casos, la restitución tiene por causa la terminación de un contrato. Sin embargo, no se obvian las particularidades de la restitución por anulación en algunos casos (pago al menor de edad).

Por fin, se ha suprimido la disposición contenida en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 1238 de la PM 2009, que, en cierta medida, seguía manteniendo el tratamiento que el Código Civil hacía de la torpeza (artículos 1305, 1306). El vigente artículo 1306 del Código Civil, reflejo de la regla *nemo auditur,* ha sido objeto de serias críticas por parte de la doctrina y ha obligado a la jurisprudencia a esquivar su aplicación. La PMR entiende que ha llegado el momento de modificar esa regla. En caso de nulidad del contrato, la torpeza no impide la restitución, salvo que la ley establezca otra cosa, como sucede cuando la ley penal prevé el comiso» [Comisión General De Codificación (Sección Civil; Grupo De Trabajo) (2023) p. 43].

Y por lo explicado en dicha Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023,* en el artículo 1302 PMCC 2023 se dispone: «Restitución

1. Declarado nulo o anulado el contrato, la restitución de las prestaciones se regirá por lo establecido en los apartados 1, 2, 3 y 4 del artículo 1185.
2. Cuando la nulidad proceda de la minoría de edad de uno de los contratantes, este no está obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida.
3. Salvo que otra cosa establezca la ley, no impedirá la restitución el hecho de que la nulidad del contrato se deba a la finalidad ilícita perseguida por los contratantes o por uno de ellos con el conocimiento del otro».

c) Sobre el artículo 1302.3 *Propuesta de 2023,* Morales Moreno explica: «suprime, en principio, la regla *nemo auditur.* La restitución es posible, aunque la nulidad se funde en la ilicitud del contrato. Pero esta regla general tiene un límite: el límite que en cada caso puede resultar de la ley, o mejor dicho, de la norma infringida. La exclusión de la restitución no resulta de una regla general casi absoluta, sino de la finalidad o *ratio* concreta de la norma infringida» [trabajo, en el momento en que lo leo, en fase de publicación, último párrafo de su apartado 7; agradezco al autor que me lo haya facilitado].

[783] a) Recuerdo que en la enumeración de los requisitos necesarios para la validez del contrato, en el artículo 1128 CCF [que transcribo *supra* [6] a) [C.1] a) y nota 75] no se menciona a la causa; en el artículo 1128.3.º CCF, lo que se exige es «[u]n contenido lícito y cierto».

b) En el *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régimen général et de la preuve des obligations* se explica sobre la no exigencia de causa:

«El código civil exige actualmente [se está haciendo referencia al derecho francés anterior a la reforma de 2016] como condiciones para la validez del contrato, al lado del consentimiento y de la capacidad, un objeto cierto y una causa lícita [con esto otro se está haciendo referencia al art. 1108 aCCCF, que transcribo *supra* nota 76]. La causa, ignorada en la mayor parte de los derechos extranjeros como en diferentes instrumentos europeos de codificación, permanece sin embargo mal definida e incluye en realidad una multiplicidad de significados, que la doctrina, fundándose en una jurisprudencia abundante y fluctuante, se ha unido para teorizar. Así, la causa "subjetiva", o la causa del contrato, reenvía a los motivos personales que han determinado el consentimiento, en tanto que la causa "objetiva", o la causa de la obligación, corresponde al fin inmediato y abstracto del contrato, el cual es siempre el mismo cualquiera que sea el tipo de contrato. Además, algunas sentencias de la Corte de casación han aplicado una concepción subjetiva de la causa de la obligación, invitan a buscar no más motivos abstractos, comunes a todos los contratos del mismo tipo, sino el fin concreto querido por las partes, y esto a fin de reequilibrar el contrato.

Es porque, frente a la dificultad de dar a la noción de causa una definición precisa, que englobe todos los aspectos, frente a las críticas de las cuales ella [la causa] es objeto tanto por parte de una parte de la

doctrina como de la práctica, que la percibe como un factor de inseguridad jurídica y un freno al atractivo de nuestro derecho, se ha hecho la elección de no recurrir a esta noción, para sustituirla por reglas de contornos mejor definidos, permitiendo al juez alcanzar los mismos efectos, evitando los abundantes contenciosos que suscita esta noción.

La aportación de la reforma [francesa] en este punto consiste pues en la supresión de la referencia a la causa, consolidando en la ley todas las funciones que la jurisprudencia le había asignado. La sección sobre la validez del contrato permanece introducida por un artículo preliminar exponiendo las condiciones necesarias para su validez: el consentimiento de las partes, la capacidad de contratar, y a partir de ahora de "un contenido lícito y cierto" (art. 1128)» [*Journal officiel de la République française*, 11.02.2016; traducción mía].

c) Según Christandl: «En los escritos de Domat y Pothier […] la *cause* mantiene su función como un requisito para la validez del contrato y así encuentra su camino al *Code civil.* Desde aquí, el requisito de la *cause* se filtró en muchas codificaciones de la familia jurídica romanista, tales como los códigos belga y luxemburgués así como en el italiano (art. 1343 *Codice civil*e) y en el español (art. 1261 *Código civil*). Es imposible narrar aquí el desarrollo del concepto de *cause* en el derecho francés. Puede ser suficiente decir, que ningún intento de encontrar una definición común de *cause* resultó exitosa y que la necesidad de *cause,* como un requisito independiente para la validez de un contrato, ha sido repetidamente llamada a cuestión en su más que bicentenaria historia. Los denominados *anticausalistes*, entre ellos particularmente Planiol, consideraron el requisito de la *cause* equivocado e inútil, mientras que otros autores continuaron defendiendo su función autónoma en el derecho francés. Durante más de dos siglos, la *cause* ha sobrevivido a toda crítica, pero ha llegado a ser de nuevo, recientemente, una especie jurídica en peligro. De hecho, la reforma del derecho francés de obligaciones ha abandonado el concepto de *cause*, preservando, sin embargo, su función como guardián contra tanto los contratos sin una apropiada justificación (Art 1169 [para este artículo siguiente e) de esta nota], 1170, 1186 *Code civil*) como los contratos contrarios a la ley y las buenas costumbres (art. 6 y 1162 [para este artículo siguiente e) de esta nota] *Code civil*). Queda por ver si la formal abolición del requisito de la *cause* en el derecho francés generará similares desarrollos en otros sistemas jurídicos romanistas, donde la *cause* continúa siendo un requisito para la formación del contrato» [cursiva del original; «Artículo 2:101 (1) (2018) 19, pp. 246-247; traducción mía].

d) Cuestionándose la supresión de la causa en el vigente Código civil francés, Deshayes/Genicon/Laithier, «Artículo 1128» (2018) pp. 200-202, si bien *vid.* desde p. 199; Chantepie/Latina, «Artículo 1128» (2018) pp. 245-246, si bien *vid.* hasta p. 247.

e) Desde el ámbito del derecho chileno, Ugarte Godoy critica la supresión de la causa, llevada a cabo en la reforma de 2016 del Código civil francés. Según el mismo:

«Nos parece [Ugarte Godoy] que la supresión del requisito de causa en los contratos [del derecho francés] es absurda, porque es la propia esencia del acto jurídico y del contrato la que lo hace necesario, […]: sería como suprimir por ley uno de los cuatro puntos cardinales y mandarlo sacar de los planos y mapas franceses. La causa es la razón del ser del acto jurídico y del contrato, según lo dicho, y Francia, que tomó la delantera en las doctrinas y obras de Derecho Civil a partir del siglo xvii, y que con las enseñanzas de Doneau y Domat y la obra epigonal de Pothier, logró dar a luz ese imperecedero monumento jurídico que es el Código de Napoleón y dejar asentada en ese cuerpo legal, perfectamente decantada, la noción de causa, ha vendido su primogenitura en el Derecho Civil por el plato de lentejas de las eventuales recomendaciones y alabanzas del Banco Mundial y de eventuales réditos del comercio internacional.

Por otra parte, la noción de contenido que sustituye a las de objeto y causa, se prestará también a múltiples interpretaciones.

Además, el artículo 1162 [CCF] dice que el contrato no podrá substraerse al orden público por su finalidad, la conocieren o no todas las partes, con lo cual se ha trasladado a la nueva ley el error –que no contenía la antigua, sino que era fruto de una opinión doctrinaria y una jurisprudencia recién de 1998– de permitir que se anule un contrato con el fin subjetivo ilícito no compartido por todos los contratantes; cuya posibilidad era precisamente lo que vulneraba la seguridad jurídica, que con la reforma [de 2016] se dice proteger.

En fin, el artículo 1169 [CCF], según el cual en los contratos onerosos la contrapartida a favor de cada uno de los que se obliga no podrá ser ilusoria ni ridícula –artículo cuya transgresión importará conceptualmente un vicio de falta de causa–, deja a los tribunales aun mayor latitud para anular los contratos que la que les confería el requisito de existir una causa en los contratos» [(2024) 709, pp. 454-455].

parte, en el vigente derecho belga se sigue conservado el requisito de la causa [784]). Igualmente en la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023,* se apunta que la causa es «concepto oscuro» y de «múltiples significados», plan-

[784] a) Recuerdo que en la enumeración del artículo 5.27 CCB sobre las «[c]ondiciones para la validez» de un contrato [que transcribo *supra* [6] a) [C.2] a) y nota 80] se requiere «una causa lícita» (requisito 4.º).

De la causa se ocupan específicamente los artículos 5.53 («Definición»), 5.54 («Exigencia»), 5.55 («Causa no expresada») y 5.56 («Licitud») CCB. A continuación, transcribo los artículos 5.53 y 5.56 CCB [siguiente b)], sus respectivos comentarios oficiales [siguientes c) y d)] y la información que Janssens da sobre el móvil unilateral ilícito [siguiente e)].

b) b.1) Artículo 5.53 CCB: «Definición

Se entiende por causa los móviles que han determinado a cada parte a celebrar el contrato, desde que son conocidos o habrían debido de serlo por la otra parte» (traducción mía).

Artículo 5.53 CCB:«Définition

La causa s'entend des mobiles qui ont déterminé chaque partie à conclure le contrat, dès lors qu'ils sont connus ou auraient dû l'être de l'autre partie».

b.2) Artículo 5.56 CCB: «Licitud

La causa es ilícita cuando ella es contraria al orden público o a las disposiciones legales imperativas» (traducción mía).

Artículo 5.56 CCB: «Licéité

La cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives».

c) Según el comentario oficial del artículo 5.53 CCB: «La noción de causa expresa el hecho de que debe existir un motivo, un fundamento, por el cual una persona desea contratar. Si la obligación ha sido ejecutada, pero se prueba desprovista de causa, la restitución de la prestación puede entonces reclamarse. En otros sistemas jurídicos, este papel es frecuentemente cumplido por otros conceptos […].

La propuesta [el art. 5.53 CCB] opta por el mantenimiento de la exigencia de causa. Algunos códigos modernos han abandonado totalmente el concepto de "causa". Tal es en particular el caso del Código civil de los Países Bajos (1992) [sobre este, *infra* nota 796], si bien se reencuentra este concepto en la noción de "alcance" del acto jurídico (artículo 3:40 NBW), que apunta en particular a los motivos conocidos de la otra parte. La reciente reforma francesa del derecho de obligaciones [2016-2018; para este derecho *supra* nota 783] ha igualmente abandonado este concepto. Los autores son, sin embargo, de la opinión que la noción de *causa* [esta cursiva del original] debe mantenerse, pues ella se inscribe en una tradición bien anclada y es útil para la dogmática (basta con pensar en la distinción clásica entre las obligaciones abstractas y las obligaciones causales) […]. Además, se puede temer que la supresión de esta noción no la haga, a pesar de todo, resurgir bajo otra forma.

La definición dada [en el art. 5.53 CCB] responde a aquella que resulta de la jurisprudencia y de la doctrina, a saber los motivos determinantes para la celebración del contrato […].

La exigencia de causa debe apreciarse en el momento de la formación de la convención […]. El carácter equivalente o no de las prestaciones entre sí no es relevante a este respecto: una desproporción entre las prestaciones no implica que la obligación sea sin causa, o que tenga una causa ilícita […]. Esta problemática es abordada en otro lugar en la propuesta [de la reforma belga de 2022], en particular en la teoría de la imprevisión, los vicios del consentimiento y la teoría del abuso de circunstancias.

En los contratos sinalagmáticos, la causa conlleva a los móviles determinantes, los cuales consisten, generalmente, en las obligaciones asumidas por la otra parte. En los contratos a título gratuito, se trata, generalmente, de la intención de liberalidad. La propuesta [el art. 5.53 CCB] precisa que estos motivos deben ser "comunes". Esto significa que los motivos determinantes de una parte no son pertinentes jurídicamente más que si ellos eran conocidos por la otra parte. Los motivos deben formar parte de lo que los autores franceses denominan con justicia *"el campo contractual"* [esta cursiva, en el original]. La pertenencia de los motivos al "campo contractual" resulta sobre todo importante en la apreciación de la licitud de la causa. ¿Es razonable anular una convención porque una de las partes haya sido motivada por motivos ilícitos, que son desconocidos por la otra? La propuesta [el art. 5.56 CCB, "Licitud", que transcribo en esta nota, en la anterior b.2)] se aparta, por consiguiente, de la jurisprudencia actual que considera que los móvilesilícitos [*sic*; móviles ilícitos] por parte de una de las partes es suficiente para afectar la validez de

teando problemas «su empleo» y, el «moderno Derecho de contratos busca […] claridad y simplificación del proceso de aplicación del derecho». También se señala en la referida Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023,* que el no empleo «del concepto de causa no significa que dejen de tenerse en cuenta las diversas funciones que la causa ha cumplido y seguirá cumpliendo» [cfr. arts 1219 PMCC 2023 (libertad de contratar o no, de elegir al otro contratante, respetando el principio de no discriminación, y libertad sobre el contenido contractual, respetando las normas imperativas y los principios básicos del ordenamiento jurídico) [785] y 1221 PMCC 2023 (libertad de alcanzar la finalidad que las partes deseen con el contrato, respetando las normas imperativas y los principios básicos del ordenamiento jurídico, y, presunción de licitud de la finalidad) [786]; cfr. además, art. 1289.1 PMCC 2023, que transcribo *supra* nota 777 b), nulidad por ilicitud de la finalidad] [787]. Para Morales Moreno, la

---

la convención, incluso si eran desconocidos por la otra parte […]. No se deroga el particular régimen de las liberalidades» [*DOC* 55 1806/001, pp. 60-62; traducción mía].

d) Según el comentario oficial del artículo 5.56 CCB: «Se trata aquí de recoger el artículo 1133 del Código civil [el vigente antes de la reforma de 2022, que disponía "[l]a causa es ilícita, cuando está prohíbida por la ley, cuando es contraria a las buenas costumbres, o al orden público", traducción mía; "[l]a cause est illicite, quando elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public"], pero adaptado para acercarlo a la disposición adoptada en materia de objeto ilícito (en particular, la supresión a la referencia a las "buenas costumbres"). La problemática del móvil ilícito unilateral se expone en el comentario del artículo 5.53 [comentario que he traducido en la anterior c) esta nota]» [*DOC* 55 1806/001, p. 63; traducción mía].

e) A propósito del móvil unilateral ilícito, Janssens apunta: «En su sentencia de principio de 10 de octubre de 2000, la Corte de casación había consagrado la tesis del móvil ilícito unilateral en estos términos: "tratándose del interés general, es suficiente que una de las partes haya contratado con fines ilícitos y no es necesario que estos fines sean conocido por el cocontratante". A continuación, la Alta jurisdicción había confirmado su jurisprudencia.

Por consecuencia, el libro 5 se aparta, sobre este punto, de la jurisprudencia de la Corte de casación y pone término a la tesis del móvil ilícito unilateral como causa de nulidad. El legislador ha optado por hacer prevalecer la seguridad jurídica (que pone primero los intereses de la parte "inocente" y el mantenimiento del contrato) sobre el interés general (que preconiza la anulación del acto desde que el móvil ilícito existe, incluso solo por una parte)» [(2022) pp. 60-61; traducción mía].

[785] Artículo 1219 PMCC 2023: «Libertad contractual

1. Cada persona es libre de contratar y de elegir a la otra u otras partes contratantes con los límites impuestos por el principio de no discriminación.

2. Las partes podrán establecer del modo que tenga por conveniente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a las normas imperativas o a los principios básicos del ordenamiento jurídico».

[786] Artículo 1221 PMCC 2023: «Finalidad del contrato

1. Los contratantes son libres de utilizar el contrato para alcanzar la finalidad que deseen, con el límite de las normas imperativas y de los principios básicos del ordenamiento jurídico.

2. Se presume la licitud de la finalidad pretendida por las partes en el contrato».

[787] a) En el artículo 1289.1 PMCC 2023 se indica, «[l]a nulidad de pleno derecho de un contrato, sea por ilicitud de la finalidad perseguida por las partes o por una de ellas con conocimiento de la otra, […]» (cfr. art. 1221 PMCC 2023, que transcribo en la nota inmediatamente anterior a esta).

b) En el artículo 1296.1 PMCC 2009 [que transcribo *supra* nota 777 c)] se dice «[l]a nulidad de pleno derecho de un contrato por carecer de causa o ser ésta ilícita […]».

razón apuntada en la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023* de seguir «las orientaciones del moderno Derecho de contratos y del Derecho europeo» «es muy significativa», pues «[e]l derecho de contratos no puede ser concebido hoy como un derecho nacional, con características propias, diferenciadoras»; «[e]s un derecho necesariamente globalizado, propio de una economía que traspasa las fronteras o que, como ocurre en Europa, que se desarrolla en un mercado único»; «[e]s un derecho, además, que debe ser claro, preciso y previsible» y «[l]os modelos de regulación, tanto globales (UNIDROIT Principles [siguiente nota 788, b)]) como europeos (PECL, DCFR [en este [38], *supra* [A.1] y [A.2]]), han suprimido la causa como exigencia del contrato, […]» [788].

[A] *La base sexta de la Propuesta de Ley de Bases que acompaña a la Propuesta de 2023*

Ordena:

«En las disposiciones generales sobre el contrato, se dará una noción basada en la intención de vincularse y en el acuerdo suficiente; se establecerá el ca-

---

[788] a) Morales Moreno, *RDC* (2024) p. 110; en cuanto al texto correspondiente a los últimos puntos suspensivos del cuerpo del texto es: «sin que ello haya supuesto que dejen de cumplirse sus funciones, especialmente la de control de licitud del contrato».

b) Sobre el requisito de la causa en los Principios UNIDROIT 2016, su artículo 3.1.2 dispone:

«(Validez del mero acuerdo)

Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional».

En el inicio del comentario oficial del presente artículo se indica, que su «finalidad […] es dejar claro que el mero acuerdo de las partes es suficiente para que un contrato quede perfeccionado, modificado o extinguido válidamente, sin necesidad de otros requisitos que suelen exigirse bajo el derecho interno» [UNIDROIT (2018) p. 106]. Y, a continuación, se hacen las siguientes consideraciones sobre la innecesariedad de la «consideration» y de la causa:

b.1) Según el comentario 1 del artículo 3.1.2 Principios UNIDROIT 2016, comentario titulado «Innecesariedad de "*consideration*"», «[e]n los países de tradición jurídica anglosajona, la llamada "*consideration*" es un requisito indispensable para la validez y ejecución de un contrato, así como para la modificación o extinción del contrato por las partes» (p. 106). A lo cual se añade que, «[e]n el tráfico mercantil este requisito tiene una importancia mínima, ya que en este contexto las obligaciones casi siempre son contraídas por ambas partes. Esta es la razón por la que el Artículo 29(1) de CISG libera del requisito de "*consideration*" a la modificación y extinción del contrato de compraventa internacional de mercaderías. La extensión de este principio a la celebración, modificación y extinción, por acuerdo de las partes, de todos los contratos mercantiles internacionales ofrece mayor certeza y disminuye las controversias» (p. 106).

b.2) Según el comentario 2 del artículo 3.1.2 Principios UNIDROIT 2016, comentario titulado «Innecesariedad de la "causa"», dicho «artículo también excluye el requisito de la *causa* [esta cursiva del original], existente en algunos países de tradición jurídica romanista y que para efectos prácticos funciona de manera muy similar a la *"consideration"* del sistema anglosajón», lo que se ejemplifica con el siguiente ejemplo: «"A", un cliente francés del banco parisino "B", solicita una garantía a primera demanda (*garantee of first deman*d) en favor de "C", un socio de "A" en Inglaterra. Ni "B" ni "A" pueden alegar la posible ausencia de *"consideration"* o de causa en esta garantía». Se añade que, «[n]o obstante, se debe hacer notar que este artículo no se ocupa de los efectos que derivan de otros aspectos de la causa, tales como la ilegalidad» (p. 106).

rácter supletorio de las reglas aplicables a todos los contratos, incluidos los celebrados con consumidores y usuarios [*supra* [2] [A] y nota 13, b) y c)]; se recogerán expresamente los principios generales de libertad contractual y buena fe; el control de licitud del contrato atenderá a su finalidad; se consagrarán expresamente los principios de consensualismo y de libertad de forma, sin perjuicio de reconocer la posibilidad de formas pactadas o legalmente exigibles, así como de contratos que requieren de determinada forma para su validez. Se establecerá una regla de vinculación por confianza. […]».

[B] *Algunas de las explicaciones de la Exposición de motivos de la Propuesta de 2023 sobre las normas de la Sección primera, del Capítulo I, del Título II, del Libro IV de la Propuesta de 2023*

Literalmente:

«[…], el Capítulo I contiene diversas disposiciones generales que se inician con un precepto que contempla el contrato desde su función (art. 1218). En este punto, siguiendo la PM 2009 y las orientaciones del moderno Derecho de contratos, se ha sustituido la lista de requisitos necesarios para que haya contrato que contiene el Código civil por un criterio más flexible y realista, que aprecia la posibilidad de poner en ejecución el contrato. Por regla general, si ninguna de las partes ha manifestado alguna reserva, solo es necesario que las partes tengan intención de obligarse y hayan alcanzado un acuerdo suficiente que permita ser puesto en ejecución. Asimismo, se ha incluido una disposición específica que reafirma el carácter supletorio de las normas recogidas en este título [II de la *Propuesta de 2023*] para todos los contratos, incluidos los contratos con consumidores y usuarios

En este lugar [Sección primera] se consagran como principios cardinales, la libertad contractual y la función de la buena fe en la negociación, celebración y ejecución del contrato. Se toma en cuenta la finalidad buscada por las partes al celebrar el contrato (más allá del tipo contractual elegido o de las cláusulas insertas en él) y se exige su licitud, conforme a las normas imperativas y a los principios básicos del ordenamiento.

En este punto y por lo que se refiere a la causa, la PMR ha seguido las orientaciones del moderno Derecho de contratos y del Derecho europeo, plasmadas en diferentes textos de *soft law*. Estas orientaciones también han sido tomadas en cuenta por el legislador francés en la última reforma del Código Civil; es muy significativo que, precisamente Francia, la inspiradora de la regulación de la causa en muchos códigos civiles decimonónicos, haya prescindido completamente de cualquier alusión a ella [sobre esto, *supra* nota 783]. Pero, además de la razón expuesta, hay otra que ha llevado a la Ponencia a evitar el uso del concepto de causa. Los años de vigencia de nuestro Código Civil han puesto de manifiesto que el de causa es un concepto oscuro, debido a los múltiples significados con los que se utiliza, por lo que su empleo no ha dejado de plantear problemas. El moderno Derecho de contratos busca, precisamente lo contrario, la claridad y simplificación del proceso de aplicación del derecho.

El hecho de que esta PMR haya prescindido del uso del concepto de causa no significa que dejen de tenerse en cuenta las diversas funciones que la causa ha

cumplido y deba seguir cumpliendo. La causa, es cierto, ha dejado de ser un requisito necesario de validez del contrato, como ya ocurriera en la PM 2009, pero la autonomía privada en la contratación sigue estando sometidas a las limitaciones que resultan de la ley y los principios [arts. 1219 y 1221 PMCC 2023, que transcribo *supra* notas 785 y 786, respectivamente], y solo debe estarlo a ellas. Lo está, por la fuerza normativa de la ley imperativa y de los principios, no por un posible contenido normativo indeterminado del concepto de causa. La PMR prevé de modo expreso la nulidad de los contratos en los que los contratantes persigan una finalidad ilícita [art. 1289.1 PMCC 2023, que transcribo *supra* nota 777 b)]. Y, por otro lado, nada impide que los modelos legales de contratos sirvan para integrar las carencias del contrato celebrado. Esto puede hacerse sin tener que acudir necesariamente al concepto de causa. Por fin, en el momento actual, el progresivo desarrollo de una ordenación legal del Derecho de contratos, más completa y precisa que la de otra época, necesariamente debe ser tenido en cuenta. Esto se advierte en la regulación de figuras que tradicionalmente se han conectado con las exigencias de la causa. Así, en el error determinante de la celebración del contrato, en la cláusula *rebus sic stantibus* [789] o en la resolución por incumplimiento del contrato [790].

---

[789] a) San Miguel Pradera «analiza […] los requisitos del cambio de circunstancias y sus efectos en los nuevos preceptos francés [art. 1195 CCF] y belga [art. 5.74 CCB] y los compara con la Propuesta española [PMCC 2009, art. 1213] y con la […] Propuesta revisada [PMCC 2023, art. 1238 "Alteración extraordinaria de las circunstancias"; para su ubicación estructural, *supra* nota 688 b)] que plantean un reconocimiento legal de la figura» [*ADC* (2023) pp. 1044-1045; San Miguel Pradera también analiza el vigente derecho español]; *vid.* pp. 1057-1059 para la *Propuesta de 2009,* pp. 1059-1060, 1071-1073 para la *Propuesta de 2023,* y, para ambas propuestas, pp. 1060-1061, 1061-1064, 1064-1066, 1067, 1068, 1070-1071, 1073-1076, 1077-1078, 1079, 1079-1080.

Para un análisis, también reciente, de «[l]a alteración sobrevenida de las circunstancias», Gregoraci Fernández (2022) pp. 475-507].

b) Según la base octava de la *Propuesta de Ley de Bases que acompaña a la Propuesta de 2023*: «Se regulará la alteración sobrevenida de las circunstancias de carácter extraordinario, favoreciendo que las partes negocien la adaptación del contrato, y, en los casos en que no haya acuerdo, previendo la intervención la [*sic*; de la] autoridad judicial, a solicitud de parte, para adaptar el contrato de acuerdo con las propuestas ofrecidas por las partes o, en otro caso, declararlo resuelto» [Comisión General De Codificación (Sección Civil; Grupo De Trabajo) (2023) p. 147].

[790] a) En relación con la afirmación, reproducida en el cuerpo del texto, de la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023* de que hay «figuras que tradicionalmente se han conectado con las exigencias de la causa» como «el error determinante de la celebración del contrato, […] la cláusula *rebus sic stantibus* o […] la resolución por incumplimiento del contrato», conviene que recuerde las siguientes consideraciones de De Castro y Bravo, de 1971, sobre la *«[c]ontinuación del influjo de la causa sobre la relación negocial* [cursiva del original]»:

«La causa es citada en el Código civil como requisito para la existencia del contrato (art. 1261). De ahí el prejuicio de que la función de la causa acaba en el momento mismo de haber dado nacimiento al negocio jurídico. Esta limitación del significado de la causa resulta inadecuada para las relaciones jurídicas de larga e indeterminada duración, como lo muestran las figuras de la condición y el modo. La ley misma ha previsto casos en que la finalidad perseguida por las partes se vea frustrada para considerar extinguida la relación: lo que ha permitido que la doctrina ligue la figura de la causa con lo dispuesto sobre resolución del contrato por incumplimiento (art. 1124) y sobre la imposibilidad del cumplimiento (art. 1182-1186). Más la importancia práctica de un posible influjo continuado de la causa respecto a la relación negocial y la gravedad de las cuestiones que plantea, resultan de la necesidad de contestar la pregunta: ¿las disposiciones citadas han de considerarse especiales o excepcionales, o deben interpretarse como expresión de un criterio general, el de atender a las circunstancias que impiden

> Hoy no es necesario acudir a la causa para construir su regulación, como ocurriera en otro tiempo.
>
> Se reconoce la norma general tradicional, de honda raigambre histórica en nuestro Derecho, según la cual, la perfección del contrato se produce por el consentimiento; se incluyen también aquí las reglas sobre la capacidad para contratar de las personas físicas, pero también, como novedad en este lugar, de las personas jurídicas e incluso de las entidades sin personalidad jurídica, cuando las leyes les permitan la contratación. Asimismo, se recogen, en las disposiciones generales, reglas […]; sobre los modos de producirse la declaración de voluntad que da lugar al nacimiento del contrato; sobre la forma de los contratos y sobre los requisitos formales de contratos celebrados por vía electrónica, siguiendo también directrices comunes en el ámbito comparado. […]» [791].

Más allá de lo vengo exponiendo, pero continuando en la causa, lo cierto es que, ya en 2011 y para la *Propuesta de 2009,* Morales Moreno apuntaba que, «[a]unque» en dicha *Propuesta de 2009* se «ha optado por suprimir la enumeración de los requisitos del contrato [*supra* [6] a)], no [se] ha suprimido la regulación de la causa, a la que [se] asigna algunas funciones» y, se preguntaba entonces, «si las mismas [dichas funciones] sólo pueden realizarse, ha-

---

lograr el propósito concretamente perseguido con el negocio? La respuesta habrá de ser distinta según el sistema jurídico seguido sobre el negocio jurídico. Puede entenderse que la relación jurídica quedó fijada en sus términos, de una vez para siempre, al concluirse el negocio y que, por tanto, le será indiferente que por el advenimiento de nuevas circunstancias haya dejado de conseguirse la finalidad práctica propuesta. Por ejemplo, arrendada una mina de oro por veinte años, la devaluación de la moneda (caso de Alemania y Austria después de la primera guerra mundial) hace que la renta quede reducida prácticamente a la nada. Es posible, por el contrario, entender que no se puede romper la conexión con la causa y que, dada la frustración del propósito concreto del negocio, queda abierta la posibilidad de acudir al Juez, para que dé por resuelto el negocio o para que lo adapte equitativamente a las nuevas circunstancias. Todo lo que se ha tratado y discutido en torno a la "cláusula rebus sic stantibus" y al llamado "fundamento del negocio"», […]» [§ 377 (1971; 1985 de la ed. facsimilar) pp. 313-314].

b) Para Morales Moreno y en relación con la *Propuesta de 2023,* «[l]a regulación extensa del error (arts. 1293 y 1294 PM-23), la suspensión del cumplimiento (art. 1180 PM-23), la resolución (arts. 1181-1186 PM-23) y la cláusula *rebus sic stantibus* (art. 1238 PM-23) en la PM-23, tanto de su supuesto como de sus consecuencias jurídicas, hace innecesario fundar estas figuras en la causa subjetiva del contrato y construir sus reglas a partir de ella» [*RDC* (2024) p. 133].

Y también de Morales Moreno: «La causa, en su cuarta función, la de identificar un contenido esencial del contrato que debe realizarse, ha servido para el desarrollo de las figuras del error, la resolución y suspensión del contrato por incumplimiento y la *rebus sic stantibus*. A través de estas figuras, la causa ha justificado la desvinculación o suspensión del cumplimiento del contrato, frente al principio *pacta sunt servanda.* Más en estos casos, lo que es el contenido esencial del contrato no lo determina la causa, sino la voluntad de los contratantes, es decir, el propio contrato celebrado. La causa, en realidad, sirve para identificarlo y designarlo.

Además, el desarrollo de la regulación del error, la resolución, la suspensión del cumplimiento del contrato y la *rebus sic stantibus,* en el moderno derecho de contratos, hace innecesario construir su régimen jurídico [a] partir de la causa (subjetiva) del contrato. La regulación de cada una de ellas tiene su propio supuesto de aplicación (sin necesidad de mencionar la causa). Y las consecuencias, tanto del error como de la *rebus sic stantibus,* no se limitan a la desvinculación contractual, como es propio de la caída de la causa, sino que comprenden otras (indemnización, adaptación del contrato)» (p. 135).

[791] Comisión General De Codificación (Sección Civil; Grupo De Trabajo) (2023) pp. 32-34.

ciendo de la causa un requisito del contrato, utilizando la causa como una figura jurídica imprescindible, o, por el contrario, pueden cumplirse de otro modo, sin la presencia insustituible del concepto de causa» [792]. En el caso de que tales funciones pudieran cumplirse de otro modo, Morales Moreno entendía que «podríamos evitar los problemas que plantea la utilización del concepto de causa en la teoría general del contrato, incrementados por su pluralidad de significados» [793].

Trece años después, en 2024, y en un trabajo titulado «[e]l contrato y sus requisitos en la propuesta de modernización del Código civil de 2023: el objeto y la causa» (que ya he citado en este mío), Morales Moreno recuerda ciertas consideraciones que Lacruz (Berdejo) hizo sobre la causa en 1977, en las que este autor se cuestionaba su necesidad y preguntaba, «cómo es posible que el derecho alemán y el suizo, que no exigen la causa como requisito ge-

---

[792] Morales Moreno (2011) p. 458.

[793] a) Morales Moreno (2011) p. 458. En este trabajo de 2011, Morales Moreno analiza las distintas reglas del artículo 1238 PMCC 2009 sobre la causa, comparando con la regulación de la causa del Código civil (pp. 464-474).

b) Por su parte, Bosch Capdevila considera que puede prescindirse para el derecho español del concepto de causa.

Así, en primer lugar, Bosch Capdevila explica que, «[s]i comparamos el Art. II.-4:101 [DCFR, que transcribo en este [38] a) *supra* [A.2.2] y nota 723 b)] con el que sería su equivalente en el CC español, el art. 1261, observamos [Bosch Capdevila] que mientras éste exige, para que haya contrato, el consentimiento de los contratantes, el objeto del contrato, y la "causa de la obligación que se establezca", el art. II.-4:101 [DCFR] requiere la intención y el acuerdo suficiente. Si estos dos elementos pueden llegar a identificarse con el consentimiento y el objeto del art. 1261 CC, lo que es evidente es que el DCFR prescinde […] del concepto de causa como requisito esencial del contrato. ¿Significa ello una incompatibilidad total entre el DCFR y el Derecho español de contratos? Entendemos [Bosch Capdevila] que no» [«Artículo II.-4:01» (2012) p. 276].

En segundo lugar, Bosch Capdevila analiza «[e]l concepto de causa del contrato en el derecho civil español» (arts. 1274, 1275, 1277 CC; concepciones objetiva y subjetiva de la causa; pp. 276-278).

Y en tercer lugar entiende Bosch Capdevila:

«Hemos intentando poner de manifiesto, en el apartado anterior, que la causa no desempeña una función esencial en el sistema contractual español, sino que los otros elementos esenciales del contrato –consentimiento y objeto–, junto con el deber general de respeto al orden público (art. 1255 CC) pueden suplirla perfectamente. Por ello, no se ocasionaría ningún grave trastorno al sistema si el legislador español prescindiera del concepto de causa como elemento esencial del contrato, en armonía con el Art. II.-4:101 [DCFR] y las citadas normas equivalentes de las propuestas armonizadoras del derecho europeo [que por mi parte he analizado en el cuerpo del texto, en este [38] a) *supra* [A.1], [A.2] y [A.3]].

Sin embargo, la PMCC [la *Propuesta de 2009*] no ha prescindido del concepto de causa. El § VII del Preámbulo [de la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2009*] dice que "aunque se mantiene la idea de que todo contrato debe estar fundado en un causa que sea lícita, no se dota al elemento causal del contrato del rigor que en el Derecho anterior parecía tener" [fragmento este que transcribo *supra* [6] a) [A.2]]. No se define la causa, ni se cita a ésta como uno de los elementos esenciales del contrato (en realidad, no existe una enumeración al estilo de la del vigente art. 1261 CC); sin embargo, la necesidad de causa aparece en el art. 1238.1 PMCC [2009, que transcribo *supra* nota 68 a)], cuando dice "son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral"»] (p. 278).

neral del contrato [794], puedan resolver los problemas que los ordenamientos que la exigen [la causa] han resuelto por medio de ella» [795]. A lo anteriormente dicho y hoy, debo añadir por mi parte que en el derecho de los Países Bajos ya no se exige el requisito de la causa [796], y remitirme además a lo que señalé

---

[794] a) Sin embargo, UGARTE GODOY, que critica la supresión de la causa, hecha en el derecho francés [*supra* nota 783 e)], comenta (advierte) para «[e]l Código Suizo de las obligaciones [que] no contiene un enunciado general sobre los requisitos de los contratos, pero en su artículo 17 [que transcribo en esta nota, siguiente b)], como al pasar, manifiesta la necesidad de una causa en los siguientes términos: "El reconocimiento de una deuda es válido, aun si en él no se enuncia la causa de la obligación"» [(2024) 711, p. 459; este fragmento, que acabo de reproducir, corresponde a los puntos suspensivos del texto más amplio que de UGARTE GODOY reproduzco *infra* nota 797 b)].

b) b.1) Artículo 17 CO 1911: «Será válido el reconocimiento de deuda incluso aunque no exprese la causa de la obligación» [traducción de MATEO VILLA (2022) p. 679].

b.2) Artículo 17 CO 1911: «La reconnaissance d'une dette est valable, même si elle n'énonce pas la cause de l'obligation».

[795] a) En nota 38 de p. 108, MORALES MORENO reproduce el siguiente texto de Lacruz (Berdejo): «Si examinamos las reglas generales del contrato –y, en su caso, las del negocio jurídico– en el Cc alemán o en el suizo, observamos que ni entre los requisitos del contrato ni entre sus elementos se menciona este de la causa. ¿Es que hay dos distintos conceptos de contrato, uno para los Derechos alemán y suizo, como acuerdo de consentimientos sobre un objeto, y otro en los ordenamientos latinos incluyendo esa exigencia adicional de la causa?» [*RDC* (2024)].

Y al fragmento que reproduzco en el cuerpo del texto de Lacruz (Berdejo), le antecede esto otro: «Puede sorprender que la PM-23 haya suprimido la mención de la causa. Pero ¿es realmente necesaria? [pregunta MORALES MORENO] A esta pregunta respondía así Lacruz [apellido, mayúscula en el original], en el año 1977, antes de que se iniciara el proceso de modernización del derecho de contratos:

"En realidad, la invocación de la causa, innecesaria en la gran mayor parte de los casos contemplados por los tribunales o la doctrina españoles o extranjeros, viene a ser, en los demás, un expediente cómodo para confirmar decisiones de equidad y equilibrio de intereses que, a falta del concepto de causa, se hubieran fundado en las reglas generales de la contratación, la naturaleza del contrato en cada caso o la voluntad implícita de los contratantes. Ello es particularmente notorio en la copiosa jurisprudencia española sobre la causa, en la cual las decisiones realmente fundadas sobre los artículos 1261-3.º y 1274 ss. se limitan a resolver supuestos de simulación o de ilicitud"» (pp. 107-108).

b) Por otro lado, en lo que respecta a las funciones de la causa, MORALES MORENO considera que pueden agruparse, a su «modo de ver», en «control del ejercicio de la autonomía de la voluntad (causa intrínseca), fundamento externo del contrato (causa extrínseca), herramienta para la interpretación e integración del contrato; determinación del contenido esencial del contrato (en el desarrollo de la autonomía de la voluntad)» (pp. 111-112; y explica esas funciones en pp. 112-128; tras ello, analiza cómo las funciones de la causa pueden encontrarse en la *Propuesta de 2023* en pp. 128-133).

[796] a) Dato que, por ejemplo, destacan HARTKAMP, y SCHRAMA:

a.1) HARTKAMP explica, que en «[e]l antiguo Código civil [se] estableció que un contrato sin una "causa" es [contrato] inválido», que «[l]a "causa" se entendía en general que significaba: la inferencia del contrato, por la cual las partes desean el contrato», y que «[e]l requisito de la causa había creado gran incertidumbre, si bien había probado ser útil en unos pocos específicos casos, [y] por tanto la disposición [de la causa] no se mantuvo en el nuevo Código», siendo «[s]u función […] cumplida por otras, en parte nuevas disposiciones». En este sentido, «la regla de que un contrato necesitaba causa se sintió especialmente en casos de contratos de promoción de una ya existente relación jurídica entre las partes, que después se probó inexistente» y, «[p]ara estos casos, el [vigente] Código contiene la disposición especial del artículo 6:229, de acuerdo con la cual tales contratos pueden anularse». «En otros casos la solución debe encontrarse aplicando las disposiciones generales como el artículo 3:33 (voluntad y confianza) y 6:74 ss (reglas sobre el incumplimiento) […]».

Por otro lado, informa HARTKAMP, «[e]l antiguo Código estableció además que un contrato con "causa ilícita»" era inválido», definiéndose la causa ilícita «como causa contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público». Pues bien, si bien «[e]l concepto de causa ilícita no ha vuelto al nuevo

para el derecho francés (*supra* nota 783); en cambio, como igualmente señalé, en el vigente derecho belga se ha decidido continuar con la exigencia de causa (*supra* nota 784).

La verdad es que la reflexión y el cuestionamiento acerca de si es, o no, necesaria la causa como requisito de validez para el contrato no es algo, ni nuevo, ni finalizado, dentro del panorama de derecho comparado y para los derechos que expresamente cuentan con ella [797]. El derecho español es uno

---

Código, sin embargo el artículo 3:40 contiene una disposición para todos los actos jurídicos que tiene los mismos efectos que el antiguo artículo sobre causa ilícita». Traducción mía; (2015) p. 93; HARTKAMP analiza el citado artículo 3:40 BW en pp. 94-96.

a.2) Según SCHRAMA, «[e]l viejo Código civil, artículo 1356.4 BW [que transcribo en esta nota siguiente b)], exigía *causa* [esta cursiva del original]» y, «[b]ajo el nuevo Código civil de 1992, el legislador ha expresamente rechazado esta condición […]», siendo «[s]u función […] transferida a otras disposiciones» [«Artículo 2:101» (2002) p. 77].

b) Artículo 1356 CCH: «Cuatro condiciones son esenciales para la validez de los contratos:

1.º Consentimiento de las partes que se obligan;
2.º Capacidad en ellas para contraer la obligación;
3.º Objeto cierto;
4.º Causa lícita» [ROMERO GIRÓN/GARCÍA MORENO (1890) p. 365].

[797] a) Por ejemplo, explica CHRISTANDL: «[…] para que un acuerdo sea vinculante, muchos sistemas jurídicos exigen un requisito más, que es conocido en los sistemas jurídicos influidos por el derecho francés como» «*cause»* (cursiva en el original), «y en los sistemas de» «common law» como «consideration». «Desde una perspectiva funcional, estos requisitos sirven como "indicio de seriedad de la promesa/acuerdo", pero más allá de esto, cada uno de ellos cumple también funciones políticas, permitiendo el control judicial sobre los contratos y sobre las cláusulas contractuales. Su continuada presencia en muchos sistemas jurídicos nacionales ha sido repetidamente criticada, pero desde hace tiempo la estrechez mental se ha evitado con una lúcida reconsideración de estos requisitos. Que un sistema jurídico puede perfectamente operar sin similar "conceptual hipogrifo" es obvio, para aquellos que sean extraños a los derechos alemán, austríaco y suizo, y a los sistemas jurídicos nórdicos. No obstante, el mayor cambio lo constituye el derecho francés, cuando en su más reciente reforma del derecho de obligaciones [la de 2016] abandonó la» *«cause»* (cursiva en el original) «como un requisito más para la formación del contrato con el fin de desplazar el derecho francés más cerca de otros sistemas jurídicos nacionales, al tiempo que retenía las funciones de la» «*cause»* [cursiva en el original; «Artículo 2:101 (1)» (2028) 17, p. 244].

b) Por su parte, UGARTE GODOY, al que ya me he referido *supra* 783 e), acerca de su crítica a la supresión de la causa en el derecho francés, dedica un apartado a «*[l]a causa en otros ordenamientos jurídicos»* (cursiva del original) en donde informa:

«El artículo 1325 del Código Civil italiano expresa:

"Los requisitos del contrato son:"

"1) El acuerdo de las partes";
"2) La causa";
"3) El Objeto";
"4) La forma cuando resulta que está prescrita por la ley bajo pena de nulidad" [*supra* nota 73 transcrito este artículo en italiano].

El artículo 1343 por su parte expresa: "Causa ilícita". "La causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres".

Y el artículo 1344 añade: "Se reputa además ilícita la causa cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa", y el siguiente artículo dice: "El contrato es ilícito cuando las partes se han determinado a celebrarlo exclusivamente por un motivo ilícito común a ambas".

de esos derechos (arts. 1261.3.º 1274 a 1277 CC) y, seguramente, la explicada decisión adoptada en la *Propuesta de 2023* será uno, de los puntos centrales, a debatir y reflexionar entre los autores. Si, ciertamente, las funciones, que ahora cumple la causa, pueden cumplirse de otra manera, entiendo ade-

---

En España, el artículo 1274 del Código Civil dispone: […]. El artículo 1275 dispone, a su vez […].

El Código Civil de Quebec de 1994, en su artículo 1385, inciso segundo, dispone: "Es también de su esencia [del contrato] que haya una causa y un objeto"; y el artículo 1410 define la causa como "la razón que determina a cada una de las partes a celebrarlo"; y el artículo 1411 dice por su parte: "Es nulo el contrato cuya causa está prohibida por las leyes o es contraria al orden público".

[…] [en estos puntos suspensivos el autor alude al Código suizo de las obligaciones de 1911; transcribo su texto, *supra* nota 794 a)].

El Código Civil peruano de 1984, artículo 140, dice:

"El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:"

"1. Agente capaz".
"2. Objeto física y jurídicamente posible".
"3. Fin lícito".
"4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad".

Como puede verse, el Código peruano, con notable acierto, habla de *fin* [cursiva del original], y exige que haya un fin y que éste sea lícito.

Por su parte, el artículo 219 dispone:

"El acto jurídico es nulo…"
"4. Cuando su fin sea ilícito".

El Código Civil Federal de México, artículo 1794, reza así:

"Para la existencia del contrato se requiere":
"I Consentimiento";
II Objeto que pueda ser materia del contrato».

Y el artículo 1795 agrega:

«El contrato puede ser invalidado:»
«I Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas»;
«II Por vicios del consentimiento»;
«III Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito».

Por su parte el artículo 1831, después que el Código ha tratado del objeto ilícito, dispone:

«El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres».

El nuevo Código Civil y Comercial argentino, dando normas sobre los actos jurídico en general, en su artículo 281, dice:

«Artículo 281. Causa»

«La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes».

Y el artículo 1013, relativo específicamente a la causa de los contratos, expresa:

«La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución. La falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato».

Nos parece [Ugarte Godoy] que las breves normas del nuevo Código Civil argentino son del todo ejemplares» [(2024) pp. 458-460].

cuado que se suprima el término causa en la *Propuesta de 2023*, más aún si se tiene en cuenta que, con ello, el Código civil se alinearía con el denominado derecho moderno de la contratación. Por supuesto y evidentemente, lo anterior nos alejaría de otros derechos nacionales que continúan exigiendo el requisito de la causa para el contrato y que nos son, tradicionalmente, más cercanos (derechos italiano y belga), y evidentemente, nos acercaríamos al *soft law* y al CESL. Por otro lado, la supresión del término causa genera el vértigo del profundo cambio terminológico, así como la dificultad de determinar la ubicación de problemas jurídicos ya identificados (ilicitud de la causa, figuras jurídicas justificadas en la causa, distinción causa gratuita/onerosa, etc.), y algunos se preguntarán, ¿es necesario cambiar?[797 bis]

En cuanto a la antes explicada supresión del artículo 1261 CC, sustituyéndose por la norma de que, existe contrato, si las partes tienen intención (voluntad) de vincularse y han alcanzado un acuerdo suficiente que permite la ejecución del contrato (art. 1218.2 PMCC 2023), entiendo que es norma adecuada para facilitar la contratación (completada con otras normas de la *Propuesta de 2023*, como, por ejemplo, los artículos 1226, 1231, 1239 PMCC 2023; y sin perjuicio de que, en algunos supuestos, se requiera además una forma para la validez del contrato, art. 1227.1 PMCC 2023).

b) Centrándome ahora en los vicios del consentimiento contractual, en la antes mentada Sección primera, del Capítulo I, del Título II, del Libro IV de la *Propuesta de 2023* [en este [38], anterior a)] no se halla un precepto como el artículo 1265 CC. Y para conocer cuáles son los vicios del consentimiento contractual ha de acudirse («saltarse») al Capítulo VII titulado «De la nulidad y la anulabilidad de los contratos», del mismo Título II «De los contratos», del Libro IV «De las obligaciones y contratos» de la *Propuesta de 2023* (arts. 1289

[797 bis] a) De interés las consideraciones de Rodríguez-Rosado (2025) pp. 129-138.

b) Por su parte, Cervilla Garzón apunta, que «[e]l debate sobre "causa sí-causa no" ha provocado ríos de tinta en la doctrina, lo que acredita no ser un elemento pacíficamente aceptado, poniendo en duda su utilidad. Que es un tema espinoso y dificultoso es más que evidente; y que ha generado problemas interpretativos también lo es» (p. 71). Esta autora, tras referirse a las explicaciones y opiniones de Rodríguez-Rosado y de Morales Moreno sobre la causa y la *Propuesta de 2023,* afirma: «[l]a reflexión sobre ambas posturas me ha conducido a calificar el paso dado por la PM23 en este punto como digno de alabanza por aporta [*sic;* aportar] flexibilidad al actual régimen jurídico de eficacia contractual del CC encorsetado en un requisito (la causa) que genera trabas y complicaciones innecesarias. Ciertamente, la supresión de un elemento de tradición jurídica obligará a los estudiosos a buscar soluciones a los conflictos que, hasta ese momento, se han venido desarrollando y que la causa, en cualquiera de sus acepciones (más mal que bien), ha solventado. Respetando la postura del profesor Rodríguez Rosado, más conservador, alabo la imaginación del profesor Morales Moreno para buscar soluciones y ofrecer herramientas interpretativas de la PM23 de manera que la eliminación de la causa (excepto en su versión subjetiva) no genere distorsión alguna. Finalmente, no debemos soslayar que este planteamiento acomodaría nuestro CC a las propuestas de *soft law* facilitando la labor interpretativa de nuestros tribunales» [apellidos, mayúsculas en el original; *Cuadernos de Derecho patrimonial,* 2025, pp. 73-74; pero *vid.* 71-74; también p. 82].

a 1309 PMCC 2023). La ausencia de un precepto como el artículo 1265 CC, así como el lugar en donde se regulan los vicios del consentimiento contractual en la *Propuesta de 2023,* son características que estaban ya presentes en la *Propuesta de 2009* [*supra* [6] b)]. Por ahora y en esto, no hay novedad.

En cambio, y en el aspecto estructural, existe la siguiente diferencia entre la *Propuesta de 2009* y la *Propuesta de 2023*. Mientras en la *Propuesta de 2023*, su Capítulo VII, dedicado a la nulidad y anulabilidad de los contratos, se divide en cinco secciones, el paralelo Capítulo IX de la *Propuesta de 2009,* que trata de la nulidad y anulación del contrato, carece de división interna [*supra* [6] b)]. En cuanto a las secciones de ese Capítulo VII de la *Propuesta de 2023* son: Sección primera «La nulidad de los contratos» (arts. 1289 a 1291 PMCC 2023), Sección segunda «La anulabilidad de los contratos» (arts. 1292 a 1301 PMCC 2023), Sección tercera «La restitución» (art. 1302 PMCC 2023, *supra* nota 782), Sección cuarta «La indemnización» (arts. 1301 a 1306 PMCC 2023) y Sección quinta «Pactos de exclusión y limitación. Concurrencia de remedios» (arts. 1307 a 1309 PMCC 2023). En la aludida Sección segunda es dónde se regulan las causas de anulación por vicios del consentimiento contractual, junto a otros extremos [798]. Considero correcto que, a nivel legal, se diferencie con claridad entre nulidad y anulación contractual. En cuanto a la división interna del Capítulo VII de la *Propuesta de 2023,* más adelante propongo otra posible, en mi opinión, más adecuada.

Señalado lo anterior, en la *Propuesta de 2023,* se regulan los siguientes vicios, error (art. 1293 PMCC 2023 [799]), violencia e intimidación (art. 1295 PMCC 2023), dolo [art. 1296 PMCC 2023, que transcribo *infra* nota 803 para el apartado 1, y nota 810 para el apartado 2)] y ventaja injusta [art. 1297 PMCC 2023, que transcribo *infra* [48] a)]. Son los mismos vicios del consentimiento

---

[798] a) Además de los vicios del consentimiento, en esta Sección segunda de la *Propuesta de 2023* se regula:

a.1) La anulabilidad de los «[c]ontratos celebrados por menores de edad o personas con discapacidad» (art. 1292 PMCC 2023, que transcribo *infra* nota 937).

a.2) El ejercicio de la anulación (arts. 1299 y 1300 PMCC 2023).

a.3) La confirmación (art. 1300 PMCC 2023).

b) Y para la *Propuesta de 2009*, *supra*, nota 83.

c) Por otro lado y como ejemplo de derecho comparado, en cuanto a estructura, en el Código civil italiano de 1942, dentro del Título II «De los contratos en general», del Libro IV «De las obligaciones», su Capítuo XII se titula «De la anulabilidad del contrato» y se compone de las tres siguientes secciones: Sección I «De la incapacidad», Sección II «De los vicios del consentimiento», y Sección III «De la acción de anulación». El inmediatamente anterior Capítulo XI se titula y trata «De la nulidad del contrato».

[799] Advierto que en la *Propuesta de 2023,* por un lado, se regula el «[e]rror» (art. 1293), y por otro, el «[e]rror en la declaración de voluntad» (art. 1294); *infra* nota 840 b.2) y b.3), transcribo respectivamente ambos artículos.

dispuestos en la *Propuesta de 2009*, pero, hay diferencias en sus respectivas y concretas regulaciones.

[A] *La base decimoquinta de la Propuesta de Ley de Bases que acompaña a la Propuesta de 2023*

Ordena:

«Se recogerán, aclararán y sistematizarán las normas sobre nulidad y anulación de los contratos. Se ordenarán los casos de nulidad de pleno derecho y aquellos otros en los que proceda la anulabilidad, incluyendo en estos los vicios del consentimiento tradicionales, error, violencia, intimidación y dolo, a los que se añadirá la ventaja injusta. Se incluirán las reglas de plazo y cómputo de la facultad de anulación y la posibilidad de su ejercicio extrajudicial. Se establecerán las reglas sobre la restitución de prestaciones que pueda derivarse de la declaración de nulidad o de la anulación del contrato. Se incluirán reglas sobre la indemnización de daños, tanto en caso de error imputable, se anule o no el contrato, como en los supuestos de dolo, causal o incidental, violencia, intimidación y ventaja injusta. También se incluirán reglas sobre los pactos de exclusión, limitación o concurrencia de los remedios anulatorio e indemnizatorio» [800].

[B] *Las mejoras y novedades de la Propuesta de 2023 en la anulación del contrato según su Exposición de motivos*

Se explica al respecto:

«El Capítulo VII contiene las disposiciones sobre la nulidad y la anulabilidad de los contratos. Este capítulo contiene importantes mejoras respecto a la regulación de esta materia en el Código Civil y algunas novedades con relación a la PM 2009.

[…] [801].

---

[800] Comisión General De Codificación (Sección Civil; Grupo De Trabajo) (2023) p. 148.

[801] a) En esos puntos suspensivos del cuerpo del texto de la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023* se informa sobre la regulación de la nulidad de pleno derecho:

«Ofrece, en primer lugar, en la Sección Primera [del Capítulo VII, del Título II, del Libro IV], la disciplina de la nulidad de los contratos, que omitía el Código Civil de 1889. Esta regulación contiene: las causas de nulidad, la legitimación para pedir su declaración, la nulidad del contrato simulado, los requisitos para que se produzca la convalidación y la conversión del contrato nulo. Asimismo, se sustituye la regla tradicional en materia de imposibilidad originaria (*Imposibilium nulla obligatio est*) por otra, según la cual, la imposibilidad originaria no afecta por sí sola a la validez del contrato. Admite, además, la nulidad parcial, no tenida en cuenta por el Código civil de 1889, y establece cuándo esta puede provocar la nulidad total del contrato» [Comisión General De Codificación (Sección Civil; Grupo De Trabajo) (2023) pp. 41-42].

b) Para las causas de nulidad de pleno derecho del contrato en la *Propuesta de 2023* (art. 1289) y en la *Propuesta de 2009* (art. 1296), *supra* nota 777.

c) c.1) En el fragmento de la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023* que transcribo en esta nota, anterior a), se hace referencia al artículo 1290 PMCC 2023, que dispone: «Imposibilidad inicial. Falta de facultad de disposición

> La regulación de la anulabilidad en la PMR tiene, como punto de partida necesario, la PM 2009, que introdujo cambios importantes con respecto al Código de 1889; entre otros, la determinación más precisa del supuesto de error vicio del consentimiento y la tipificación de la ventaja injusta. Respetando las aportaciones de la PM 2009, la PMR ha tratado de completarlas, teniendo en cuenta las orientaciones más recientes de la jurisprudencia. La PM 2009 preveía la indemnización por dolo (dolo incidental), pero no por error imputable al otro contratante; la PMR la prevé en los siguientes supuestos: por transmisión de información incorrecta o por incumplimiento de los deberes de información impuestos por la buena fe o la ley. Junto a la indemnización en caso de error imputable (dé o no lugar a la anulación del contrato), la PMR también la prevé en caso de dolo, violencia e intimidación y ventaja injusta. Y, al regular el daño indemnizable, tiene en cuenta si el legitimado ha anulado o no el contrato.
>
> […]» [802].

c) Por último, en la *Propuesta de 2023,* al igual que en la *Propuesta de 2009* [*supra* [6] c)], no se emplea la expresión vicios del consentimiento (o de la voluntad) contractual. En contraste con esto, en la base decimoquinta de

---

No afectará a la validez del contrato el mero hecho de que, en el momento de su celebración, no sea posible el cumplimiento de la prestación de alguna de las partes, o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes a los que el contrato se refiere».

c.2) Sobre el objeto del contrato en la *Propuesta de 2023,* Morales Moreno explica: «La PM-23, también a diferencia del CC en su regulación general del contrato [art. 1271 CC], no circunscribe el objeto de este a las cosas y a los servicios. Deja abierta la posibilidad de otros contenidos que puedan ser pactados, como sucede en una transacción, en un convenio arbitral o en un contrato de colaboración, por poner algún ejemplo.

Y en cuanto a los requisitos que el Código civil establece para el objeto del contrato [arts. 1271 a 1273 CC], licitud, posibilidad y determinación, la PM-23 no ha considerado necesarios enumerarlos. La licitud del objeto (contenido del contrato) no es una exigencia especial propia de este. Es la exigencia general de que el contrato no contravenga las normas imperativas o prohibitivas (art. 6 CC, 1219.2 PM-23). La exigencia de *posibilidad* del objeto contradice una regla del moderno derecho de contratos según la cual la imposibilidad inicial no determina la nulidad el [*sic;* del] contrato. Y la de *determinación* del objeto queda embebida en la exigencia de que el acuerdo alcanzado por las partes permita la ejecución. Un acuerdo insuficientemente determinado no la permite» [cursiva del original; *RDC* (2024) p. 133; *vid.* además pp. 103-106].

Situándose en otro plano, Vaquer Aloy considera: «puesto que, conforme tanto a la Exposición de Motivos de las PMCC de 2009 [art. 1303] y 2023 [art. 1290] como a los precedentes en el *soft law* europeo, la imposibilidad originaria de la prestación debe tratarse regularmente como un supuesto de incumplimiento, debe reflexionarse si la ubicación sistemática es la más oportuna. El artículo, con su "no" inicial –"No afectará la validez"–, pone el énfasis en lo que no es, pero –salvo lo que se dice en la Exposición Motivos– no aclara lo que sí es, un supuesto de incumplimiento. Una ubicación alternativa sería la sección 1.ª del Capítulo VI con las normas generales sobre incumplimiento obligacional, que permitiría una redacción en positivo del precepto, en la medida en que la transición de modelo ya ha sido ampliamente aceptada y justificada por el *soft law* y parte de nuestra doctrina» [(2025) pp. 189-190].

c.3) En la *Propuesta de 2009*¸ el artículo equivalente a dicho artículo 1290 PMCC 2023 es el artículo 1303 PMCC 2009 (para este último, *supra*, nota 67).

[802] Comisión General De Codificación (Sección Civil; Grupo De Trabajo) (2023) pp. 41-42.

En los puntos suspensivos del cuerpo del texto, en la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023* se hace referencia a la Sección tercera del Capítulo VII, del Título II, del Libro IV de la *Propuesta de 2023*, en donde se regula la restitución derivada del contrato nulo y del anulable; *supra* nota 782, transcribo el texto correspondiente.

la *Propuesta de Ley de Bases que acompaña a la Propuesta de 2023* (y transcribo en este [38], anterior b) [A]) sí se utiliza vicios del consentimiento. Recuerdo, que en esa base decimoquinta se dice que «[s]e ordenarán […] aquellos otros [casos] en los que proceda la anulabilidad, incluyendo en estos los vicios del consentimiento tradicionales, error, violencia, intimidación y dolo, a los que se añadirá la ventaja injusta». Lo anterior puede considerarse un expreso pronunciamiento sobre la naturaleza jurídica de la ventaja injusta: es un vicio del consentimiento contractual.

Por otro lado, *supra* [6] c), y para la *Propuesta de 2009,* teniendo presente el conjunto de intereses implicados (vicio del consentimiento, confianza del otro contratante, seguridad del tráfico jurídico), reflexioné y finalmente señalé que el término causa/causas de anulación es más preciso. Entiendo, que esto mismo también es aplicable a la *Propuesta de 2023.* Y lo anterior, sin perjuicio de que pueda seguir hablándose de vicios del consentimiento (o de la voluntad) contractual.

3. EL DOLO

[39] Primero, presento los artículos de la *Propuesta de 2023* que para el dolo me interesan (siguiente apartado 3.1.), tras lo cual (segundo) me ocupo de su análisis, agrupando los artículos en función de que regulen el supuesto de hecho del dolo (siguiente apartado 3.2), sus efectos (siguiente apartado 3.3), o la cuestión de su concurrencia con los remedios del incumplimiento (siguiente 3.4).

3.1 **La presentación de los artículos 1296, 1298, 1305, 1306, 1307, 1308 y 1309 PMCC 2023**

[40] Todos ellos se encuentran en el Capítulo VII «De la nulidad y la anulabilidad de los contratos», del Título II «De los contratos», del Libro IV «De las obligaciones y contratos» de la *Propuesta de 2023.* Recuerdo, que dicho Capítulo VII se compone de cinco secciones [que indico *supra* [38] b)].

Sobre la general y básica presentación de los artículos:

a) El artículo 1296 PMCC 2023 (que transcribo *infra* nota 803 para su apartado 1, y nota 810 para su apartado 2) se localiza en la Sección segunda («La anulabilidad de los contratos») y se compone de dos apartados.

Con algunas diferencias de redacción, el apartado 1 del artículo 1296 PMCC 2023, en el que se define el dolo y se exige que proceda del otro contratante, se corresponde con el apartado 1 del artículo 1300 PMCC 2009 (que transcribo *supra* nota 93).

Por su parte, el apartado 2 del artículo 1296 PMCC 2023 se refiere, aunque no lo denomine, al dolo causal, dolo que permite la anulación contractual, y para esto se requiere el cumplimiento de determinados requisitos. Este apartado 2 del artículo 1296 PMCC 2023 se corresponde, con alguna diferencia de dicción, con el apartado 2 del artículo 1300 PMCC 2009 (que transcribo *supra* nota 93).

b) El artículo 1298.2 PMCC 2023 (que transcribo *infra* nota 809) también se encuentra en la antes citada Sección segunda («La anulabilidad de los contratos»).

Se ocupa de los supuestos, en que el contrato puede anularse, habiendo dolo de tercero. Su equivalente es el artículo 1302 PMCC 2009 (que transcribo *supra* [27]). En el artículo 1298.2 PMCC 2023 se viene a disponer la misma regla que en el referido artículo 1302 PMCC 2009.

c) El artículo 1300 PMCC 2009 (que transcribo *supra* nota 93) cuenta con un apartado 3, que trata del dolo incidental, para el que se dispone, recuerdo, que «solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios». El equivalente a este apartado 3 del artículo 1300 PMCC 2009 es el apartado 1 del artículo 1305 PMCC 2023 (que transcribo *infra* nota 839) en el que se incluye, además y expresamente, al dolo causal (esto es, el dolo incidental y el causal obligan a indemnizar daños).

Lo dispuesto en el artículo 1305 PMCC 2023 [que transcribo *infra* notas 839 para su apartado 1, y nota 840 a) para su apartado 2] se completa con lo ordenado en el siguiente artículo 1306 PMCC 2023. En este artículo 1306, apartados 1 y 2, PMCC 2023 (que transcribo *infra* nota 844 para el apartado 1, y nota 845 para el apartado 2) se regulan los daños indemnizables para cuando el contrato se anula y para cuando se mantiene, respectivamente. En cuanto al artículo 1306.3 PMCC 2023 (que transcribo *infra* nota 886), se ocupa del plazo, naturaleza e inicio del cómputo, de las anteriores «acciones» indemnizatorias.

Finalmente, tanto el artículo 1305 PMCC 2023 como el artículo 1306 PMCC 2023 se sitúan en la Sección cuarta («La indemnización») y su ámbito de aplicación no se limita al dolo (pues, abarca a otros vicios del consentimiento). Advierto de paso y además, que en la *Propuesta de 2023* se emplean los términos daño/daños, que sustituyen a los «daños y perjuicios» de la *Propuesta de 2009* y del Código civil, algo que considero acertado.

d) El artículo 1307 PMCC 2023 (que transcribo *infra* nota 894) se encuentra en la Sección quinta («Pactos de exclusión y de limitación. Concurrencia de remedios»).

En relación con el dolo, el artículo 1307.1 PMCC 2023 no permite ni la exclusión, ni la limitación, de sus remedios aplicables (y lo mismo, para la violencia, la intimidación y la ventaja injusta).

e) El artículo 1308 PMCC 2023 [que transcribo *infra* nota 841 a)] también se ubica en la Sección quinta («Pactos de exclusión y de limitación. Concurrencia de remedios»).

En este artículo 1308 PMCC 2023 se dispone cómo se articulan entre sí los remedios de la anulación del contrato y de la indemnización de daños (ejercicio de ambos, ejercicio solo de uno) en relación con el dolo (y también, para las otros vicios del consentimiento). Este artículo 1308 PMCC 2023 no cuenta con uno equivalente en la *Propuesta de 2009.*

f) Finalmente el artículo 1309 PMCC 2023 (que transcribo *infra* nota 923) se localiza igualmente en la Sección quinta («Pactos de exclusión y de limitación. Concurrencia de remedios»).

Este artículo 1309 PMCC 2023 se ocupa, sin limitarse al dolo, de la concurrencia de los remedios anulatorios e indemnizatorio, con los remedios fundados en el incumplimiento del contrato, admitiendo la posibilidad de su elección. Los remedios fundados en el incumplimiento del contrato se regulan en los artículos 1171 a 1198 PMCC 2023, dentro del Capítulo VI «El incumplimiento», del Título I «De las obligaciones», del Libro IV «De las obligaciones y contratos» de la *Propuesta de 2023*.

3.2 **El artículo 1296 PMCC 2023: cuándo existe dolo; el dolo causal (sus requisitos y el efecto de la anulación). El artículo 1243 PMCC 2023: el incumplimiento del deber precontractual de informar. El artículo 1298 PMCC 2023: el dolo de tercero**

[41] Como *supra* [40] a) adelanté, las normas sobre el dolo del artículo 1296.1 PMCC 2023 [803] se corresponden con las del artículo 1300.1 PMCC 2009 (que transcribo *supra* nota 93). Teniendo esto presente, lo que

[803] Artículo 1296 PMCC 2023: «Dolo

1. Hay dolo cuando una parte contratante induce de modo intencionado a la otra a prestar su consentimiento con palabras o maquinaciones o mediante la ocultación de alguna información que, teniendo en cuenta las circunstancias y conforma a la ley o a la buena fe, debería haberle comunicado.

2. […] [lo transcribo *infra* nota 810]».

supra [10]-[19], [21]-[22] y [24] expliqué para el dolo del artículo 1300.1 PMCC 2009, comparando con el Código civil, lo entiendo aplicable al artículo 1296.1 PMCC 2023. Por consiguiente, remito a lo ya dicho, con las dos siguientes salvedades, una sustantiva, otra estrictamente estructural.

a) Comenzando con la salvadad sustantiva, el artículo 1243 PMCC 2023 se ocupa del «[i]ncumplimiento del deber precontractual de información» (esta es su leyenda), y se ubica en la Sección primera «Deberes precontractuales», del Capítulo II «La formación del contrato», del Título II «De los contratos», del Libro IV «De las obligaciones y contratos» de la *Propuesta de 2023.*

En ese artículo 1243 PMCC 2023 se dispone con carácter general (no se limita pues al dolo) que, si una parte no transmitió la información requerida por la ley o la buena fe, o transmitió información incorrecta en que la otra parte podía confiar, la parte perjudicada podrá anular el contrato y exigir indemnización de daños y, para estos dos efectos, anulación e indemnización, el artículo 1243 PMCC 2023 se remite a lo ordenado por las Secciones segunda y cuarta del Capítulo VII, del Título II, del Libro IV de la *Propuesta de 2023* [804]. Como adelanté *supra* [38] b), dicha Sección segunda se ocupa de «La anulabilidad de los con-

---

[804] a) a.1) Artículo 1243 PMCC 2023: «Incumplimiento del deber precontractual de informar

Si una parte no transmite a la otra información precontractual exigida por la ley o la buena fe o le transmite una información incorrecta en la que la otra parte pueda confiar, la parte perjudicada tiene derecho a anular el contrato y a exigir indemnización de daños, según lo previsto en las Secciones Segunda y Cuarta del Capítulo VII de este título».

a.2) Para la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, *supra* nota 122 a), y para la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, *supra* nota 122 b).

b) b.1) Por otro lado, la confianza, mencionada en el transcrito artículo 1243 PMCC 2023 en la anterior a) de esta nota, es concepto que, en diversas ocasiones, aparece en la *Propuesta de 2023*; por ejemplo, en el artículo 1225 PMCC 2023.

Artículo 1225 PMCC 2023: «Vinculación por la confianza

1. Las manifestaciones anteriores a la celebración de un contrato, hechas por una parte contratante, la vinculan si, conforme a la buena fe, han provocado en la otra parte una justificada confianza acerca de ellas.

2. Lo previsto en el apartado anterior se aplicará a las declaraciones efectuadas por un profesional a través de la publicidad u otras manifestaciones públicas.

3. En las relaciones entre empresarios y consumidores o usuarios, se estará a lo dispuesto en la legislación especial».

Si bien no se disponen exactamente las mismas normas, puede considerarse que el equivalente a este artículo 1225 PMCC 2023 es el artículo 1276 PMCC 2009.

b.2) El referido artículo 1225 PMCC 2023 se encuentra en la Sección primera «El contrato», del Capítulo I «Disposiciones generales», del Título I «De los contratos», del Libro IV «De las obligaciones y contratos» de la *Propuesta de 2023.*

En la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023* tan solo se indica, al respecto: «[a]simismo, se recogen, en las disposiciones generales [del contrato], reglas sobre la vinculación contractual por la confianza, basada en las exigencias del principio de buena fe».

tratos», y la otra Sección cuarta, «De la indemnización», siendo la leyenda del citado Capítulo VII «La nulidad y la anulabilidad de los contratos».

La norma general y específica sobre el incumplimiento del deber precontractual de información del artículo 1243 PMCC 2023 es novedad, comparando con el Código civil que carece de ella (*supra* [14]-[15]). Asimismo es novedad, si comparo con la *Propuesta de 2009*. Recuerdo que en esta *Propuesta de 2009* no existe una norma general y específica para el incumplimiento del deber precontractual de información, aunque se la ha construido con apoyo, por un lado, en la exigencia de que las partes han de actuar de buena fe en la negociación de los contratos (art. 1245.2 PMCC 2009, que transcribo *supra* nota 117 [805]) y, por otro, en que su incumplimiento desencadena la obligación de indemnizar daños y perjuicios (art. 1245.5 primera regla PMCC 2009, que transcribo *supra* nota 120 a)] (*vid. supra* [14], y además [15]). Comparando con la *Propuesta de 2009* (también con el Código civil), lo dispuesto en el artículo 1243 PMCC 2023 es, en mi opinión, una mejora normativa.

Más allá de lo anterior, en la propia Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023* se advierte, que en la *Propuesta de 2009* se «corrigió, en buena medida esta carencia [de regulación, en el Código civil, de las relaciones precontractuales], al incluir una regulación de las negociaciones [en el art. 1245 PMCC 2009]», y que, en la *Propuesta de 2023* «[se] ha optado por regular, en artículos separados, cada uno de los supuestos de incumplimiento de los deberes precontractuales (de lealtad en el desarrollo de los tratos [art. 1241 PMCC 2023 [806]], de confi-

---

[805] a) La norma del artículo 1245.2 PMCC 2009 también se encuentra en la *Propuesta de 2023,* concretamente en el artículo 1220 PMCC 2023. Ahora bien, en este último artículo, se amplia su campo de actuación, dado que se ordena que la buena fe opera en las distintas fases del contrato (negociación, celebración, y ejecución).

Artículo 1220 PMCC 2023: «Buena fe

Los contratos deben ser negociados, celebrados y ejecutados de conformidad con las exigencias de la buena fe».

b) Lo que se ha hecho, con la norma del artículo 1245.2 PMCC 2009, es cambiar su ubicación dentro de la estructura de la *Propuesta de 2023.*

El artículo 1245.2 PMCC 2009, recuerdo, se sitúa en un Capítulo II que se ocupa «De la formación del contrato» (para más datos sobre esta concreta ubicación, *supra* nota 115). En cambio, en la *Propuesta de 2023*, el artículo 1220 no se localiza dentro del Capítulo II «De la formación del contrato», sino en el Capítulo I «Disposiciones generales», del Titulo II «De los contratos», del Libro IV «De las obligaciones y contratos» de la *Propuesta de 2023.*

[806] a) Artículo 1241 PMCC 2023: «Ruptura de las negociaciones

1. Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la celebración de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento. [Cfr. art. 1245.1 PMCC 2009, que transcribo *supra* nota 116].

2. La parte que no hubiera actuado conforme a las exigencias de la buena fe durante las negociaciones deberá indemnizar el daño causado a la otra.

dencialidad [art. 1242 PMCC 2023 [807]] y de información [art. 1243 PMCC 2009, que transcribo *supra* nota 804 a)]». Al igual que antes, considero, a esto otro, una adecuada mejora normativa de la *Propuesta de 2023*.

> [A] *La base décima de la Propuesta de Ley de Bases que acompaña a la Propuesta de 2023*
>
> Ordena:
>
> «Se introducirán reglas en materia de negociaciones dirigidas a la celebración de un contrato y de responsabilidad precontractual por incumplimiento de los deberes derivados de la buena fe en la fase precontractual. […]».
>
> [B] *Las explicaciones sobre los deberes precontractuales y su regulación en artículos separados, según la Exposición de motivos de la Propuesta de 2023*
>
> En concreto:
>
> «El Capítulo II [del Título II, del Libro IV de la *Propuesta de 2023*] se ocupa de la formación del contrato. Consta de cuatro secciones dedicadas a los deberes precontractuales, la oferta y la aceptación, a otros procedimientos de formación del contrato y a los acuerdos y contratos preparatorios de otros contratos.
>
> Los códigos civiles del siglo XIX, entre los que se encuentra el español, apenas regularon las relaciones precontractuales, a excepción de la consideración de las mismas en la disciplina de los vicios del consentimiento. Esta carencia fue progresivamente corregida en el Derecho comparado mediante la doctrina de la *culpa in contrahendo*, fundamento de una responsabilidad precontractual cuya naturaleza jurídica no ha dejado de estar sometida a discusión. La PM 2009 co-

---

Se considerará contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo. [Cfr. art. 1245, 2 y 4, PMCC 2009, que transcribo *supra* notas 117 a) y 119 a) respectivamente, y *vid.* las consideraciones de García Rubio, *supra* nota 119 b)].

3. La indemnización consistirá en colocar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera aceptado las negociaciones. [Cfr. art. 1245.5 PMCC 2009 que transcribo *supra* nota 1120 a), y *vid.* las consideraciones de García Rubio, *supra* nota 120 a.2) y a.3)]».

b) Para la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, *supra* nota 122 a), y para la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, *supra* notas 116 b) y 119 c).

[807] a) Artículo 1242 PMCC 2023: «Ruptura de la confidencialidad

1. Revelar o utilizar la información que, con carácter confidencial, una de las partes hubiera facilitado a la otra en el curso de las negociaciones permite a la parte que facilitó la información ejercitar los remedios pactados o, en defecto de pacto, los previstos en el apartado siguiente.

2. La parte perjudicada podrá exigir a la otra la indemnización del daño causado por el uso indebido de la información y la restitución del beneficio obtenido de modo injustificado».

b) Cfr. con el artículo 1245.3 PMCC 2009 que transcribo *supra* nota 118 a), y *vid.* las consideraciones de García Rubio, *supra* nota 118 a.2) y a.3).

c) Para la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, *supra* nota 122 a), y para la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, *supra* nota 118 c).

> rrigió, en buena medida, esta carencia, al incluir una regulación de las negociaciones. Con posterioridad, el Tribunal Supremo ha desarrollado una copiosa jurisprudencia, relacionada con el incumplimiento de deberes precontractuales de información en la comercialización de productos financieros, que pone de manifiesto la necesidad de añadir al remedio de la anulación del contrato por error, el de la indemnización del daño causado cuando el error sea imputable al otro contratante por incumplimiento de sus deberes de información.
>
> La PMR ha optado por regular, en artículos separados, cada uno de los supuestos de incumplimiento de los deberes precontractuales (de lealtad en el desarrollo de los tratos, de confidencialidad y de información) y ha diversificado su tratamiento jurídico según las características de cada uno de ellos, de acuerdo con las directrices de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En relación con los deberes precontractuales de información, ha tenido muy en cuenta que, en el momento actual, no solo los establece la buena fe, sino en buena medida la propia ley.
>
> […]» [808].

b) La otra salvedad, que quería hacer, se refiere a la anulación del contrato por causa del dolo de tercero. Como adelanté, es salvedad estrictamente estructural. Es decir, en la *Propuesta de 2023* no hay novedad en cuanto al contenido de las normas para el dolo del otro contratante (cfr. art. 1296.1 PMCC 2023 que transcribo *supra* nota 803, y art. 1300.1 PMCC 2009, que transcribo *supra* nota 93), ni para el dolo de tercero imputable al otro contratante (cfr. art. 1298 PMCC 2023 [809], y art. 1302 PMCC 2009 que transcribo *supra* [27]).

El concreto cambio estructural consiste en que, mientras en la *Propuesta de 2009,* su artículo 1302 solo se refiere al error, al dolo y a la ventaja excesiva, y su artículo 1299.5 solo a la violencia y a la intimidación de tercero (los transcribo *supra* [27]), en la *Propuesta de 2023*, en un único artículo, el 1298 PMCC 2023, se agrupa a todos los vicios del consentimiento, cuando estos son causados por un tercero. En suma y simplemente, la norma de que la violencia y la intimidación permiten la anulación contractual, incluso si son empleadas por un tercero, del artículo 1299.5 PMCC 2009 (que transcribo *supra* [27]), se traslada al apartado 1 del artículo 1298 PMCC 2023 (que transcribo en nota 809). Y lo dispuesto para el error, el dolo y la ventaja excesiva en el ar-

---

[808] Comisión General De Codificación (Sección Civil; Grupo De Trabajo) (2023) pp. 36-37.

[809] Artículo 1298 PMCC 2023: «Anulación por causa de tercero

1. La violencia o intimidación permiten la anulación del contrato, aunque se hubiesen empleado por un tercero.

2. También puede anular el contrato la parte contratante que hubiera sufrido el error, el dolo o la desventaja injusta de cuyos actos responda o tenga conocimiento la otra parte».

tículo 1302 PMCC 2009 (que transcribo *supra* [27]), ahora se localiza en el apartado 2 del artículo 1298 PMCC 2023 (que transcribo en nota 809).

Comparando con la *Propuesta de 2009,* ese agrupamiento en un único artículo, de la *Propuesta de* 2023, por razón de la temática regulada (vicios del consentimiento y terceros), me parece correcto.

[42] Trasladándome a las normas del artículo 1296.2 PMCC 2023 (dolo causal) [810], que como adelanté *supra* [40] a), se corresponden con las del artículo 1300.2 PMCC 2009 (que transcribo *supra* nota 93), considero que lo que *supra* [28]-[35] expuse para dicho artículo 1300.2 PMCC 2009, comparando con el Código civil, es aplicable al artículo 1296.2 PMCC 2023. Por consiguiente, me remito a ello, con, ahora, la siguiente salvedad sustantiva.

En el artículo 1296.2 PMCC 2023 se dispone un «solo» que no aparecía en el artículo 1300.2 PMCC 2009. En concreto, en virtud de dicho artículo 1296.2 PMCC 2023, el contratante que sufrió dolo, «solo podrá anular el contrato cuando este fuere grave y no hubiera sido empleado por ambos contratantes». Para mí, es claro que ese «solo» va referido al efecto de la anulación contractual, efecto para el que se requiere que el dolo haya sido grave y no recíproco, además de que hayan de cumplirse los requisitos del artículo 1296.1 PMCC 2023. Dicho de otro modo, el dolo causal (art. 1296.2 PMCC 2023) permite la anulación del contrato, mientras que no lo permite el dolo incidental. El dolo incidental, a lo que obliga, es a indemnizar daños [art. 1305.1 PMCC 2023, que transcribo *infra* nota 839, y analizo *infra* [44] a)].

Entre nosotros y para el Código civil, Morales Moreno defiende, que en la indemnización de daños y perjuicios del dolo incidental (art. 1270. II CC) puede incluirse la posibilidad de la desvinculación contractual *inter partes* [*supra* nota 686 a)]. García Rubio, Gómez Calle, y Pantaleón Prieto no admiten esa interpretación del artículo 1270. II CC [*supra* nota 686 a)]. Teniendo en cuenta esto, considero que la inclusión de ese «solo» en el artículo 1296.2 PMCC 2023 permite defender, que en la *Propuesta de 2023* no es admisible, vía dolo incidental, la posibilidad de la desvinculación del contrato *inter partes.* Entiendo que tal norma es una decisión de política legislativa (por lo que es opinable, si ha, o no, de acogerse).

Esta norma del artículo 1296.2 PMCC 2023 es otra novedad, comparando con la *Propuesta de 2009* (pues en el art. 1300.2 PMCC 2009, que

[810] Artículo 1296 PMCC 2023: «Dolo
1. […] [lo transcribo *supra* nota 803].
2. La parte contratante que hubiera sufrido el dolo solo podrá anular el contrato cuando este fuese grave y no hubiera sido empleado por las dos partes contratantes».

transcribo *supra* nota 93, no aparece ese «solo»). Además, es norma que me parece adecuada.

3.3 Los artículos 1305, 1306 y 1308 PMCC 2023: la anulación del contrato y la indemnización de daños. El artículo 1307 PMCC 2023: la exclusión o limitación de los remedios por vicios del consentimiento

[43] En el Código civil:

a) El dolo causal permite la anulación del contrato (arts. 1265, 1269 y 1270. I CC; *supra* [29]). En cambio, en el Código civil no se indica expresamente que el dolo causal permita, al contratante que lo padeció, exigir indemnización de daños y perjuicios. En cuanto al dolo incidental, la posibilidad de exigir indemnización de daños y perjuicios se dispone directamente en el artículo 1270. II CC.

Siendo lo anterior así, resulta lógico que en la regulación específica del Código civil sobre el dolo causal no se indique, expresamente, cómo pueden articularse, entre sí, los remedios de la anulación contractual e indemnización de daños y perjuicios. Esto es, si el contratante que padeció el dolo causal solo dispone de la posibilidad de anular el contrato, o puede optar por exigir solo indemnización de daños y perjuicios, o puede optar por anular el contrato y exigir indemnización daños y perjuicios (acumulación). Frente a la ausencia de regulación del Código civil, entre los autores se admite, que la víctima del dolo causal cuenta con las tres anteriores posibilidades [811], aunque se aportan distintas argumentaciones. Al respecto, se ha señalado la aplicación analógica del artículo 1124. II CC sobre el incumplimiento de las obligaciones recíprocas y para la interrelación entre los remedios de la resolución contractual e indemnización de daños y perjuicios (De Cossío y Corral) [812]. O, que el dato de que la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1270. II CC se refiera al dolo incidental no impide (no excluye) poder entender que, para el dolo causal, igualmente, pueda exigirse indemnización de daños y perjuicios (De Cossío y Corral, Alonso Pérez, Morales Moreno, Gómez Calle; Fuenteseca para el dolo unilateral) [813].

---

[811] Fenoy Picón (2023) [118]-[119] pp. 541-543.

[812] Fenoy Picón (2023) [119] a) pp. 543-545; y para más razones que De Cossío y Corral ofrece, nota 973 de p. 544.

[813] Fenoy Picón (2023) [119] b) pp. 545-546.

De Verda y Beamonte critica el argumento de apoyo en el artículo 1270. II CC, pues, a su entender, la función de dicho artículo es «*la de excluir la relevancia invalidante*» del dolo incidental, frente al dolo

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite que la víctima del dolo causal dispone de las tres señaladas posibilidades de actuación [814].

b) Admitido que el dolo causal permite exigir indemnización de daños y perjuicios, ante la ausencia de regulación expresa y específica en el Código civil [anterior a) de este [43]], surge la cuestión de cuál es su naturaleza jurídica, se anule, o no se anule, el contrato. Algunos la consideran extracontractual (De Cossío y Corral, De Verda y Beamonte, García Vicente, Asúa González) [815]. Otros, contractual (Morales Moreno, Gómez Calle, Llobet I Aguado, Fuenteseca [816]; y en 2024, igualmente lo entiende así Esplugues García [817]).

El acogimiento de una u otra naturaleza jurídica tiene evidentes consecuencias prácticas, en la aplicación de algunas normas. En este sentido destaca lo relacionado con el plazo de ejercicio. Si la indemnización de daños y perjui-

---

vicio del consentimiento, y fundamenta la responsabilidad precontractual en el artículo 1902 CC [cursiva del original; [119] b) [A] pp. 546-547].

[814] En este punto es indispensable mencionar a la *STS, 1.ª, 18.01.2007*, en la que se afirma:

«*Se plantea aquí, por primera vez en la jurisprudencia, una cuestión que había presentado la doctrina hace poco más de medio siglo, que es el ejercicio de acciones derivadas del dolo. Sobre si cabe, primero, la acción de anulación de contrato y reclamación de indemnización de daños y perjuicios (acumulación de dos acciones), segundo, la acción de anulación, sin reclamación de indemnización (una sola acción) y, tercero, la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, sin ejercitar la acción de anulación (una sola acción, es el caso presente). La respuesta debe ser afirmativa, tanto porque no hay norma que excluya cualquiera de las tres posibilidades, como porque sí hay una norma aplicable a un caso similar de ineficacia, que es la resolución que contempla el artículo 1124 del Código civil, que admite como perfectamente compatibles y, al tiempo, independientes, la acción de resolución y la de resarcimiento, que pueden ser ejecitadas conjunta o independientemente, sin que la posibilidad de ineficacia excluya la indemnización, ni viceversa, ni la acumulación. En el presente caso no se ha pedido la nulidad de negocio jurídico alguno, sino se ha ejercitado la acción de indemnización de daños y perjuicios por una actuación dolosa de los demandados y tales perjuicios son la falta de posibilidad de cobro de aquel crédito que fue cedido con sus intereses*» [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) [120] [A] p. 555; sobre esta *STS, 1.ª, 18.01.2007*, [120] pp. 547-550, [A] pp. 552-555].

Vid. también la *STS, 1.ª, 24.04.2009,* [120] p. 551, [B] pp. 555-557. Y más allá, *vid.* notas 986 y 987 de pp. 549-550.

[815] Fenoy Picón (2023) [122] pp. 558-561.

[816] Fenoy Picón (2023) [123] pp. 561-562.

[817] a) En 2024, Esplugues García explica: «Esta indemnización [por dolo vicio del consentimiento] tiene carácter contractual se inste o no la anulación del contrato. Así, el plazo de prescripción es de cinco años desde que el afectado conoció el daño y no del año previsto para las acciones extracontractuales. La falta de distinción de plazo según se anule el contrato tiene sentido si observamos las posibles combinaciones de acciones. Así, si se insta la anulación del contrato junto con la indemnización de los daños, el plazo de anulación es más breve que el de la indemnización –cuatro años de caducidad para la anulación frente a cinco de prescripción para la indemnización–. Si consideramos [Esplugues García] que el contrato al ser anulado no debe producir efectos y que el daño es extracontractual, encontramos [Esplugues García] que puede darse el caso de que solo sea posible instar la anulación y no la indemnización al haber prescrito el plazo para hacerlo.

Además, el daño que deriva del dolo como vicio del consentimiento tiene el mismo origen independientemente de si se anula el contrato o se mantiene, aunque su cuantía puede variar según se ejercite una acción u otra. Por ello, considerar que, según si se anula el contrato el plazo debe ser distinto al tener carácter contractual o extracontractual, carece de sentido. Dicho de otro modo, dado que el supuesto generador de responsabilidad es el mismo –dolo precontractual de uno de los contratantes– consideramos

cios se considera extracontractual, se dispone del plazo de un año, de prescripción (art. 1968.2.º CC); si se considera contractual, el plazo es cinco años y de prescripción (art. 1964.2 CC) [818]. A lo anterior ha de sumarse que, para anular el contrato por dolo, se aumenta con un plazo de cuatro años, de caducidad (art. 1301.1. I CC). El codificador civil, ciertamente, no se ha preocupado de fijar una específica coordinación para lo anterior [819].

c) Por último, sobre la extensión del daño indemnizable, siendo el dolo causal, de nuevo, nada se dispone específicamente en el Código civil. E igualmente de nuevo, los autores sí se han pronunciado y han defendido distintas opiniones. Siendo difícil la síntesis (no entro en qué partidas indemnizatorias forman parte del interés negativo, y cuáles en el interés positivo), en 2023 informé sobre los siguientes autores.

[Esplugues García] que la acción indemnizatoria derivada de este supuesto debe tener un tratamiento único y no puede estar sujeta a plazos de prescripción diferentes según la acumulación de acciones que realice el contratante afectado, puesto que supondría que uno de los contratantes tiene la capacidad de decidir si el daño es contractual o extracontractaul según si insta la anulación del contrato o lo mantiene» [*RDC* (2024) pp. 141-142].

b) Considerando Esplugues García que la indemnización de daños y perjuicios por dolo vicio del consentimiento tiene naturaleza contractual [anterior a) de esta nota], el autor apunta, además, que ello plantea dos problemas. Uno, el de «la aplicación del criterio de previsibilidad del daño». El otro, «la relación de esta indemnización» por dolo vicio del consentimiento, cuando el caso no puede, al mismo tiempo, calificarse de incumplimiento.

b.1) Para lo primero, según Esplugues García: «Un problema que surge de la consideración como contractual de la indemnización derivada del dolo como vicio del consentimiento es la aplicación del criterio de la previsibilidad del daño. Esto se debe a la distinción que realiza el Código Civil entre el deudor de buena fe y el de mala fe a efectos de la aplicación de la regla de la previsibilidad. De este modo, el dolo como vicio del consentimiento actúa como un criterio de imputación de responsabilidad al deudor por los defectos de la cosa. Así, consideramos [Esplugues García] que el deudor que celebra el contrato y emplea dolo para ello debe ser considerado deudor de mala fe a efectos del artículo 1107 del Código civil. Esto se debe a los antecedentes previos al Código Civil, puesto que en ellos se consideraba que el deudor que había engañado sobre las cualidades de la cosa respondía por todo el daño que causaba. Asimismo, el incremento del nivel de responsabilidad del deudor que induce a otro a celebrar un contrato mediante el empleo del dolo tiene su fundamento en la prevención de la celebración de contratos que *ex ante* reduzcan el valor esperado para las partes. De este modo, el deudor doloso responderá sin la limitación del daño previsible» [*RDC* (2024) pp. 142-143; *vid.* hasta p. 144].

b.2) Para el segundo problema, *infra*, siguiente [A].

[818] a) Consideran que la indemnización de daños y perjuicios por dolo es extracontractual, De Cossío y Corral, y De Verda y Beamonte; para los supuestos de *culpa in contrahendo,* García Vicente.

Consideran que la indemnización de daños y perjuicios por dolo es contractual, Morales Moreno, Gómez Calle, Llobet I Aguado, y Fuenteseca (para el dolo unilateral).

Fenoy Picón (2023) [122]-[123] pp. 558-562; *vid.* además [124] pp. 563-564 para la posibilidad de que la víctima del dolo encauce su exigencia de indemnización de daños y perjuicios por la vía extracontractual, o por la vía contractual.

b) Para la cuestión de la naturaleza jurídica de la indemnización de daños y perjuicios por dolo, de interés las *SSTS, 1.ª, 26.10.1981* y *24.04.2009* (naturaleza contractual) ([125] pp. 564-572).

[819] Y además, para el *dies a quo*, las consideraciones de De Cossío y Corral, y De Verda y Beamonte, *infra* nota 777.

Según De Cossío y Corral, si se anula el contrato, solo se indemniza el interés negativo; manteniéndosele, se indemniza el interés positivo [820]. De Verda y Beamonte considera que, anulándose el contrato, se indemniza el interés negativo; no demandándose la anulación, procede el resarcimiento íntegro (art. 1107. II CC) [821]. Para García Rubio/Otero Crespo, anulándose el contrato se indemniza el interés negativo, y, si el contrato se mantiene, vienen también a apuntar al interés negativo, reconociendo que el Tribunal Supremo cuenta con resoluciones en las que se reconocen daños que exceden del interés negativo [822]. Por su parte Morales Moreno considera que, anulándose el contrato, se indemniza el interés positivo [823]. Según Gómez Calle, si se anula el contrato, se indemniza el interés negativo; y si se le mantiene, «se aplica el artículo 1107. II CC "y la víctima del dolo" exigirá "sólo la indemnización de los daños que le hubiesen sido ocasionados por el hecho de quedar vinculada a un contrato que no se ajusta a lo que fue determinante para celebrarlo"» [824]. Por último, Pantaleón Prieto considera que si se anula el contrato se indemniza el interés negativo; si se le mantiene, también se indemniza el interés negativo [825].

---

[820] Fenoy Picón (2023) [127] a) pp. 575-576.

[821] Fenoy Picón (2023) [127] b) pp. 576-577.

[822] Fenoy Picón (2023) [127] c) pp. 578-579. García Rubio/Otero Crespo mencionan a la *STS, 1.ª, 30.06.2000*, en la que el contrato se mantiene y se condena al vendedor (el Estado) al pago de diversas partidas en concepto de daños y perjuicios (art. 1107 CC en relación con el art. 1270. II CC); sobre esta sentencia, [133] [A] pp. 632-635.

[823] a) Fenoy Picón (2023) [127] d) pp. 579-581.

b) Por otro lado, sobre la «[i]ndemnización por el interés de cumplimiento», considera Esplugues García:

«Esta propuesta [sobre la indemnización por el interés de cumplimiento] permite que el contratante pueda exigir una indemnización por el interés de cumplimiento tanto aislada como acumuladamente a la acción de anulación del contrato. De este modo, la necesidad de anteponer la acción de anulación del contrato a las derivadas del incumplimiento no se altera, pero sí se permite una mejor tutela del contratante afectado por el dolo como vicio del consentimiento, puesto que se amplían sus opciones de indemnización.

Si se opta por la indemnización del daño por el interés de cumplimiento, el contratante afectado por el dolo como vicio del consentimiento no está ante una situación en la que las cuantías indemnizatorias varíen según se estime la acción principal [de la anulación por dolo vicio del consentimiento] o la subsidiaria [de incumplimiento]. Dicho de otro modo, la posición del contratante afectado por el dolo como vicio del consentimiento será la misma independientemente de la vía que adopte –anulación por dolo o remedios frente al incumplimiento–.

Además, la indemnización en este caso tampoco estará sujeta al límite que impone la regla de la previsibilidad del daño [art. 1107. I CC], puesto que el deudor es considerado de "mala fe" y, por tanto, responde sin este límite» [*RDC* (2024) pp. 150-151; *Vid.* hasta p. 153].

[824] Fenoy Picón (2023) [127] e) pp. 581-583.

[825] Fenoy Picón (2023) [127] [A] pp. 583-584.

Ahora bien, Pantaleón Prieto maneja los siguientes conceptos: «indemnizar al perjudicado por el deber de información en la medida de su "interés contractual negativo" significará "ponerle en la situación en la que se habría encontrado si el contrato no se hubiese celebrado"; indemnizarle en la medida del "interés contractual positivo" significará "ponerle en la situación en que se habría encontrado si el contrato se hubiese celebrado con términos y condiciones más favorables para aquél". En este sentido […] el

A lo anterior debo añadir que, en 2024, Esplugues García defiende que debe indemnizarse el interés de confianza, se anule o se mantenga el contrato (para sus explicaciones, siguiente [A]). Es momento de que recuerde que en el artículo 3.2.16 Principios UNIDROIT 2016 se dispone la indemnización del interés negativo, se anule o se mantenga el contrato («independientemente», se dice en él) [826].

> [A] *Las explicaciones de Esplugues García sobre el dolo como vicio del consentimiento (indemnización del interés de confianza) y como incumplimiento contractual (indemnización del interés positivo)*
>
> [A.1] Este autor apunta que la indemnización de daños y perjuicios derivada del dolo vicio del consentimiento «pertenece a la categoría de la conocida como *culpa in contrahendo*» [827], siendo «[s]u finalidad» reparar el «daño que ha sufrido el contratante afectado por el vicio del consentimiento y situarlo en la posición en la que estaría de no haber celebrado el contrato –tutela del interés de confianza–» [828]. En consecuencia, «el contratante afectado por el dolo como vicio del consentimiento podrá pedir una indemnización exclusivamente por el interés de confianza y no por el de cumplimiento siempre que el fundamento de la pretensión sea el haber

---

"interés contractual positivo" no se identifica con el *expectation interest* o interés en el cumplimiento, sino que es una de las dos variantes alternativas del *realiance* [*sic; reliance*] *interest* o interés de confianza, más arriba definido. La otra variante sería el aquí llamado "interés contractual negativo" […]. Advierte Pantaleón Prieto, que "[e]s esencial que las precisiones terminológicas anteriores queden claras, ya que rompen con la tradicional identificación entre el *expectation interest* o interés en el cumplimiento y el interés contractual positivo, […]"» ([126] [A.1] p. 573, *vid.* desde p. 572]. *Vid.* Asúa González, [126] [A.2] pp. 574-575.

[826] a) Artículo 3.2.16 Principios UNIDROIT 2016: «(Daños y perjuicios)

Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato».

b) En el comentario 2 del artículo 3.2.16 Principios UNIDROIT 2016 se explica para la «[c]uantificación de los daños»: «A diferencia de los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento, regulados en el Capítulo 7, Sección 4, [de los Principios UNIDROIT,] el resarcimiento contemplado en el presente artículo [3.2.16 Principios UNIDROIT 2016] sólo tiene la finalidad de dejar a la otra parte en la misma posición en la que se encontraría de no haber celebrado el contrato» (p. 135). Como ejemplo explicativo se indica: «"A" vende software a "B" a pesar de que "A" no podía ignorar lo inadecuado de dicho software para el uso al que lo deseaba destinarlo "B". Independientemente de que "B" decida anular el contrato, "A" debe compensar a "B" los gastos que éste incurrió al capacitar a su personal para el uso del software. No obstante, "A" no es responsable por las pérdidas sufridas por "B" como consecuencia de la imposibilidad de usar el software para los fines que deseaba» [«Artículo 3.2.16», UNIDROIT (2018), p. 135].

Por otro lado, en el comentario 1 del artículo 3.2.16 Principios UNIDROIT 2016 se destaca que la indemnización nace independientemente de que se anule, o no, el contrato: «Este artículo [3.2.16 Principios UNIDROIT 2016] establece que la parte que conoció o debió haber conocido la causa de anulación es responsable de los daños y perjuicios causados a la otra parte. El derecho al resarcimiento surge independientemente de que el contrato haya sido anulado» (p. 134).

[827] Esplugues García, *RDC* (2024) p. 140.

[828] Esplugues García, *RDC* (2024) p. 140.

sufrido el dolo como vicio del consentimiento» [829]. Además, según Espluges García, «el contratante afectado por el dolo como vicio del consentimiento podrá exigir una indemnización por el interés negativo de manera aislada o la indemnización por el interés de confianza junto a la anulación del contrato» [830].

[A.2] Trasladándose a otro plano, Esplugues García, que se ocupa de analizar «la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo sobre [el] dolo como vicio del consentimiento de los últimos veinte años» [831], señala que algunos casos «pueden ser calificados como supuestos de incumplimiento contractual, al mismo tiempo que son casos de dolo como vicio del consentimiento» [832].

---

[829] Esplugues García, *RDC* (2024) p. 141.

[830] Esplugues García, *RDC* (2024) p. 141.

[831] Esplugues García, *RDC* (2024) p. 115; para su análisis hasta p. 129.

Y tras su análisis, Esplugues García lleva a cabo la siguiente «*breve valoración de los diversos casos*» (cursiva del original; p. 130):

«La exposición de estos casos nos permite observar [Esplugues García] las diversas modalidades de dolo como vicio del consentimiento que han sido calificadas como tales por el Tribunal Supremo. En todos los casos se aprecia la existencia de un engaño –normalmente por parte del encargado de la prestación característica del contrato– que le permite inducir al otro a celebrar el contrato.

Este engaño consiste en la mayoría de casos del primer grupo en omitir información relevante sobre el bien que se transmite en el contrato –impugnación del plan urbanístico que permite edificar en la parcela vendida, defectos de la parcela que impiden edificar en ella, existencia de pretensiones de terceros o de un expediente administrativo para la recuperación del dominio público–. Esta información sobre el bien es conocida de antemano por el vendedor que la omite, es decir, el vendedor sabe que entregará un bien que no tiene las características deseadas por el comprador.

Del mismo modo, en el caso de engaño del contratista sobre su propia solvencia, se está ante un supuesto similar, pero que no recae sobre el objeto del contrato, sino sobre la posibilidad de que se ejecute la prestación convenida.

El segundo grupo de casos –dolo del encargado del abono del precio– el engaño consistió en hacer creer que el precio del bien era menor del real y, de este modo, obtener un contrato con enorme beneficio para el adquirente del bien mediante el aprovechamiento de la situación sentimental que había entre la vendedora y el comprador.

En el tercer grupo de casos, se encuentras [*sic*; encuentran] situaciones más variadas y es difícil identificar características comunes entre ellos. El engaño en ellos tiene como sustrato aprovecharse de la debilidad de la donante para incluir bienes que no desea transmitir; engañar sobre una supuesta subida de precio del ejercicio de una opción y la pérdida de las cantidades ya entregadas; vaciar de patrimonio una sociedad para no hacer frente a un crédito; y engañar sobre la insolvencia de la entidad que amplía capital. Estos tres últimos casos son en los que el Tribunal Supremo no se manifiesta sobre la concurrencia o no del dolo al no ser cuestionada o no ser admitido el recurso.

Tanto el caso del segundo grupo como el del engaño de los bienes donados permiten observar la denominada "concepción amplia del dolo", de modo que no solamente se trata de engaños sobre el objeto del contrato, sino de supuestos de aprovechamiento de circunstancias que rodean su celebración y colocan a uno de los contratantes en una posición muy favorable respecto al otro» (pp. 130- 131).

[832] a) Esplugues García, *RDC* (2024) p. 131. Continúa el autor:

«El motivo [de la doble calificación como incumplimiento contractual y como dolo vicio del consentimiento] es que la satisfacción de los adquirentes se daba mediante la configuración de las prestaciones según la descripción que se realizó por parte de los vendedores, tanto en los supuestos en los que se ocultó un defecto –al quedar configurada la prestación como exenta de dicho defecto– como cuando se afirmó que tenía una característica –al ser parte de la prestación–.

> En la STS de 29 de septiembre de 2015 se describe que la sociedad cuyas participaciones se adquieren es titular de una parcela en la que conforme al plan urbanístico es posible edificar cinco edificios de noventa viviendas cada uno con sus respectivos garajes. Al ocultarse que el planeamiento urbano está impugnado, no se cumplen las condiciones pactadas, puesto que la parcela carece de las características descritas.

Para estos casos de doble calificación (dolo como vicio del consentimiento/ dolo como incumplimiento), Esplugues García señala que «el contratante puede optar por qué vía seguir, incluso acumular las acciones de manera eventual, pero siempre debe interponer las acciones derivadas del dolo como principales», pues, «[d]e no hacerlo, se entenderá que confirma el contrato anulable y perderá la opción de instar la anulabilidad» [833]. Ahora bien, «[e]l problema que plantea este enfoque [de la posibilidad de optar entre el dolo como vicio del consentimiento/dolo como incumplimiento] es el siguiente: la acción indemnizatoria derivada del dolo solo permite exigir el interés de confianza, mientras que la acción indemnizatoria

---

En la STS de 5 de marzo de 2010, no se manifestó nada acerca de la edificabilidad del terreno adquirido. Sin embargo, la vendedora conocía la finalidad que tenía la compradora –edificar– y ocultó que era imposible o enormemente costoso hacerlo en el terreno transmitido, pese a conocer la información. Ante esto, se frustra el fin del adquirente por no poder llevarlo a cabo.

En la STS de 5 de mayo de 2009, la vendedora oculta que es copropietaria de una finca superpuesta que reduce la superficie de la adquirida. Además, sostiene que la finca vendida cuenta con los permisos y licencias necesarios para la construcción de la estación de servicio, pero no es así al ser necesaria una mínima superficie que no se da por la menor extensión.

En la Sentencia de 26 de marzo de 2009, se transmite junto con el negocio de kiosko-bar el derecho de uso y disfrute de la terraza. Sin embargo, tal derecho está en cuestión –hecho que se oculta– y lo pierde el adquirente al acordarse su revocación por la administración pública.

En la Sentencia de 2 de marzo de 2007, los vendedores ocultan que el edificio en el que se encuentra la vivienda adquirida está afectado por aluminosis pese a conocer este hecho. Por tanto, el adquirente debe hacer frente a costosas obras para evitar la ruina del edificio, cuando pensaba que compraba una vivienda en condiciones de ser habitada. [La caja más pequeña del original].

En los cuatro supuestos, la prestación se configura por las descripciones sobre la cosa objeto del contrato que realiza el vendedor. Es decir, se compromete a entregar un bien con unas características como una edificabilidad determinada por un plan urbanístico, una superficie de la finca explicitada o la existencia de una concesión para terraza. También ocurre en el caso de la venta del solar con dolina en el que se oculta que es inhábil para el fin con el que se adquiere. Ahora bien, las características que se imputan a los diferentes bienes transmitidos no se dan en el momento de celebración del contrato.

En todos estos casos, el incumplimiento no se debe a una falta de entrega de la prestación acordada ni a un supuesto de mora, sino a la no concordancia de los bienes entregados con las descripciones que se hicieron de ellos y a la inadecuación de estos bienes para los fines con los que se adquirieron según manifestaron los compradores al momento de celebrar el contrato. Es decir, existe una falta de conformidad entre lo pactado y lo entregado.

Así, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto al incumplimiento en los casos de prestación defectuosa, estamos ante unos incumplimientos de la obligación que permiten activar los diversos remedios frente al incumplimiento, incluso la resolución por incumplimiento al presentar carácter esencial. Esto se debe a la falta de adecuación de lo entregado para satisfacer el interés del acreedor y la descripción del bien que realizó. […].

Todo ello supone que en ciertos supuestos de dolo como vicio del consentimiento puedan ser calificados a su vez como supuestos de incumplimiento contractual, con lo que estaríamos ante un concurso de acciones entre las derivadas del dolo como vicio del consentimiento y las derivadas del incumplimiento» (pp. 132-135).

b) También de Esplugues García: «[A]lgunos supuestos [de los que conoce el Tribunal Supremo] permiten ser calificados tanto de dolo como vicio del consentimiento como de incumplimiento contractual por el mismo hecho –el engaño sobre una de las cualidades del bien–» (p. 145).

[833] a) Esplugues García, *RDC* (2024) p. 145.

b) También de Esplugues García: «De todos modos, consideramos [Esplugues García] que debe ser el contratante afectado el que elija qué vía prefiere para la tutela de su posición. Esto se debe a que las acciones derivadas de los vicios del consentimiento y las del incumplimiento tienen finalidades tuitivas diferentes. Así, las acciones derivadas de los vicios del consentimiento tienen como fin la protección de la libertad de contratar y las del incumplimiento son un mecanismo para la protección del crédito» (p. 158).

por incumplimiento del contrato permite solicitar una indemnización que tutele el interés de cumplimiento del contrato afectado» [834]. Y «[l]a diferencia entre una indemnización por el interés de cumplimiento o por el interés de confianza no es baladí, puesto que cada una protege al contratante desde una perspectiva diferente y, por tanto, su cuantía varía», dado que «la indemnización por el interés del cumplimiento persigue situar al contratante afectado en la posición en la que se encontraría de haberse cumplido el contrato», mientras que «la protección del interés de confianza solo busca que el contratante afectado se encuentre como si no hubiera celebrado el contrato y tiene como límite la indemnización por el interés de cumplimiento, al no deber el contratante incumplidor soportar el riesgo de que el contratante afectado por el incumplimiento hubiera celebrado un contrato en peores condiciones que las del mercado o que le ocasionara pérdidas» [835]. Por tanto, «en los supuestos que admiten una doble calificación [dolo como vicio del consenti-

[834] Esplugues García, *RDC* (2024) p. 145; advierte: «Esta posibilidad –exigir una indemnización por el interés de cumplimiento– se da tanto si se insta la acción por sí sola como si la acumula a otras acciones derivadas del incumplimiento como las de cumplimiento forzoso o la resolución por incumplimiento» (pp. 145-146).

[835] a) Esplugues García, *RDC* (2024) p. 146-147; continúa: «De este modo, el contratante afectado por el dolo como vicio del consentimiento que decida ejercitar las acciones derivadas del dolo y, subsidiariamente las del incumplimiento, deberá solicitar de manera principal una indemnización menor o igual a aquella que puede exigir de manera subsidiaria» (p. 147).

b) Por otro lado, sobre la «[i]ndemnización por el interés de confianza sin límite», dice Esplugues García: «Se trata de una propuesta que recoge Carrasco Perera y consiste en eliminar el límite superior de la indemnización por el interés de confianza –no poder superar la del interés de cumplimiento–. El contratante que sufrió el dolo como vicio del consentimiento tendría derecho a exigir una indemnización por todo su interés de confianza y, de este modo, se mantendría la consideración de la indemnización por dolo como vicio del consentimiento como una indemnización que tutela el interés negativo.

Este enfoque encuentra su fundamento en el artículo 1107 del Código civil, puesto que se considera que el contratante que actuó dolosamente para conseguir la celebración del contrato es deudor de mala fe. Esto implica que no disfrute de la limitación del daño indemnizable que otorga la regla de la previsibilidad.

[Y] [l]a consecuencia de adoptar el modelo de eliminación del límite de la indemnización por el interés de confianza es la concesión de una mayor indemnización de daños cuando el contratante afectado por el dolo como vicio del consentimiento hubiera realizado un mal negocio. Es decir, cuando el lucro cesante de confianza fuera superior al lucro que hubiera obtenido de haberse cumplido el contrato. De este modo, la indemnización sí superaría la correspondiente al interés de cumplimiento» (pp. 148-149).

A continuación, Esplugues García explica lo anterior con este ejemplo: «A vende a B un solar para edificar por 3.000€ y B en la confianza de poder hacerlo contrata un arquitecto por 1.000€ para realizar un proyecto. El beneficio neto que B espera obtener es de 2.000€ una vez todas las viviendas se hayan vendido. Existe un solar alternativo con un precio de 4.000€, suponemos que el proyecto cuesta lo mismo, pero es más rentable y el beneficio neto esperado es de 5.000€. En los dos supuestos, se cubren todos los costes que tiene la edificación, y el beneficio que mencionamos es el beneficio neto tras cubrir todos los costes.

B descubre, una vez adquirido el solar y con el proyecto ya planteado, que no puede edificarse en ese solar por tener un defecto tal que lo hace imposible y A se lo ocultó al vender, pese a conocer el propósito de B de edificar en el solar. B consigue la anulación del contrato, por lo que recupera el precio abonado, y reclama una indemnización por la pérdida sufrida.

Con la consideración tradicional de la indemnización por el interés de confianza con límite en el interés positivo, B puede exigir 1.000€ por los gastos del arquitecto y 2.000€ por el lucro cesante de confianza, pues la indemnización por el interés de cumplimiento tiene este límite.

Si se elimina el límite de la indemnización por el interés de confianza, podrá pedir 1.000€ por los gastos del arquitecto y 5.000€ por el lucro cesante de confianza, todo lo que habría obtenido de no haber confiado en el negocio celebrado y haber realizado el otro.

> miento/dolo como incumplimiento], el contratante afectado por el vicio del consentimiento no puede ver tutelado su interés de cumplimiento si decide accionar por los vicios del consentimiento al ser la indemnización por el interés de confianza. Ciertamente, su interés de confianza sí se ve satisfecho, pero no el de cumplimiento que, en principio, será mayor al incluir también el beneficio que esperaba obtener del negocio en concreto. Esto se da incluso si se tiene en cuenta en la indemnización por el interés de confianza el lucro cesante de confianza, es decir, aquella cantidad que no se obtiene al celebrar otros contratos diferentes del que se celebró, por tanto, la valoración de la pérdida de oportunidad de haber celebrado esos contratos. Además, el lucro cesante de confianza no resulta sencillo calcular y, en ciertos supuestos, no existen referencias para hacerlo» [836].
>
> [A.3] Por último, advierte Esplugues García que la referida problemática expuesta en la anterior [A.2] «solo se presenta» en los «casos» de posible «doble calificación como supuestos de vicio del consentimiento y de incumplimiento contractual al ser donde existe la divergencia entre lo que se puede solicitar según el motivo por el que se accione» [837]. Puesto que «[s]i los hechos en cuestión no admiten la doble calificación, no se da el problema al existir una única acción y no haber diferencia entre esta acción y otra» [838].

[44] Trasladándome a la *Propuesta de 2023:*

a) Como adelanté *supra* [40] c), en virtud del artículo 1305.1 PMCC 2023, el dolo causal y el incidental obligan a indemnizar daños [839].

La regla, que se dispone en la *Propuesta de 2023* para el dolo incidental, no constituye novedad sustantiva. Simplemente, lo que para el dolo incidental se ordena en los artículos 1300.3 PMCC 2009 (que transcribo *supra* nota 93) y 1270. II CC, se encuentra, ahora, en el artículo 1305.1 PMCC 2023, que es el encargado de regular la «[i]ndemnización en caso de dolo, violencia, intimidación o ventaja injusta» (esa es su leyenda) [840].

En cuanto al dolo causal, la anterior norma del artículo 1305 PMCC 2023, consistente en que el mismo obliga a indemnizar daños, es novedad en el sentido

---

Pero si el negocio alternativo no tuviera un beneficio neto esperado de 5.000€, sino de 1500 €, la indemnización sería de 1.000€ por los gastos del arquitecto y 1.500€ por el lucro cesante de confianza, por lo que no estaría ante una reparación igual que la que obtendría por el interés de cumplimiento» (lo que reproduzco en este párrafo, en caja más pequeña en el original; pp. 149-150).

[836] Esplugues García, *RDC* (2024) p. 147.

[837] Esplugues García, *RDC* (2024) p. 148.

[838] Esplugues García, *RDC* (2024) p. 148.

[839] Artículo 1305 PMCC 2023: «Indemnización en caso de dolo, violencia, intimidación o ventaja injusta

1. El dolo, sea causal o incidental, obliga a indemnizar daños.
2. […] [lo transcribo en la nota inmediatamente siguiente, en a)]».

[840] a) Comparando con el Código civil y con la *Propuesta de 2009,* es novedad de la *Propuesta de 2023* recoger específicamente la indemnización de daños para los supuestos de violencia, intimidación

de que, en la específica regulación del dolo de la *Propuesta de 2023,* ello se ordena expresamente. Preciso en el sentido de, puesto que, de antes, se admitía

---

y ventaja injusta (art. 1305.2 PMCC 2023), así como para el del error imputable (arts. 1303 y 1304 PMCC 2023). Los citados artículos disponen:

a.1) Artículo 1305 PMCC 2023: «Indemnización en caso de dolo, violencia, intimidación o ventaja injusta

1. […] [lo transcribo en la nota inmediatamente anterior].

2. Igualmente la violencia, la intimidación y la ventaja injusta obligan a indemnizar daños».

a.2) Artículo 1303 PMCC 2023: «Indemnización en caso de error imputable

1. Si el error de una parte es imputable a la otra, quien padece el error podrá pedir a la otra parte la indemnización prevista en esta sección.

2. El deber de indemnizar previsto en el apartado anterior existe tanto si el error es esencial y permite la anulación del contrato, como si no tiene carácter esencial».

a.3) Artículo 1304 PMCC 2023: «Exoneración de responsabilidad en caso de información incorrecta

Salvo que la ley disponga otra cosa, la parte contratante que hubiera transmitido una información incorrecta que hubiese provocado error en la otra, podrá exonerarse de responsabilidad probando que tuvo razones suficientes para creer que la información transmitida era correcta».

b) b.1) A propósito de la indemnización en caso de error imputable [anterior a.2) de esta nota], he de destacar, que en la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023* se apunta que se hace una «determinación más precisa del supuesto del error vicio», y que, mientras en la *Propuesta de 2009* no se «preveía la indemnización […] por error imputable al otro contratante», la *Propuesta de 2023* lo prevé «por transmisión de información incorrecta o por incumplimiento de los deberes de información impuestos por la buena fe o la ley» [*supra* [38] b) [B] reproduzo el oportuno fragmento de la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023*; *vid.* además la base decimoquinta de la *Proposición de Ley de bases que acompaña a la Propuesta de 2023,* en la que se menciona a la indemnización de daños por error imputable, *supra* [38] b) [A]].

Comparando el artículo 1298 PMCC 2009, que transcribo *supra* nota 125 a), con el paralelo artículo 1293 PMCC 2023 que regula el error y transcribo en esta nota, siguiente b.2): uno, en el artículo 1293 PMCC 2023 aparece la noción de error imputable, noción en la que se recoge de modo más perfilado los supuestos 1.º y 2.º del artículo 1298.1 PMCC 2009, y se añade un tercer supuesto, que no se encuentraba en la *Propuesta de 2009*; dos, se dispone una presunción de error para el supuesto en que se incumpla el deber de información establecido en la ley; y tres, el supuesto de la «inexactitud en la expresión o transmisión de una declaración de voluntad» del artículo 1298.5 PMCC 2009 se traslada a un artículo independiente, el artículo 1294 PMCC 2023, reformulándose la redacción y que transcribo en esta nota, siguiente b.3).

b.2) Artículo 1293 PMCC 2023: «Error

1. La parte contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si el error es imputable a la otra parte o si ambas han incurrido en el mismo error.

El error es imputable a la otra parte contratante cuando:

1.º Ha sido provocado por la información incorrecta transmitida, susceptible de provocar confianza, aunque la otra parte que la transmite no tenga intención de engañar.

2.º La otra parte contratante hubiera conocido o debido conocer el error y fuese contrario a la buena fe mantener en él a quien lo ha padecido.

3.º La otra parte contratante hubiera incumplido los deberes de información impuestos por la ley o por la buena fe.

2. El error es esencial si es de tal entidad que una persona razonable, en la misma situación que la parte contratante en error, no hubiera contratado o lo hubiera hecho en términos sustancialmente diferentes.

3. Los contratos no serán anulables por error cuando este sea inexcusable o cuando la parte que lo padeció hubiera debido soportar el riesgo de dicho error, de acuerdo con el contrato o con la ley.

4. El incumplimiento del deber de informar establecido en la ley hace presumible la existencia y excusabilidad del error, salvo prueba en contrario.

5. No podrá anularse el contrato cuando la otra parte contratante, tras ser informada del error, comunique sin dilación su voluntad de ejecutarlo en los términos pretendidos por la parte que ha sufrido el error».

entre los autores para el Código civil, y también según la jurisprudencia del Tribunal Supremo [*supra* [43] a)]. De este modo y para el dolo causal, en la *Propuesta de 2023* se viene a codificar algo jurídicamente asentado, lo que considero una mejora.

b) En el artículo 1308 PMCC 2023 se ordena con carácter general (lo que incluye al dolo causal), que el legitimado para anular el contrato y exigir indemnización de daños «puede acumular el ejercicio de ambos remedios [anulación e indemnización de daños] o ejercitar únicamente uno de ellos [solo anulación, solo indemnización de daños]» [841]. Comparando con el Código civil y con la *Propuesta de 2009*, que nada ordenan al respecto, la novedad de la *Propuesta de 2023* reside en que, para el dolo causal, se codifica algo admitido de antes entre los autores y por el Tribunal Supremo en el contexto del Código civil [*supra* [43] a)]. De nuevo otra codificación en la *Propuesta de 2023* de algo ya jurídicamente asentado. E igualmente entiendo, que es una mejora.

Más allá de lo anterior, la ubicación estructural del artículo 1308 PMCC 2023 en la *Propuesta de 2023*, así como su leyenda («Concurrencia de los remedios de este Capítulo»), me merecen otro particular comentario. Pero este comentario lo hago, una vez termine el análisis del artículo 1306 PMCC 2023, del que me ocupo en la siguiente c).

c) c.1) En el artículo 1306 PMCC 2023 se determina, con carácter general (esto es, no se abarca solo al dolo), el «[d]año indemnizable» (esta es su leyenda) en función de si el legitimado anula el contrato o este se mantiene (art. 1306, 1 y 2, PMCC 2023).

Puede considerarse que el artículo 1306.1 PMCC 2023 encuentra su equivalente en el artículo 4:117 (1) PECL. En cuanto al artículo 1306.2 PMCC 2023, si bien coincide con el artículo 4:117 (2) PECL, en que se indemniza el daño causado por el dolo, difiere en que, en dicho artículo 1306.2 PMCC 2023, no se dispone que el daño se limita al causado por el dolo, como

---

b.3) Artículo 1294 PMCC 2023: «Error en la declaración de voluntad

1. En caso de inexactitud en la expresión o transmisión de una declaración de voluntad dirigida a otra persona para contratar con ella, se aplicarán las reglas de interpretación previstas en el artículo 1271 para formar el consentimiento.

2. Cuando la aplicación de tales reglas diera lugar a la perfección del contrato, la parte en error puede anularlo si el error fue esencial e imputable a la otra parte».

[841] a) Artículo 1308 PMCC 2023: «Concurrencia de los remedios de este capítulo

La parte contratante legitimada para anular el contrato y pedir indemnización de daños, según lo dispuesto en este capítulo, puede acumular el ejercicio de ambos remedios o ejercitar únicamente uno de ellos».

b) *Vid.* además *supra* [38] b) [A] para la base decimoquinta de la *Propuesta de Ley de bases que compaña a la Propuesta de 2023*.

En cambio, en la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023* nada se indica sobre la norma de este artículo 1308 PMCC 2023; *supra* [38] b) [B].

se ordena en el artículo 4:117 (2) PECL. Además de esa no limitación en los daños, en el artículo 1306.2 PMCC 2023 se precisa, que el daño se liquida en el marco del contrato, siendo aplicables, en cuanto resulten oportunas, las normas sobre indemnización de daños por incumplimiento del contrato. Esta última regla, la de la aplicación de las oportunas normas sobre indemnización por incumplimiento del contrato, se encuentra asimismo en el artículo 4:117 (3) PECL, pero, en los PECL se ordena tanto para el supuesto en que se mantiene el contrato como para el supuesto en que se le anula. De la paralela regulación de los PECL, además de la del DCFR y del CESL me ocupo en este [44] d), *infra* [A.1], [A.2] y [A.3], y de los Principios UNIDROIT 2016, *supra* nota 826, lo que permite contrastar con la regulación ordenada en el señalado artículo 1306, 1 y 2, PMCC 2023.

Centrándome en el artículo 1306 PMCCC 2023:

c.1.1.) En el supuesto en que el legitimado anule el contrato, el objetivo de la indemnización de daños es colocarle, «en la medida de lo posible, en la situación en la que se encontraría si no hubiera anulado el contrato» (art. 1306.1 PMCC 2023 [842]). Se trata de lo que tradicionalmente viene conociéndose como indemnización del interés negativo.

Esta norma del artículo 1306.1 es otra novedad más de la *Propuesta de 2023,* comparando con el Código civil y con la *Propuesta de 2009*, en el sentido de que se codifica algo ya admitido por una serie de autores [no por todos, pues, recuerdo, Morales Moreno considera indemnizable el interés positivo para el supuesto de la anulación del contrato por dolo; *supra* [43] c)].

c.1.2) En el supuesto en que el contrato se mantenga, se indemniza «el daño causado por […] el dolo» «en el marco del contrato (art. 1306.2, I y II primera regla, PMCC 2023) [843]. El contrato puede mantenerse porque se con-

---

[842] Artículo 1306 PMCC 2023: «Daño indemnizable

1. En caso de anulación del contrato, la indemnización prevista en los anteriores artículos tendrá por finalidad colocar a la parte contratante legitimada, en la medida de lo posible, en la situación en la que se encontraría si no hubiera celebrado el contrato.

2. […] [lo transcribo en la nota inmediatamente siguiente].

3. […] [lo transcribo *infra* nota 886]».

[843] Artículo 1306 PMCC 2023: «Daño indemnizable

1. […] [lo transcribo en la nota inmediatamente anterior].

2. Si se mantiene el contrato, será indemnizable el daño causado por el error imputable, el dolo, la violencia, la intimidación y la ventaja injusta.

El daño se indemnizará en el marco del contrato, siendo aplicables en cuanto resulten oportunas las reglas de la indemnización de daños por incumplimiento del contrato.

3. […] [lo transcribo *infra* nota 886]».

firma (art. 1301 PMCC 2023 [844]), porque caduca el plazo de dos años para anularlo [art. 1299 PMCC 2023, que transcribo en lo que interesa *infra* notas 887 a), 888 a) y 891 a), y regula el «[p]lazo y cómputo de la facultad de anulación»] [845].

Manteniéndose el contrato, es daño causado por ese dolo, por ejemplo, el menor valor de la prestación realmente recibida (reducción del precio), los gastos que se hicieron por razón de la cosa, pensando que tenía determinadas características, no poseídas por lo recibido, deviniendo gastos inútiles (*v. gr.* instalación hecha para conservar en adecuadas condiciones ambientales el cuadro cuya autoría se atribuía a un renombrado pintor, si ello no puede aprovecharse), los gastos, que han tenido que hacerse, para que la prestación realmente recibida se ajuste a lo que era legítimamente esperable (las tuberías de conducción del agua dentro de la vivienda hubieron de cambiarse, por no encontrarse en el buen estado que se dijo). En cambio, por ejemplo, no es indemnizable la disminución del valor del terreno que se ha adquirido, debido a una variación en los precios del mercado por causas absolutamente ajenas al dolo habido.

Por último y para el presente supuesto en que el contrato se mantiene, se aplican «en cuanto resulten oportunas las reglas de indemnización de daños por incumplimiento del contrato» (art. 1306.2. II segunda regla PMCC 2023, que

---

[844] Artículo 1301 PMCC 2023: «Confirmación

1. La facultad de anular queda extinguida si quien puede ejercitarla, con conocimiento de la causa de anulabilidad y habiendo esta cesado, confirma el contrato expresa o tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando ejecute un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciar a dicha facultad.

2. La confirmación no necesita el concurso de la parte contratante a quien no correspondiese ejercitar la facultad de anular.

3. La confirmación purifica el contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración».

[845] Por otro lado:

a) En la *Propuesta de 2023* no se dispone un precepto como el artículo 1314 CC, que, recuerdo, ordena con carácter general la extinción de la acción de anulación cuando la cosa, objeto del contrato «se pierde por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquella», salvo que la causa de anulación «fuera la minoría de edad de alguno de los contratantes», o si la causa «fuera haber prescindido el contratante con discapacidad de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas», «siempre que el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».

b) En cambio, en la *Propuesta de 2009* se dispone un artículo equivalente a dicho artículo 1314 CC, el 1308, que tiene el siguiente tenor.

Artículo 1308 PMCC 2009:

«También se extinguirá la facultad de anulación de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquella.

Si la causa de anulación fuere la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad».

transcribo *supra* nota 843). Estas «reglas de indemnización de daños por incumplimiento contractual» se encuentran en los artículos 1187 a 1194 PMCC 2023 [846]. Al inicio de esta c), de este [44], apunté, que la presente norma de la aplicación de las reglas, que regulan la indemnización de daños por incumplimiento del contrato «cuando resulten oportunas» del artículo 1306.2. II PMCC 2023, se encuentra en el artículo 4:117 (3) PECL, aunque en este último, la norma se ordena tanto si se anula el contrato como si no, y, añado ahora, también se recoge en el artículo II.-7:214 (3) DCFR. En relación con estas normas de los PECL y del DCFR, Lohsse considera que es para «permitir, por ej., la aplicación de las reglas sobre reducción de pérdidas» [847]. Ahora bien, Lohsse también opina que la norma «no deja claro […] cuáles de las reglas generales [sobre daños por incumplimiento] son aplicables y la mención a las "apropiadas adaptaciones" no parece ayudar al respecto» [848]. Lohsse considera que «puede […] parecer apropiado distinguir entre el error y las otras causas de anulación»,

---

[846] a) Una panorámica sobre la estructuración del incumplimiento en la *Propuesta de 2023*, el cual se regula en el Capítulo VI «El incumplimiento», del Título Primero «Las obligaciones», del Libro IV «De las obligaciones y contratos» de la *Propuesta de 2023*), lo aportan sus siguientes secciones:

a.1) Sección Primera «Disposiciones generales (arts. 1171-1173 PMCC 2023).

a.2) Sección Segunda «Derecho al cumplimiento» (arts. 1174-1177 PMCC 2023).

a.3) Sección Tercera «Reducción del precio u (*sic*; o) de otra contraprestación» (arts. 1178-1179 PMCC 2023).

a.4) Sección Cuarta «Suspensión del cumplimiento y resolución por incumplimiento» (arts. 1180-1186 PMCC 2023).

a.5) Sección Quinta «Indemnización de daños» (arts. 1187-1194 PMCC 2023)

a.6) Y Sección Sexta «Estimación anticipada del daño, estimación presuntiva, pena convencional y obligación facultativa» (arts. 1195-1198 PMCC 2023).

Analiza los remedios por cumplimiento, Tur Faúndez, *RDP* (2024) pp. 3-25; *vid.* además, Roca Trías (2024) pp. 134-152, Verdera Server (2025) pp. 70-95; y para el remedio del cumplimiento, Martín Santiesteban, *InDret* (2025) pp.78-98, *vid.* además para los remedios por incumplimiento y su interrelación, pp. 76-77.

b) El citado, en el cuerpo del texto, artículo 1306.2. II PMCC 2023 no es la única ocasión en que, en la *Propuesta de 2023,* se remite a la aplicación de las normas del incumplimiento contractual, dejándose, un cierto margen de actuación al aplicador del derecho. En este sentido, otro ejemplo se encuentra en el artículo 1173.3 PMCC 2023.

Artículo 1173 PMCC 2023: «Remedios

1. En caso de incumplimiento del contrato, podrá el contratante insatisfecho ejercitar los siguientes remedios:

1.º Exigir el cumplimiento de la obligación.
2.º Reducir el precio.
3.º Suspender el cumplimiento de su obligación.
4.º Resolver el contrato.
5.º Exigir indemnización de los daños que el incumplimiento le hubiera producido.

2. Los remedios que no sean incompatibles podrán ser acumulados. La indemnización de daños es siempre compatible con los demás remedios.

3. Los remedios previstos para el incumplimiento del contrato son aplicables al de otras relaciones obligatorias, en la medida en que resulten adecuados a la naturaleza de cada una de ellas».

[847] Lohsse, «Artículo 4:117» (2018) 5 p. 732; traducción mía.

[848] Lohsse, «Artículo 4:117» (2018) 5 p. 732; traducción mía.

y así, «[s]i la otra parte ha actuado de mala fe, en vez de negligentemente, muchos derechos nacionales convincentemente permiten, a la parte legitimada para anular, recuperar todos los daños, incluso si él actuó negligentemente» [849]. Lohsse concluye que, «aunque las referencias a las reglas generales sobre daños son apreciables en principio, se necesita, aparentemente, alguna especificación» [850].

Conectando con la anterior reflexión de Lohsse y retornando a la *Propuesta de 2023*, por ejemplo, tal vez podría cuestionarse, para el dolo, aplicar la norma del artículo 1192.1 PMCC 2023, que se corresponde con la parte de su leyenda de «[d]años causados por el acreedor», consistente en que «[e]l deudor no responderá del daño en la medida en que el acreedor hubiera concurrido a causarlo» [851], pensando en el caso en que la víctima del dolo hubiera actuado negligentemente (en otro plano, recuerdo que para la anulación del contrato por dolo no es relevante que el error padecido por su víctima fuera inexcusable, *supra* [31] [A]). En cambio, sería aplicable la norma del artículo 1192.2 PMCC 2023, que se corresponde con la otra parte de su leyenda del «[d]eber de mitigar el daño». Si, descubierto el dolo, el que lo sufrió omitió su deber de mitigar el daño o de reducirlo, quien llevó a cabo el dolo no responderá del daño imputable a dicha omisión o no reducción; por otro lado, quien llevó a cabo el dolo indemnizará, al que lo sufrió, el gasto razonable que a este último le supuso adoptar la medida para mitigar o reducir el daño, incluso si la misma fue infructuosa (art. 1192.2 PMCC 2023 [852]). Más dudas, tal vez podría generar, la aplicación, o no, de la norma de que el daño no patrimonial indemnizable se limita a los supuestos en que la ley lo exija o lo justifique la naturaleza del contrato (art. 1188.3 PMCC 2023) [853].

---

[849] Lohsse, «Artículo 4:117» (2018) 5 p. 733; traducción mía.

[850] Lohsse, «Artículo 4:117» (2018) 5 p. 733; traducción mía.

[851] El artículo 1192.1 PMCC 2023 no tiene equivalente en la *Propuesta de 2009.*

[852] a) Artículo 1192 PMCC 2023: «Daños causados por el acreedor. Deber de mitigar el daño

1. […] [lo transcribo en el cuerpo del texto].

2. Tampoco responderá [el duedor] del daño que el acreedor hubiera debido evitar o reducir, adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe; pero el deudor deberá asumir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas».

b) En la *Propuesta de 2009*, su artículo 1211 es el equivalente al artículo 1192.2 PMCC 2023. Sobre el artículo 1211 PMCC 2009 y otros aspectos, Fenoy Picón, *ADC* (2011) [143]-[144] pp. 1661-1665.

[853] a) Artículo 1188 PMCC 2023: «Daño patrimonial y no patrimonial

1. El daño puede ser patrimonial y no patrimonial.

2. El daño patrimonial comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener.

Para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias.

3. El daño no patrimonial será indemnizable cuando lo exija la ley o lo justifique la naturaleza del contrato».

b) Pensando en el dolo incidental del artículo 1270. II CC, para Morales Moreno, *«[n]o cabe entender* que el ataque a la libertad que implica el dolo incidental *sea un daño moral,* que permita el ejercicio de una acción de indemnización» [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) [131] p. 601; *supra* nota 686 a)].

Todo lo anteriormente expuesto en relación con la aplicación del «en cuanto resulten oportunas las reglas de indemnización de daños por incumplimiento del contrato» del artículo 1306.2. II PMCC 2023, pensando en los daños por razón del vicio del consentimiento del dolo, es, entiendo, una mera muestra de la dificultad de la tarea a realizar, como venía a apuntar Lohsse. Pese a todo, estoy conforme con que se disponga esta norma del artículo 1306.2. II PMCC 2023, la cual ampliaría al supuesto en que el contrato se anula (art. 1306.1 PMCC 2023), en lo que se refiere a la aplicación, cuando resulte oportuno, de las reglas de indemnización de daños por incumplimiento del contrato.

[A] *El daño indemnizable según los PECL, DCFR y CESL*

[A.1] *El daño indemnizable según el artículo 4:117 PECL*

[A.1.1] En 2023 explicaba:

«[B.1] El artículo 4:117 PECL […] se ocupa *de las tres siguientes posibilidades. Una, indemnización de daños y perjuicios y anulación del contrato* [art. 4:117 (1) PECL; acumulación de remedios]. *Otra, solo indemnización de daños y perjuicios,* ya que el contrato *no se anula* porque el legitimado no lo hace, o no puede hacerlo al haber transcurrido el plazo de ejercicio de la anulación del contrato, o porque el contrato fue confirmado [art. 4:117 (2) PECL]. *Y la tercera y última posibilidad, solo indemnización de daños y perjuicios,* si la parte afectada actuó erróneamente debido a una información incorrecta *en el sentido del artículo 4:106 PECL* [art. 4:117 (2) PECL]. Según este artículo 4:106 PECL, la parte que celebró el contrato confiando en la información dada por la otra parte puede exigir indemnización de daños y perjuicios de conformidad con el artículo 4:117 (2) y (3), *incluso si la información no dio lugar a un error esencial del artículo 4:103 PECL,* salvo que la parte, que suministrase la información, tuviese razones para creer que la misma era correcta.

La relevancia de situarse en uno u otro supuesto, de los antes descritos, es *que la extensión de los daños y perjuicios es distinta,* como explico en los siguientes [B.2] y [B.3].

Por último, el artículo 4:117 (3) PECL dispone una norma común para todos los anteriores supuestos, la de que, respecto de otros aspectos, la indemnización de los daños y perjuicios será de conformidad con las normas del capítulo 9, sección 5, sección que trata de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, y ello, con las apropiadas adaptaciones [854].

Más allá, García Vicente comenta la *STS, 1.ª, 15.06.2010 (Pte. Excmo Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos)* sobre daño moral y el artículo 1107. II CC (criterio de imputación objetiva que incluye a los daños morales); la doctrina de dicha sentencia se reitera en la *STS, 1.ª, Pleno, 23.07.2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimen*a) [nota 1089 de pp. 601-602].

[854] a) Artículo 4:117 PECL: «Damages

(1) A party which avoids a contract under this Chapter [4 "Validity"] may recover from the other party damages so as tu put he avoiding party as nearly as possible into the same position as if it had non

[B.2] *Para el supuesto de la anulación del contrato e indemnización de los daños y perjuicios,* según el artículo 4:117 (1) PECL, dicha indemnización debe permitir, al que anula el contrato, *colocarle tan cerca como sea posible, en la misma situación en que estaría si no hubiese celebrado el contrato, a condición de que la otra parte supiera o hubiera debido haber sabido que* existía el error, *el dolo,* la intimidación, o el beneficio excesivo o ventaja injusta.

En el Comentario oficial se apunta que *no basta,* a quien celebró el contrato por un error no compartido por el otro contratante, *o por dolo,* o por amenazas, o por excesiva o injusta ventaja, *disponer solo del derecho a anular el contrato* o, parte de él, pues, puede suceder que *aquel no quiera ejercitar la anulación y entonces, ¿debería quedarse sin remedios?,* señalándose que, *como mínimo,* debería tener derecho a recuperar cualquier ganancia que la otra parte hubiera obtenido a sus expensas como resultado de la conducta que dio lugar a su derecho a anular.

Por otro lado, el efecto restitutorio, fruto de la anulación del contrato, puede no bastar, pues los sujetos afectados pueden haber sufrido mayores pérdidas, que no habrían tenido lugar si no hubieran existido aquellas conductas y dichos sujetos afectados deberían tener derecho a recuperar el daño. *Pues bien, el artículo 4:117 (1) PECL les permite recuperarlo.* Se advierte que en muchos sistemas legales se considera que la indemnización de daños y perjuicios es, en estos supuestos, extracontractual, pero, *si el contrato está sometido a los PECL, la reclamación se ampara en el artículo 4:117 PECL.*

---

concluded the contract, provided that the other party knew or ought to have known of the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage.

(2) If a party has the right to avoid a contract under this Chapter [4 "Validity"], but does not exercise its right or has lost its right under the provisions of Articles 4:113 ["Time Limits"] or 4:114 ["Confirmation"], it may recover, subject to paragraph (1), damages limited to the loss caused to it by the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage.

The same measure of damages shall apply when the party was misled by incorrect information in the sense of Article 4:106 ["Incorrect Information"].

(3) In other respects, the damages shall be in accordance with the relevant provisions of Chapter 9 ["Particular Remedies for Non-Performance"], Section 5 ["Damages and Interest"], with appropriate adaptations».

b) Artículo 4:117 PECL: «Daños y perjuicios

(1) La parte que denuncia [*sic*; anula] un contrato en virtud del presente capítulo [4 «Validez] podrá solicitar de su contraparte una indemnización de daños y perjuicios que le permita volver a una situación lo más parecida posible a la que tendría de no haberse celebrado el contrato, siempre que la otra parte hubiera sabido o hubiera debido saber que existía error, dolo, intimidación, un beneficio excesivo o ventaja injusta.

(2) La parte que teniendo derecho para anular un contrato conforme este capítulo [4 "Validez"], no lo ejerce o lo ha perdido en virtud de las disposiciones de los artículos 4:113 ["Plazos"] o 4:114 ["Confirmación"] puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios como señala el apartado (1), limitada a las pérdidas sufridas como consecuencia del error, dolo, intimidación, beneficio excesivo o ventaja injusta. Los mismos criterios se aplicarán para el cálculo de los daños cuando la parte hubiera actuado erróneamente en función de una información incorrecta en el sentido del artículo 4:106 ["Información incorrecta"].

(3) Por lo demás y con los ajustes que correspondan, se aplicarán a la indemnización por daños y perjuicios las disposiciones correspondientes de la sección 5 ["Daños y perjuicios"] del capítulo 9 ["Recursos específicos en caso de incumplimiento"]» [Barres Benlloch/Embid Irujo/Martínez Sanz (2003) p. 406; otra traducción, Díez-Picazo/Roca Trías/Morales (2002) pp. 46-47].

Sentado que ha de haber derecho a la indemnización de daños y perjuicios, cuando el contrato se anula, *¿cuál es su extensión?* En el Comentario oficial se explica que la indemnización *por incumplimiento (contractual)* se dirige a situar a la parte perjudicada en la situación en la que se encontraría *si el contrato se hubiera cumplido, pero, en los supuestos del Capítulo 4 de los PECL* (y uno es el de los vicios del consentimiento) no hay *incumplimiento (contractual) o al menos, no necesariamente lo hay: incluso* si hubo *dolo,* o se facilitó una información incorrecta el sujeto declarante *no necesariamente hizo una promesa contractual de que era verdad y, si no hubo tal promesa contractual de que fuera verdad, la declaración no verdadera no causó el daño de la* "*pérdida de la expectativa*" *(*"*loss of expectation*"*) y la indemnización no la incluirá.* Entonces, *¿cuál es el fin de la indemnización del artículo 4:117 PECL? Volver a situar a la parte en la situación en la que se encontraría si no hubiera celebrado el contrato.* En la *Illustration 3* se expone este ejemplo. L alquila un piso a T, diciéndole que el ocupante del piso tiene derecho a usar el jardín de la plaza situada enfrente del edificio de apartamentos. L sabe que su declaración no es verdad. T pacta pagar 400 £ por mes, siendo la renta normal por dicho piso de 350 £ por mes. En el edificio hay pisos similares al de T, que sí tienen derecho a usar del jardín, siendo su renta mayor, de 500 £ por mes. T tiene derecho a recuperar de L, en concepto de daños y perjuicios, la cantidad de 50 £ por mes, y no la de 150 £ por mes.

La indemnización de daños y perjuicios del artículo 4:117 PECL puede incluir las oportunidades que la parte dejó pasar, confiando (en la validez del) en el contrato. En la *Illustration 5* se explica lo siguiente. E acepta una oferta de empleo de F, después de que F dolosamente le haya comunicado que el contrato incluye una pensión vinculada a cierto índice. E descubre que el empleo carece de esa pensión y renuncia al mismo. Al haber aceptado el empleo de F, E dejó pasar otra oferta de trabajo con un salario mucho mejor del que podría obtener ahora en otro sitio. E puede recuperar, en concepto de daños y perjuicios, la diferencia de lo que habría ganado en el otro empleo y el salario que puede ahora obtener.

[B.3] *Para el supuesto de que el contrato no se anule porque, teniéndose derecho, no se anula, o no se tiene derecho a anular porque transcurrió el plazo para hacerlo, o el contrato se confirmó,* el artículo 4:117 (2) PECL, ordena que la indemnización de los daños y perjuicios *se limite* a las pérdidas causadas por el error, *o por el dolo,* o por la intimidación, o por el beneficio excesivo o ventaja injusta.

En el Comentario oficial se apunta, para estos supuestos, que la indemnización de los daños y perjuicios *no necesariamente ha de colocar en la misma situación en que se estaría si no se hubiese celebrado el contrato,* ya que, permitirlo, podría suponer desplazar *otros* daños a la otra parte, como por ejemplo el daño consistente en la disminución del valor de una propiedad, *cuando dicha pérdida no se relaciona con la causa de anulación, y esto mismo se aplica particularmente al supuesto del suministro incorrecto de información del artículo 4:106 PECL.* En la *Illustration 6,* A, promotor inmobiliario, compra un solar por 5 millones de libras, confiando en la declaración del vendedor de que sobre el solar no existen derechos de terceros. Más tarde, A descubre que hay un derecho de paso sobre una parte del solar, no lo suficientemente grave como para

considerar que el error sea relevante de conformidad con el artículo 4:103 PECL (que regula el error), pero a A la desviación de la trayectoria del derecho de paso le costará 10.000 £. A puede reclamar la indemnización, amparándose en el artículo 4:106 PECL (*Incorrect Information*) [artículo este, que remite al artículo 4:117 (2) y (3) PECL; […]]. Mientras tanto y debido a un desplome en los precios en las propiedades, el valor del solar comprado por A desciende de 5 millones de libras a 2,5 millones de libras. *La indemnización de daños y perjuicios se limita a las 10.000 £.*

[B.4] *Por último, para los supuestos, que expongo en las anteriores [B.2] y [B.3] y para otros aspectos de la indemnización de daños y perjuicios,* se aplican las normas indemnizatorias por incumplimiento contractual de la sección 5 del capítulo 9 de los PECL, *con las apropiadas adaptaciones.*

En el Comentario oficial se explica que, a veces, la víctima *del dolo,* o del error, *no protege sus propios intereses, contribuyendo a sus pérdidas y aquí, la cuantía de los daños indemnizables puede reducirse* (cfr. artículo 9:504 PECL, «*Loss atributable to Aggrieved Party»,* y artículo 9:505 PECL: *«Reduction of Loss»)»* (cursiva del original) [855].

[A.1.2] Por su parte, Díez-Picazo/Roca Trías/Morales comentan lo siguiente sobre las reglas del artículo 4:117, (1) y (2), PECL:

«El artículo 4:117 PECL regula dos situaciones diferentes: la primera es la de la parte que efectivamente ejercita la acción de anulación; la segunda es […] la situación de la parte que tenía derecho a ejercitar la acción de anulación, pero que no ejercita este derecho o que lo ha perdido de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 4.113 [que se ocupa de regular los plazos de ejercicio] y 4.114 PECL [que se ocupa de regular la confirmación del contrato].

Las situaciones contempladas, por consiguiente [en dicho artículo 4:117 PECL], son dos: el ejercicio de la acción para demandar la responsabilidad precontractual junto con la acción de anulación; y el ejercicio de una acción de responsabilidad precontractual cuando la acción de anulación no se ejercita. Naturalmente, en uno y otro caso, la responsabilidad precontractual requiere la llamada "culpa *in contrahendo"*, que se concreta en el hecho de que la parte contratante hubiera conocido o debido conocer el error, el dolo, la amenaza o la obtención de un beneficio excesivo o de una ventaja desleal.

El problema que plantean una y otra hipótesis es la determinación del alcance de la indemnización. En el supuesto en que la acción de reclamación de la responsabilidad precontractual se ejercite conjuntamente con la acción de anulación y, por consiguiente, presuponga la primera que el contrato resulte anulado, no parece justo conceder al demandante la indemnización integral a que tendría derecho por no-cumplimiento [*sic*], pues él mismo ha elegido la anulación del contrato liberándose, de esta suerte, de sus propias obligaciones. Por eso, la regla tradicionalmente admitida y la que el artículo 4.117 establece, es la del llamado interés negativo, consistente en indemnizar para colocar a la parte perjudicada en

[855] Fenoy Picón (2023) pp. 467-471.

la misma posición que hubiera tenido si no hubiera celebrado el contrato, aunque suele admitirse, y así se hace en el Comentario, que tal indemnización puede comprender una compensación por las oportunidades de contratar que hubiera perdido sobre la base de la confianza suscitada en la celebración del contrato.

En aquellos casos en que el contrato, no obstante poder serlo, no haya sido anulado por la parte facultada para ello, la cuestión del alcance de la indemnización por responsabilidad precontractual que se le puede conceder, resulta más dudosa. En principio, se podría pensar que el no ejercicio de la acción de anulación comporta una confirmación de acuerdo con el artículo 4:114 PECL y que, por consiguiente, la responsabilidad precontractual queda también absorbida por la confirmación, aunque ello no impida establecer con claridad el dato de que los daños han sido, sin embargo, causados.

La solución de los PECL [art. 4:117 (2)] se coloca en un punto intermedio entre el interés positivo y el negativo y es limitar la indemnización a las pérdidas que a la parte perjudicada le hubiera causado el error, la información incorrecta, el dolo y las restantes causas de anulación» [856].

[A.2] *El daño indemnizable según el artículo II.-7:214 DCFR*

a) La primera regla del artículo II.-7:214 DCFR dispone que, el que tiene derecho a anular el contrato bajo la sección 2, titulada «[v]icios del consentimiento o de la voluntad», o que tuvo tal derecho pero lo perdió debido a que pasó el tiempo para su ejercicio o confirmó el contrato, tiene derecho, se haya o no anulado el contrato, a que la otra parte le indemnice cualquier daño sufrido como resultado del error, fraude, coerción, amenazas o explotación injusta, si la otra parte sabía o podría razonablemente esperarse que supiera de la causa de anulación.

La segunda regla del artículo II.-7:214 DCFR ordena que los daños indemnizables son aquellos que sitúen a la parte perjudicada, tan cerca como sea posible, en la posición en que se encontraría si no hubiera celebrado el contrato, con la limitación de que, si la parte no anula el contrato, la indemnización de los daños no puede exceder de las pérdidas causadas por el error, dolo, coerción, amenazas o explotación injusta.

Finalmente, la tercera regla del artículo II.-7:214 DCFR ordena que, para otros aspectos, las reglas sobre daños por incumplimiento contractual se aplican con la apropiada adaptación [857].

---

[856] Díez-Picazo/Roca Trias/Morales (2002) pp. 244-245.

[857] a) Artículo II.-7:214 DCFR: «Damages for loss

(1) A party who has the right to avoid a contract under this Section ["Vitiated consent or intention"] (or who had such a right before it was lost by the effect of time limits or confirmation) is entitled, whether o not the contract is avoided, to damages from the other party for any loss suffered as a result of the mistake, fraud, coercion, threats or unfair exploitation, provided that the other party knew or could reasonably be expected to have known of the ground for avoidance.

(2) The damages recoverable are such as to place the aggrieved party as nearly as possible in the position in which that party would have been if the contract had not been concluded, with the further limitation that, if the party does not avoid the contract, the damages are not to exceed the loss caused by mistake, fraud, coercion, threats or unfair exploitation.

b) En el comentario oficial del artículo II.-7:214 DCFR se reiteran algunas ideas de las expuestas en el paralelo comentario oficial del artículo 4:117 PECL (*supra,* anterior [A.1.1]), como, por ejemplo y para cuando el contrato se anula, las siguientes. Que la indemnización por daños por incumplimiento contractual tiene por finalidad «situar a la parte perjudicada en la posición en la que estaría si la obligación hubiese sido cumplida», y en los casos cubiertos por la presente sección 2 («Vicios del consentimiento o de la voluntad») no hay «un incumplimiento, o al menos, no necesariamente», y, si no hay una promesa contractual, no se causa una pérdida de la expectativa («loss expectation») y la indemnización no debe incluirla [858]. En cambio, si la afirmación dolosa o incorrecta constituye un incumplimiento contractual, el acreedor podrá elegir entre ejercitar los remedios de la antes mentada sección 2 o los remedios por incumplimiento. Ahora bien y a diferencia del paralelo comentario oficial del artículo 4:117 PECL, en el del artículo II.-7:214 DCFR se precisa que las «pérdidas» abarcan las patrimoniales y las no patrimoniales [859]. «Las "pérdidas patrimoniales" incluyen las pérdidas de ingreso o beneficio, las cargas (responsabilidad) en que se incurre y la reducción en el valor de la propiedad» [860]. «Las pérdidas no patrimoniales incluyen el dolor y el sufrimiento y disfunciones en la vida» [861]. Al igual que en el comentario oficial del artículo 4:117 PECL, se reitera en el del artículo II.-7:214 DCFR, que se «incluye la indemnización por las oportunidades, que la parte dejó pasar por la confianza en el contrato» [862].

En relación al supuesto en que el contrato no se anula, en el comentario oficial del artículo II.-7:214 DCFR se indica, al igual que en el comentario oficial del artículo 4:117 PECL, que quien no anula el contrato, «no debería necesariamente ser situado en la misma situación como si el contrato no hubiera sido celebrado», pues «admitir esto podría permitir que la parte trasladase otras pérdidas,

---

(3) In the other respects the rules on damages for non-perfomance of a contractual obligation apply with any appropiate adaptation».

b) Artículo II.-7:214 DCFR: «Indemnización por daños

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

(2) La indemnización que puede solicitar la parte perjudicada es la que, en la medida de lo posible, le permita volver a colocarse en la misma situación en que se encontraría si el contrato no se hubiese celebrado, con la limitación adicional de que, si dicha parte perjudicada no anula el contrato, la indemnización no podrá exceder de las pérdidas causadas por el error, dolo, coacción, amenazas o explotación injusta.

(3) Por lo demás, y con las adaptaciones pertinentes, se aplicarán las reglas de la indemnización por daños causados por el incumplimiento de una obligación contractual» [revisión de Bosch Capdevila (2015) p. 108].

858 *Comment B,* «Artículo II.-7:214», Von Bar/Clive (2009) (ed.) p. 529; traducción mía.

859 *Comment B,* «Artículo II.-7:214», Von Bar/Clive (2009) (ed.) p. 530; traducción mía.

860 *Comment B,* «Artículo II.-7:214», Von Bar/Clive (2009) (ed.) p. 530; traducción mía.

861 *Comment B,* «Artículo II.-7:214», Von Bar/Clive (2009) (ed.) p. 530; traducción mía.

862 *Comment B,* «Artículo II.-7:214», Von Bar/Clive (2009) (ed.) p. 530; traducción mía.

tales como una disminución en el valor de la propiedad, a la otra parte», cuando dicho ítem de pérdida no se relaciona con la causa de anulación [863].

Finalmente, en el comentario oficial del artículo II.-7:214 DCFR se explica, al igual que en el comentario oficial del artículo 4:117 DCFR, que «a veces, la víctima del dolo o error contribuye a la causación de los daños sufridos», y entonces, los daños pueden reducirse [864]. Lo anterior es «uno de los efectos de la aplicación de las reglas generales» de indemnización «de daños por incumplimiento contractual, excepto lo modificado por el artículo» II.-7:214 DCFR [865].

[A.3] *El daño indemnizable según el artículo 55 CESL*

a) Según dicho artículo, si, conforme a lo dispuesto en el Capítulo 5 del CESL, roturado «[v]icios del consentimiento», se tiene derecho a anular el contrato, o se tuvo, dado que se perdió tal posibilidad porque caducó el derecho a anular o se confirmó el contrato, tanto si se anula, o no, aquella parte está legitimado para exigir indemnización por cualquier pérdida que tenga por causa el error, el dolo, las amenazas o la explotación injusta, en el supuesto en que la otra parte sabía, o podía esperarse que supiera, de las circunstancias relevantes [866].

b) En su comentario al artículo 55 CESL, Pfeiffer hace las siguientes consideraciones, que no resultan extrañas, una vez que ya he expuesto las paralelas regulaciones de los artículos 4:117 PECL y II.-7:214 DCFR (*supra,* anteriores [A.1] y [A.2]). En lo que interesa, dice Pfeiffer:

b.1) Que «[e]l factor que atribuye la responsabilidad, en el artículo 55, es que la parte responsable sabía o podía esperarse que supiera de las circunstancias relevantes»; «[e]l conocimiento o el esperado conocimiento constituye un *elemento de culpa* [cursiva, negrita en el original] en este contexto» [867]. «La conducta culpable consiste en que la otra parte sabía o podía haber sabido de las circunstancias viciantes, sin embargo, no se abstuvo de obtener el consentimiento viciado de la parte que sufrió el error, el engaño, la amenaza, o la explotación» [868]. Y «[e]ste elemento de culpa también explica», apunta Pfeiffer, la razón de que el artículo 55 CESL «se aplique aunque el tiempo límite para la anulación [art. 52 CESL] haya transcurrido o se tenga en cuenta una confirmación» del contrato [869].

b.2) El artículo 55 CESL se aplica a todo derecho a anular el contrato que se base en el consentimiento viciado de los artículos 48 a 51 CESL, en donde se

---

[863] *Comment C*, «Artículo II.-7:214», Von Bar/Clive (2009) (ed.) p. 530; traducción mía.

[864] *Comment D*, «Artículo II.-7:214», Von Bar/Clive (2009) (ed.) p. 531; traducción mía.

[865] *Comment D*, «Artículo II.-7:214», Von Bar/Clive (2009) (ed.) p. 531; traducción mía.

[866] Artículo 55 CESL: «Indemnización por pérdidas

La parte que, conforme a las normas del presente capítulo ["Vicios del consentimiento"], tenga derecho a anular el contrato o que tuviera dicho derecho antes de perderlo por caducidad o por la confirmación del contrato, estará legitimada, tanto si el contrato es anulado como si no, para solicitar a la otra parte una indemnización por cualquier pérdida sufrida a consecuencia del error, dolo, amenazas o explotación injusta, siempre que esta otra parte supiese o quepa esperar que supiese de las circunstancias relevantes».

[867] Pfeiffer «Artículo 55» (2012) 1 p. 294; traducción mía.

[868] Pfeiffer, «Artículo 55» (2012) 1 p. 294; traducción mía.

[869] Pfeiffer, «Artículo 55» (2012) 1 p. 294; traducción mía.

regulan el error, el dolo, las amenazas y la explotación injusta [870]. Reunidos los requisitos, exigidos en dichos artículos 48 a 51 CESL, la reclamación de los daños del artículo 55 CESL «es independiente del destino del derecho a anular» [871].

b.3) Mientras que la «obligación de indemnizar daños por incumplimiento se dirige a situar a la parte dañada en la posición en la que hubiera estado si el contrato hubiera sido cumplido correctamente», el artículo 55 CESL «se dirige a colocar a la parte en la situación en que hubiera estado sin la celebración del contrato», lo que a veces se designa con la expresión «"interés negativo" [este último entrecomillado, negrita en el original] (como opuesto al "interés positivo", el cual protege las reclamaciones de daños por incumplimiento e incluye la compensación por las expectativas que tenía una parte con base en el correcto cumplimiento del contrato)» [872]. Tan «[s]olo en excepcionales casos, la parte puede exigir daños por incumplimiento, a causa de defectos en el consentimiento»: así, cuando «la parte obligada garantizó o hizo una promesa sobre la exactitud de ciertos hechos» [873].

b.4) «Si el *contrato fue anulado* [cursiva, negrita en el original], la parte puede reclamar los gastos que tuvo para negociar el contrato»; las pérdidas «en que incurrió, la parte que anula, por no concluir un contrato sustituto con un tercero, o porque no lo hizo más pronto»; los «efectos nocivos del contrato: por ej., si dolosamente el vendedor no informó al comprador, que el sistema de frenado del coche vendido de segunda mano no funciona correctamente y, como consecuencia, el comprador tuvo un accidente, el comprador puede reclamar una compensación por todas las pérdidas que resulten del accidente»; y «también [se] incluyen las pérdidas no pecuniarias sufridas, por ej. como resultado de dicho dolo o de una amenaza» [874].

b.5) «Si el contrato *no fue anulado* [cursiva, negrita en el original], la parte puede reclamar sus pérdidas por la diferencia entre los hechos verdaderos y las asunciones, hechas erróneamente o por consecuencia del dolo» [875]. Ahora bien, la indemnización de «los daños no puede ir más allá de [la indemnización] de los daños, recuperables, en caso de anulación, dado que la parte titular tomó su propia decisión de no anular un contrato anulable» [876]. En este sentido, si hubo error o dolo, los daños «se limitan a la situación que habría resultado, si no hubiera habido dicho defecto», que es lo que la parte afectada por el vicio «podría esperar» [877]. Se advierte que esta limitación es dispuesta expresamente en el artículo II.-7:214 DCFR [del que me ocupo *supra*, anterior [A.2]], pero no se indica en el artículo 55 CESL [878]. No obstante, ello resulta de la «lógica legal subya-

[870] Pfeiffer, «Artículo 55» (2012) 6 p. 295; traducción mía.
[871] Pfeiffer, «Artículo 55» (2012) 10 p. 295; traducción mía.
[872] Pfeiffer, «Artículo 55» (2012) 17 p. 296; traducción mía.
[873] Pfeiffer, «Artículo 55» (2012) 17 pp. 296-297; traducción mía.
[874] Pfeiffer, «Artículo 55» (2012) 18 p. 297; traducción mía.
[875] Pfeiffer, «Artículo 55» (2012) 19 p. 297; traducción mía.
[876] Pfeiffer, «Artículo 55» (2012) 19 p. 297; traducción mía.
[877] Pfeiffer, «Artículo 55» (2012) 19 p. 297; traducción mía.
[878] Pfeiffer, «Artículo 55» (2012) 19 p. 297; traducción mía.

cente en dicho artículo 55 CESL», y de ahí su aplicación, «incluso sin ser expresamente establecido» [879].

b.6) Por último, frente al «Capítulo 16 [del CESL] que se ocupa de los daños por incumplimiento», en el artículo 55 CESL se dispone la indemnización de los «daños por el *incumplimiento de un deber precontractual* [cursiva, negrita en el original] derivado de la buena fe» [880]. Por consiguiente, «las disposiciones del Capítulo 16 [del CESL] no se aplican directamente», sino que pueden aplicarse por analogía, en la medida que sean apropiadas para la naturaleza de los daños ("interés negativo") dispuestos en el artículo 55» CESL [881]. «En particular, el artículo 162 sobre las pérdidas atribuibles al acreedor y el artículo 163 sobre la reducción de las pérdidas se aplican por analogía» [882].

La antes explicada norma del artículo 1306.2 PMCC 2023, para cuando el contrato se mantiene, es criticada por Esplugues García. Recuerdo

---

[879] a) Pfeiffer, «Artículo 55» (2012) 19 p. 297; traducción mía.

Como crítica al artículo 55 CESL, Pfeiffer considera que «la extensión de los daños del artículo 55, ni es fácil de comprender, ni de definir. Por tanto, hubiera sido preferible volver a establecer totalmente el artículo II.-7:214 DCFR [que transcribo *supra*, nota 857] a este respecto» (20 p. 297). Y «[s]i el CESL (P) pretendía desviarse de esta última regla, esto, con la finalidad de claridad, debería haberse establecido expresamente» (20, p. 297).

b) Considerando la regulación de la indemnización de los artículos 3.2.16 Principios UNIDROIT 2016 (*supra,* nota 826), 4:117 PECL, y II.-7:214 DCFR (*supra,* en el cuerpo del texto, en anteriores [A.1] y [A.2] respectivamente), Lohsse hace las siguientes consideraciones globales:

«Teniendo en cuenta la […] distinción entre daños, a sumar a la anulación efectivamente realizada, por un lado, y, daños en lugar de la anulación, por otro lado, la abstracta disposición sobre los daños indemnizables, consistente en colocar a la parte en aquella situación como si no hubiera celebrado el contrato (como en el [art.] 3.2.16 PICC), es disposición claramente insuficiente. Tanto el [art.] 4:117, (1) y (2), PECL, como el [art.] II.-7:214 (2) DCFR […] tienen en cuenta aquella básica distinción. De acuerdo con sus disposiciones, la parte, con derecho anular, puede reclamar que se la coloque como si el contrato no hubiera sido celebrado, solo si la anulación es efectivamente realizada ([art.] 4:117 (1) PECL, [art.] II.-7:214 (2) DCFR]. La indemnización de los daños, en lugar de la anulación, se limitan a "las pérdidas causadas por el error, dolo, amenaza, u obtención de un beneficio excesivo o ventaja injusta" ([art. 4:117 (2) PECL, [art.] II.-7:214 (2) DCFR). La última locución […] ha causado dificultades en su interpretación. Primero, si bien es claro que, […] tal formulación solo se refiere al interés de confianza, la misma no tiene la pretensión de colocar a la parte en la situación, en que estaría, si la información hubiera sido verdadera; la formulación suscita la duda a este respecto. Segundo, desde un punto de vista imparcial, las "pérdidas causadas por el error, etc." podrían leerse en el sentido de que se abarcan todos los aspectos del interés de confianza, incluyendo la celebración del contrato tal cual, más que solo incluir las pérdidas, que es a lo que quiere referirse. Esta interpretación es […] confirmada en el [art.] II.-7:214 DCFR, que dice "daños por pérdidas sufridas como resultado del error, etc." como un concepto más amplio, que abarca ambas categorías de daños dispuestas en el apartado (2). Las "perdidas causadas por error, etc." del apartado (2) llegan a ser, supuestamente, una subcategoría más reducida de las "pérdidas sufridas como resultado del error"; sin embargo, esto no parece ayudar a la clarificación. […] [Y] menos ayuda se encuentra en el [art.] 55 CESL, que simplemente se limita a copiar el [art.] II.-7:214 DCFR y se omiten todas las "aclaraciones" de [dicho art.] II.-7:214 DCFR. Comparando entre sí las reglas modelo, parece aconsejable [entiende Pfeiffer] seguir al [art.] 4:117 PECL. Aún podría ser de ayuda, no solo referirse a las "pérdidas causadas por el error, etc.", sino a las "pérdidas causadas por el contrato celebrado con error, etc., más que sin error, etc"» [«Artículo 4:117» (2018) 4 p. 732; traducción mía].

[880] Pfeiffer, «Artículo 55» (2012) 4 p. 295; traducción mía.

[881] Pfeiffer, «Artículo 55» (2012) 4 p. 295; traducción mía.

[882] Pfeiffer, «Artículo 55» (2012) 4 p. 295; traducción mía.

que este autor, ubicándose en el Código civil, indica y destaca que hay casos que admiten la doble calificación de dolo como vicio del consentimiento/dolo como incumplimiento, mientras que otros, siendo calificables de dolo como vicio del consentimiento, no admiten su calificación como incumplimiento (*supra* [43] c) [A.2] y [A.3]). Igualmente recuerdo que Esplugues García entiende que si la indemnización de daños y perjuicios se encauza a través del dolo como vicio del consentimiento, se indemniza el interés en la confianza, tanto si solo se ejercita dicho remedio indemnizatorio, como si se le ejercita junto con la anulación del contrato (*supra* [43] c) [A.1]). Pues bien, tras indicar que en el artículo 1306, 1 y 2, PMCC 2023 «se recoge que el contratante afectado por el dolo como vicio del consentimiento podrá exigir una indemnización por el interés de confianza si opta por anular el contrato, pero que el daño se liquidará por las reglas relativas al incumplimiento del contrato cuando se mantenga», Esplugues García afirma que «[e]l problema que presenta este enfoque [del art. 1306, 1 y 2, PMCC 2023] se da en los supuestos de dolo como vicio del consentimiento que no admitan la doble calificación como casos de incumplimiento y de vicio de consentimiento» [883]. En estos casos, «el Tribunal Supremo considera que no hay incumplimiento del contrato […], por lo que no entendemos [Esplugues García] cómo puede calcularse la indemnización como si hubiera existido el incumplimiento» [884]. Termina su exposición Esplugues García con el siguiente ejemplo: «la dueña de un cuadro de Monet es engañada por un experto para que le venda el cuadro a un precio irrisorio. Si pretende su interés de cumplimiento y no anular el contrato, se

[883] Esplugues García, *RDC* (2024) p. 148 y nota 107 de p. 148.

[884] a) Esplugues García, *RDC* (2024) p. 148.

b) Anteriormente, Esplugues García decía para el dolo regulado en el Código civil: «El otro problema que surge de la consideración como contractual de la acción indemnizatoria derivada del dolo es la relación entre esta indemnización y si hay o no incumplimiento del contrato. En los casos de dolo como vicio del consentimiento que se pueden calificar como de incumplimiento, este problema no se da, puesto que la indemnización puede reconducirse a la del incumplimiento. En cambio, en los supuestos de dolo como vicio del consentimiento que no permiten la doble calificación, se da un caso de indemnización de daños sin incumplimiento» [*RDC* (2024) p. 144]. De inmediato y en caja más pequeña, apunta Esplugues García: «Ejemplo de ello son la SSTS de 16 de febrero de 2010 –engaño sobre el valor del bien vendido– y de 28 de septiembre de 2011 –engaño sobre los bienes donados–. En ninguno de ellos existe divergencia entre lo pactado y lo ejecutado; en cambio, se cumplen los requisitos de identidad, integridad e indivisibilidad de la prestación, por lo que no puede considerarse que haya incumplimiento alguno. En estos casos, estaríamos ante una indemnización contractual pese a que no haya incumplimiento./ Del mismo modo, ocurre en las sentencias del Tribunal Supremo sobre indemnización por incorrecta comercialización de productos financieros. En ellas, se sostiene que no hay incumplimiento alguno de contrato a efectos de resolver por incumplimiento, pero sí existe el incumplimiento para indemnizar» (en caja más pequeña en el original; pp. 144-145).

mantendrá [este] con una protección que resulta lesiva para sus intereses. En cambio, si consigue anular el contrato puede revender el cuadro por un precio mayor y, por tanto, obtener una mejor posición» [885].

c.2) Tras haber analizado los apartados 1 y 2 del artículo 1306 PMCC 2023, resta que haga lo propio para su último apartado, el 3 [886], en el que se disponen las siguientes normas:

c.2.1) Según el artículo 1306.3, primera regla, PMCC 2023 (que transcribo en la anterior nota 886), se anule o se mantenga el contrato, para exigir indemnización de daños se cuenta con un plazo de cinco años y de prescripción.

En el artículo 1306.3, primera regla, PMCC 2023 se emplea la locución «acción indemnizatoria». En mi opinión, hubiera sido más adecuado redactar «remedio indemnizatorio», por razón de concordancia sistemática con otros artículos de la *Propuesta de 2023* (por ejemplo, tanto en el art. 1308 PMCC 2023, que transcribo *supra* nota 841, como en el art. 1173 PMCC 2023, que transcribo *supra* nota 846 b), se emplea «remedios»].

En cuanto al plazo de los cinco años para el ejercicio del remedio indemnizatorio y su naturaleza de plazo de prescripción, esto coincide con lo ordenado en el artículo 1964.2 CC para las acciones personales que no tengan plazo especial. No parece que sorprenda la anterior norma, si se tiene presente que en el artículo 1306.2 PMCC 2023 se apunta al «marco del contrato», aunque, ciertamente, el marco se limita al supuesto en que el contrato se mantiene. Ahora bien, lo que efectivamente se dispone en el artículo 1306.3, primera regla, PMCC 2023 es una norma uniforme para este remedio indemnizatorio de origen precontractual; esto es, una misma norma, independientemente de que el contrato se anule o se mantenga. Comparando con el Código civil [*supra* [43] b)] y con la *Propuesta de 2009*, en los que nada se ordena específicamente al respecto, la norma del artículo 1306.3, primera regla, PMCC 2023 es novedad sustantiva. Y otra vez entiendo que es una mejora.

---

[885] Esplugues García, *RDC* (2024) p. 148; en nota 108 de p. 149 advierte que el ejemplo lo toma de Basozabal Arrue.

[886] Artículo 1306 PMCC 2023: «Daño indemnizable

1. […] [lo transcribo *supra* nota 842].
2. […] [lo transcribo *supra* nota 843].
3. En los casos previstos en los dos apartados anteriores, la acción indemnizatoria prescribe a los cinco años. El comienzo del cómputo del plazo se producirá según lo previsto en el artículo 1299».

c.2.2) La segunda norma del artículo 1306.3 PMCC 2023 se refiere al «comienzo […] del cómputo del plazo» de los cinco años, que debe hacerse «según lo previsto en el artículo 1299» PMCC 2023 (art. 1306.3, segunda regla, PMCC 2023, que transcribo *supra* nota 886). Es una disposición de remisión, y simultáneamente, de unificación del *dies a quo,* en relación con el plazo para anular el contrato (dos años, caducidad) y el plazo para exigir indemnización de daños (cinco años, prescripción).

El citado artículo 1299 PMCC 2023 tiene por leyenda «[p]lazo y cómputo de la facultad de anulación» y, para el dolo causal, dispone que el legitimado para anular el contrato cuenta con un plazo de dos años, de caducidad (art. 1299.1.1.º PMCC 2023 [887]) a computar «desde que» dicho «legitimado para anular el contrato hubiese conocido o debido conocer la causa de la

---

[887] a) Artículo 1299 PMCC 2023: «Plazo y cómputo de la facultad de anulación

1. La facultad de anular el contrato caducará:

1.º En los casos de violencia, intimidación, error, dolo, conflicto de intereses o minoría de edad, a los dos años.

[…].

2. […] [en parte lo transcribo en la nota inmediatamente siguiente, en a)].

3. […] [en parte lo transcribo *infra,* nota 891].

b) Frente a lo dispuesto en el artículo 1299 PMCC 2023 (dos años y caducidad), en el Código civil y en la *Propuesta de 2009:*

b.1) Sobre la duración del plazo para anular, se dispone cuatro años en el Código civil (art. 1301 CC, en su redacción anterior a la Ley 8/2021 y en la vigente redacción por Ley 8/2021, y en la *Propuesta de 2009,* dos años (art. 1304 PMCC PMCC 2009: «[l]a acción de anulación caducará a los dos años […]»).

b.2) Sobre la naturaleza del plazo de ejercicio para anular, es de caducidad en el vigente Código civil [art. 1301 en su redacción por Ley 8/2021; sobre esto y para la doctrina de los autores, Fenoy Picón (2023) [111] pp. 488-490], y lo mismo, en la *Propuesta de 2009* (art. 1304 PMCC 2009, que transcribo en esta nota, en anterior a)].

c) Más allá de lo anterior, es de interés la *STS, 1.ª, 23.12.2021,* en la que el Tribunal Supremo califica como de caducidad el plazo para anular del artículo 1301 CC en su redacción anterior a la Ley 8/2021:

«5. *Es muy significativo que los trabajos prelegislativos de la Comisión General de Codificación, dirigidos a la modernización de la regulación del Código sobre las obligaciones y los contratos* [se está aludiendo a la *Propuesta de 2009*]*, también asumieron de forma explícita la caracterización del plazo de impugnación del artículo 1301 (renumerado como 1304) como de caducidad: "La acción de anulación caducará a los dos años y ese plazo empezará a correr […]".*

En este sentido, la reciente modificación del Código civil introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha dado nueva redacción al párrafo primero del artículo 1301, en la que viene a dar carta de naturaleza normativa a la tesis de que el plazo de ejercicio de la acción de nulidad en los casos a que se refiere es de caducidad y no de prescripción, según afirma ahora de forma explícita el texto reformado del precepto en el que se establece que "La acción de nulidad caducará a los cuatro años. Este tiempo empezará a correr: […]". Aunque esta reforma no había entrado en vigor en la fecha de los hechos a que se refiere esta Litis, tal circunstancia carece de relevancia a los efectos de su aplicación temporal, pues esta modificación legal tiende a aclarar el verdadero sentido original de la norma, ajustando su letra a su espíritu y finalidad, y terminando en este punto con la imprecisión de la redacción anterior y con las dudas que ello había generado» [cursiva del original; [111 bis] pp. 494-496; *vid.* desde p. 490].

anulabilidad» (se adopta un criterio subjetivo; art. 1299.2.2.º PMCC 2023 [888]) [889]. Esta expresa coordinación, en virtud del artículo 1306.3 segunda regla

[888] a) Artículo 1299 PMCC 2023: «Plazo y cómputo de la facultad de anulación

1. […] [lo transcribo, en parte, en la nota inmediatamente anterior, en a)].
2. Este tiempo empezará a computarse:

[…]

2.º En los casos de error, dolo […], desde que el legitimado para anular el contrato hubiese conocido o debido conocer la causa de la anulabilidad.

[…].

3. […] [lo transcribo en parte, *infra* nota 891]».

b) En contraste con lo dispuesto en el artículo 1299 PMCC 2023 para el *dies a quo* en el dolo («conocido o debido conocer»):

b.1) En el Código civil, la acción para anular el contrato se computa «desde la consumación del contrato» (art. 1301. I.2.º CC en virtud de la Ley 8/2021; también en el art. 1301 CC, en su redacción anterior a la Ley 8/2021). Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y su interpretación sobre, en qué consiste la consumación del contrato, Fenoy Picón (2023) [115] pp. 509-536.

b.2) En el *Proyecto de Código civil de 1851*, según su artículo 1184, el cómputo «empieza a correr […]: en el caso de error o de dolo, desde que se tuvo conocimiento del uno o del otro».

En cambio, en el *Anteproyecto de Código civil 1882-1888* se acogió, como inicio para el cómputo, la consumación del contrato.

Fenoy Picón (2023) [112]-[113] pp. 495-500.

b.3) Por ultimo, en la *Propuesta de 2009,* el *dies a quo* es «desde que el legitimado para anular el contrato hubiese conocido o debido conocer la causa de la anulabilidad». Esto es, la misma norma recogida en la *Propuesta de 2023* [en esta misma nota, anterior a)].

[889] a) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, su artículo 527-12.1 dispone que «[l]a anulación por error o dolo prescribe a los tres años desde que se conozcan o deban conocer los hechos relevantes que motivaron el vicio».

Dicho artículo 527-12 se ubica en la Subsección 1.ª «De los vicios del consentimiento contractual», de la Sección 2.ª «De la anulación de los contratos», del Capítulo VII «De la ineficacia de los contratos», del Título II «De los contratos en general», del Libro Quinto «De las obligaciones y contratos» de la *Propuesta de Código civil.*

b) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, interesan sus artículos 57 y 58:

b.1) Artículo 57 P Bosch/Del Pozo/Vaquer: «Anulación del contrato

1. La anulación del contrato tiene lugar:

a) Por la comunicación fehaciente dirigida a la otra parte, con expresión de las causas en que se basa.
b) Por la resolución judicial que la declara como consecuencia del ejercicio de la acción de anulación.
c) Por la oposición de la excepción correspondiente ante la demanda de cumplimiento de la otra parte.

2. El plazo para anular el contrato, en los supuestos de las letras a) y b) del número anterior, es de cuatro años, contados de acuerdo con lo establecido en los artículos siguientes. En el caso de la letra c), no hay plazo».

En su comentario a este artículo 57, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican: «El plazo para notificar extrajudicialmente la anulación, o para ejercitar judicialmente la acción de nulidad, es de cuatro años. Se ha considerado adecuado mantener el plazo general de cuatro años, previsto en otros preceptos legales (entre otros, art. 1301. I CCEsp, art. 236-31.2 CCCat en materia de anulación de los actos realizados por los padres sobre bienes de los hijos sin la autorización correspondiente). Se ha evitado, pues, hablar de un plazo "razonable", como hace el artículo II.- 7:210 DCFR, o acortar el plazo hasta los dos años, como hace el art. 1304 PMCC, o a tres años como dispone el art. 527-12 PAPDC. Ahora bien, mientras la otra parte no pida el cumplimiento del contrato, la facultad de anulación del contrato sigue "viva", aunque, en caso de que haya pasado el plazo de cuatro años,

PMCC 2023, entre los inicios del plazo para anular el contrato (dos años) y el plazo para exigir indemnización de daños (cinco años), permite al legitimado ejercitar, durante dos años, ambos remedios (acumularlos). Transcurridos los dos años (plazo de caducidad), solo dispone del remedio indemnizatorio (que, al menos, será de tres años más, si no se ha interrumpido la prescripción). Todo esto es otra novedad de la *Propuesta de 2023*, comparando con el Código civil y con la *Propuesta de 2009,* que nada señalan específicamente al respecto. Entiendo, una vez más, que se trata de una mejora [890].

---

solo se podrá ejercer por la vía de excepción frente a la demanda de cumplimiento del contrato» [(2016) p. 206].

Este artículo 57 P Bosch/Del Pozo/Vaquer se encuentra en la Sección Segunda «La anulabilidad del contrato», del Capítulo Cuarto «La ineficacia del contrato» de la P Bosch/Del Pozo/Vaquer.

Por último, las «[c]oncordancias» del artículo 57 P Bosch/Del Pozo/Vaquer son:

«Arts. 1301 CCEsp, 3:49 CCPB, § 143 BGB.

Arts. 4:112 PECL, 3:14 PICC, 148 CEC, II.-7:209 DCFR, 52.1 CESL, 1304 PMCC, 527-12 y 527-13 PAPDC» (p. 205).

b.2) Artículo 58 P Bosch/Del Pozo/Vaquer: «Legitimación y cómputo del plazo para la anulación del contrato:

1. […].

2. Los contratos concluidos por falta de conocimiento o de libertad solo pueden ser anulados por la persona que ha sufrido el vicio o por su representante legal. El plazo empieza a contar:

a) En los casos de error o engaño, en el momento en que la parte legitimada conoce o razonablemente puede conocer los hechos o circunstancias que fundamentan la anulación.

[…]».

En su comentario a este artículo 58, Bosch Capdevila/Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy explican: «La acción de anulación no es una acción pública, como la de nulidad, sino que solo puede ejercerse por la parte del contrato que ha sufrido el vicio o […] o por su representante legal.

La determinación del *dies a quo* es importante, ya que hay que intentar conjugar dos principios: la protección a la parte que ha sufrido el vicio, y la seguridad jurídica. El primer principio debería suponer que mientras el vicio persistiera no comenzara a correr el plazo; en cambio, el segundo aconsejaría no alargar excesivamente el plazo. El principio de protección se ha impuesto al de seguridad en los siguientes supuestos:

[…]

b) Cuando hay error o engaño, casos en los que el contrato puede ser anulado desde que se puede conocer el error» (p. 207).

Este artículo 58 P Bosch/Del Pozo/Vaquer se encuentra en la Sección Segunda «La anulabilidad del contrato», del Capítulo Cuarto «La ineficacia del contrato» de la P Bosch/Del Pozo/Vaquer.

Y las «[c]oncordancias» del artículo 58 P Bosch/Del Pozo/Vaquer son:

Arts. 1301 CCEsp, 1441 y 1442 CCIta, 1304 CCFra, 3.52 CCPB, 287 CCPor.

Arts. 4:113 PECL, 3:15 PICC, 148.5 CEC; II.-7:210 DCFR, 52.2 CESL, 1304 PMCC, 527-12 PAPDC» (p. 207).

[890] Pues, con la expresa coordinación ordenada en el artículo 1306.3 PMCC 2023 se evita, por ejemplo, lo que sucede en relación con el Código civil:

a) A De Cossío y Corral que, en mi opinión, considera la indemnización de los daños y perjuicios precontractuales de naturaleza extracontractual, le surge el problema de que «el plazo de ejercicio de la acción indemnizatoria extracontractual es un año y el de la anulación por dolo cuatro años, y "[…] ello nos llevaría a la consecuencia, siendo el término reconocido para el posible ejercicio de la acción de nulidad el de cuatro años, a una abreviación práctica del mismo, ya que si esta acción [de anulación] no era ejerci-

Finalmente, debido a que el cómputo para anular el contrato por dolo se inicia desde que se conoció o debió de conocer [art. 1299.2.2.º PMCC 2023, que transcribo en lo que interesa *supra* nota 888 a)], la posibilidad del ejercicio de la anulación del contrato pueda extenderse excesivamente en el tiempo. Para evitarlo, en el artículo 1299.3 PMCC 2023 se establece un plazo límite (plazo máximo, plazo preclusivo), según el cual la anulación del contrato no puede ejercitarse transcurridos diez años desde que el contrato se celebró [891]. Esta otra regla para la anulación del contrato también la entiendo aplicable a la indemnización de daños del artículo 1306 PMCC 2023, por la antes indicada remisión del artículo 1306.3, segunda regla, PMCC 2023, al artículo 1299 PMCC 2023 (aunque, ciertamente, en el art. 1306.3 PMCC 2023 solo se hace referencia al comienzo del cómputo del plazo). De nuevo otra novedad de la *Propuesta de 2023,* comparando con el Código civil y la *Propuesta de 2009.* E igualmente entiendo que es una mejora.

d) Supra b) de este [44] indiqué, que la ubicación estructural del artículo 1308 PMCC 2023 (que transcribo *supra* nota 841, con leyenda «Concurrencia de los remedios de este Capítulo») merecía otro particular comentario, que haría tras analizar el artículo 1306 PMCC 2023. Completado dicho análisis en la anterior c) de este [44], comienzo ese otro particular comentario para el artículo 1308 PMCC 2023.

Para ello, voy a recordar que el artículo 1308 PMCC 2023 permite, al legitimado, acumular el ejercicio de la anulación contractual y la indemniza-

---

tada dentro del año de la *celebración del contrato* [sic], no sería posible exigir los daños y perjuicios mediante la acción delictual, sino solamente la nulidad del contrato; pero tal consecuencia nos viene dada precisamente por la misma naturaleza extracontractual del dolo"» [cursiva del original; Fenoy Picón (2023) [122] pp. 558-559]

b) Según De Verda y Beamonte, «[a]l ser partidario de la naturaleza extracontractual, a De Verda y Beamonte, como le sucedía a De Cossío y Corral […], le preocupa determinar desde cuándo se computa el plazo del año del artículo 1968.2.º CC. En su opinión, si la víctima de dolo *no anula* el contrato, el año se cuenta "desde que el "deceptus" haya tenido conocimiento del daño sufrido como consecuencia de la actuación dolosa de la otra parte contratante (art. 1968.2.º CC)", y si la víctima del dolo *anula* el contrato, para lo que "dispone de cuatro años, a contar desde su consumación (art. 1300 [*sic* 1301] CC), el plazo de prescripción anual de la acción indemnizatoria no comenzará a contarse hasta que no haya recaído la sentencia de anulación, ya que, al ser dicha sentencia constitutiva de la invalidez, es presupuesto necesario de la causación del daño, cuyo resarcimiento se pide, esto es, el que sufre el "deceptus", por haber sido inducido maliciosamente a celebrar un contrato que, al ser anulado, le resulta inútil"» [[122] b) p. 560].

[891] a) Artículo 1299 PMCC 2023: «Plazo y cómputo de la facultad de anulación

1. […] [lo transcribo en parte *supra* nota 887 a)].
2. […] [lo transcribo en parte *supra* nota 888 a)].
3. Salvo en el caso previsto en el número 6.º del apartado anterior [número 6.º, que se refiere a la anulación «de los actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario»], no se podrá ejercitar la facultad de anular una vez transcurridos diez años desde la celebración del contrato».

ción de daños, o solo ejercitar la anulación contractual, o solo exigir la indemnización de daños. También recuerdo que este artículo 1308 PMCC 2023 se ubica en el Capítulo VII dedicado a «[l]a nulidad y anulabilidad de los contratos», del Título II, del Libro IV de la *Propuesta de* 2023, Capítulo VII dividido en cinco secciones con las leyendas que *supra* [38] b) indiqué. Apuntándolo de manera general y para lo que ahora me interesa, mientras en la Sección primera de ese Capítulo VII se indican las causas de «[n]ulidad de los contratos» y su régimen jurídico, en su Sección segunda, sobre «La anulabilidad de los contratos», se señalan las causas de anulación contractual y su régimen jurídico. Tanto si se declara nulo al contrato (Sección primera) como si es anulado (Sección segunda) surgen, en su caso, las oportunas restituciones, lo cual justifica que la siguiente Sección tercera se dedique a «[l]a restitución», disponiéndose la del contrato declarado nulo y la del anulado. La siguiente Sección cuarta se ocupa de «[l]a indemnización» a propósito de los contratos celebrados por error (esencial, no esencial), dolo (causal, incidental), violencia, intimidación y ventaja injusta, determinándose cuándo puede exigirse indemnización de daños, así como el daño indemnizable se anule o mantenga el contrato. Hasta esta Sección cuarta incluida, llama la atención que no se indique expresamente que el contrato puede anularse y/o exigirse indemnización de daños. Es algo implícito, puesto que la Sección segunda trata de la anulación del contrato, la cuarta de la indemnización de daños para con el error (esencial, no esencial), dolo (causal, incidental), violencia, intimidación y ventaja injusta, y, en el último artículo de esta Sección cuarta, el 1306 PMCC 2023, se regula el daño indemnizable se anule o mantenga el contrato. Por último, la Sección quinta. Esta sección se compone de tres artículos, dos sobre el error, el dolo, la violencia, la intimidación y la ventaja injusta (arts. 1307 y 1308 PMCC 2023), y el tercero, sobre la «[c]oncurrencia de los remedios de este capítulo [VII] con los del incumplimiento» (art. 1309 PMCC, que analizo *infra* [45]). Con lo hasta ahora expuesto, se constata, sin más, que en la división interna del Capítulo VII solo se llega al nivel de sección. O dicho de otro, no se llega al nivel de subsección, el cual, por otro lado, solo se emplea en la *Propuesta de 2023* al regular las «[o]bligaciones con pluralidad de sujetos» [892].

[892] El Capítulo III «Obligaciones con pluralidad de sujetos», del Titulo I «De las obligaciones», del Libro IV de la *Propuesta de 2023*, se divide en:

a) Sección primera «Disposiciones generales» (art. 1109 PMCC 2023).

b) Sección segunda «Obligaciones solidarias» (art. 1110 PMCC 2023), subdivido en Subsección primera «Solidaridad de deudores» (arts. 1111 a 1123 PMCC 2023) y Subsección segunda «Solidaridad de acreedores» (arts. 1124 a 1128 PMCC 2023).

c) Y Sección tercera «Obligaciones mancomunadas» (arts. 1129 a 1131 PMCC 2023).

Siendo lo anterior así, en mis siguientes consideraciones respetaré la decisión tomada (presupuesto dado) de solo dividir el Capítulo VII en secciones. Pues bien, en mi opinión, el artículo 1308 PMCC 2023, que se refiere a los supuestos de anulación contractual, podría trasladarse de la Sección quinta, a la Sección cuarta, y suprimiría en él la locución «según lo dispuesto en este capítulo». Dentro ya de la Sección cuarta, situaría el artículo 1308 PMCC 2023 tras el artículo 1305 PMCC 2023, esto es, una vez que se ha dispuesto en qué supuestos puede exigirse indemnización de daños (arts. 1303-1305 PMCC 2023, error esencial y no esencial, dolo causal e incidental, violencia, intimidación y ventaja injusta) y antes de la regulación del daño indemnizable del artículo 1306 PMCC 2023. Este último artículo 1306 PMCC 2023 habría, entonces, de renumerarse como artículo 1307. La leyenda del ahora artículo 1308 PMCC 2023 sería «[c]oncurrencia de los remedios de la anulación e indemnización». Por otro lado e incidentalmente he de apuntar y advertir, que en el Capítulo VII de la *Propuesta de 2023*, en el que me vengo situando, no se dispone específicamente para los supuestos de nulidad contractual el efecto de la indemnización de daños [893].

Y si se hiciere la anterior modificación que propongo, surgiría, entiendo, la cuestión de en dónde ubicar el artículo 1307 PMCC 2023, según el cual no pueden excluirse, ni limitarse los remedios aplicables al dolo, violencia, intimidación y ventaja injusta, aunque pueden excluirse o limitarse los remedios para el error salvo que se contravenga la ley o las exigencias de la buena fe [894]. Este artículo 1307 PMCC 2023 es norma nueva, comparando con el Código civil (para este, la siguiente [A]) y con la *Propuesta de 2009.* Opino que su inclusión en la *Propuesta de 2023* es una mejora. Es, además,

---

[893] a) En cambio, en la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, su artículo 527-21 sí lo dispone.

Artículo 527-21 PCCAPPDC: «Indemnización por daños

Cuando la nulidad o la anulabilidad se deben a la actuación de mala fe de una parte, esta debe indemnizar los daños causados, sin perjuicio del deber de restitución» [Asociación De (Profesoras) Y Profesores De Derecho Civil (2018) p. 692].

b) Este artículo 527-21 PCCAPDC se encuentra en la Sección 3.ª «De los efectos comunes a la nulidad y a la anulación», del Capítulo VII «De la ineficacia de los contratos», del Título II «De los contratos en general», del Libro Quinto «De las obligaciones y contratos» de la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil.

[894] Artículo 1307 PMCC 2023: «Pactos de exclusión y de limitación de remedios

1. Los contratantes no pueden excluir ni limitar los remedios aplicables para el caso de dolo, violencia, intimidación o ventaja injusta.

2. En cambio, pueden excluir o limitar los remedios previstos para el error, excepto cuando tal exclusión o limitación contravenga lo dispuesto en la ley o las exigencias de la buena fe».

norma que se encuentra en los artículos 4:118 PECL [895], II.-7:215 DCFR [896], y 56 CESL [897]; también se encuentra en el artículo 3.1.4 Principios UNI-

[895] a) a.1) Artículo 4:118 PECL: «Exclusion o Restriction of Remedies

(1) Remedies for fraud, threats and excessive benefit or unfair advantage-taking, and the right to avoid an unfair term which has not been individually negotiated, cannot be excluded or restricted.

(2) Remedies for mistake and incorrect information may be excluded or restricted unless the exclusion or restriction is contrary to good faith and fair dealing».

a.2) Artículo 4:118 PECL: «Exclusión o restricción de las acciones

(1) Las partes no pueden excluir ni restringir las acciones previstas en caso de dolo, intimidación, beneficio excesivo o ventaja injusta, ni el derecho de anular una cláusula abusiva que no se haya negociado de manera individual.

(2) Sí pueden excluirse o limitarse las acciones previstas en caso de error o de información incorrecta, salvo que dicha exclusión o limitación sea contraria a la buena fe» [Barres Benlloch/Embid Irujo/Martínez Sanz (2003) p. 411; otra traducción, Díez-Picazo/Roca/Morales (2002) p. 47].

b) En el *Comment* del artículo 4:118 PECL se explica que el «fraude [el dolo], las amenazas y la ventaja excesiva o injusta son de tal seriedad que una parte no debería ser capaz de excluir o restringir su responsabilidad; todas son formas de mala fe, cfr. artículo 1:201 [PECL, "Buena fe y trato justo [lealtad]"]. Hay aquí un paralelo cercano con las cláusulas cuyo propósito es excluir o limitar la responsabilidad por incumplimiento intencional y las mismas son inválidas bajo el artículo 8:109 [PECL, "Cláusula excluyendo o restringiendo los remedios", dentro del Capítulo 8 de los PECL dedicado al "Incumplimiento y remedios en general"]» [«Artículo 4:118», Lando/Beale (ed.) (2000) p. 284].

En cuanto al «error y al suministro de información incorrecta que no encierre mala fe», «se permite excluir o restringir sus remedios con tal de que la cláusula respete la buena fe fe y el justo trato [lealtad] […]» (p. 284). Traducción mía.

[896] a) a.1) Artículo II.-7:215 DCFR: «Exclusion or restriction of remedies

(1) Remedies for fraud, coercion, threats and unfair exploitation cannot be excluded or restricted.

(2) Remedies for mistake may be excluded or restricted unless the exclusion or restriction is contrary to good faith and fair dealing».

a.2) Artículo II.-7:215 DCFR: «Exclusión o restricción de remedios

(1) Los remedios previstos para el caso de dolo, coacción, amenazas o explotación injusta no pueden excluirse ni restringirse.

(2) Los remedios previstos para el caso de error sí pueden excluirse o restringirse, salvo que dicha exclusión o restricción sea contraria al principio de buena fe contractual» [revisión de Bosch Capdevila (2015) p. 108].

b) En el *Comment* del artículo II.-7:215 DCFR se leen similares ideas a las que para los PECL expongo en la nota inmediatamente anterior esta, en b) [«Artículo II.-7:215», Von Bar/Clive (ed.) (2009) pp. 532-534].

[897] a) Artículo 56 CESL: «Exclusión o restricción de remedios

1. Los remedios previstos para el caso de dolo, amenazas o explotación injusta no podrán excluirse ni restringirse directa o indirectamente.

2. En las relaciones entre un comerciante y un consumidor las partes no podrán excluir o restringir directa o indirectamente, en detrimento del consumidor, los remedios previstos para el caso de error».

b) En relación con el artículo 56.1 CESL, Pfeiffer explica que «[e]stos remedios y sus prerrequisitos [los del fraude [dolo], amenazas o ventaja injusta] son derecho imperativo» (1, p. 298), mientras que para el error «la situación es diferente», pues, «[c]omo se establece en el artículo 48 [CESL, que regula el error], siempre es posible que una parte asuma un riesgo», y en consecuencia, «las partes pueden también acordar sobre sus respectivas esferas de responsabilidad, y por tanto también sobre las consecuencias de los errores» (2, p. 298).

En lo que se refiere a «[u]n acuerdo [que] excluya un remedio», esto supone, apunta Pfeiffer, que «el remedio es completamente indisponible» (7, p. 299). Si se trata de una restricción de remedios, Pfeiffer entiende que abarca «dos diferentes casos: Primero, su alcance puede limitarse a ciertos casos,

DROIT 2016 [898]. Ahora bien, ¿este artículo 1307 PMCC 2023 debe mantenerse en la Sección quinta? ¿Sería mejor trasladarlo a la Sección cuarta? Por su contenido normativo y el cambio de lugar que antes propongo para el artículo 1308 PMCC 2023, creo que el artículo 1307 PMCC 2023 habría de trasladarse a la Sección cuarta, siendo su último precepto, con la misma leyenda y renumerado como artículo 1308. Finalmente y por todos los cambios que propongo, la Sección cuarta la titularía «La indemnización y la anulación. Los pactos de exclusión y de limitación».

[A] *Los pactos sobre el error y el dolo en el Código civil (autonomía de la voluntad y límites) según Morales Moreno*

[A.1] El Código civil no dispone una norma específica para la autonomía de la voluntad y el error, la violencia, la intimidación, y el dolo. Ahora bien, Morales Moreno se ha ocupado de los pactos sobre el error, y al hacerlo, se ha referido además a los que versan sobre el dolo.

---

mientras que otros casos, […] se encontrarían fuera [del Capítulo 5 "Vicios de consentimiento"]. Segundo, sus consecuencias legales pueden ser limitadas, por ej. el efecto retroactivo de la anulación o el alcance de daños según el artículo 55 [CESL, "Indemnización por pérdidas"]» (7, p. 299).

Además, las exclusiones o restricciones pueden ser directas e indirectas (art. 56.1 CELS). Explica Pfeiffer que «[u]na exclusión es *directa* [cursiva, negrita en el original], si afecta a las consecuencias jurídicas de la anulación regulada en el artículo 54 [CESL, "Efectos de la anulación"] o a la reclamación de daños regulada en el artículo 55 [CESL, "Indemnización por pérdidas"]» (8, p. 299). «Una exclusión o restricción es *indirecta* [cursiva, negrita en el original], si directamente se dirige a una cuestión jurídica distinta a la de estos remedios, pero eventualmente tiene consecuencias en la disponibilidad de estos remedios. El caso más importante de una exclusión indirecta es un acuerdo que no excluye el remedio de la anulación o de los daños [de la indemnización] en sí mismos, pero excluye una de las reglas que disponen un derecho para anular o que dispone más requisitos restrictivos para tal derecho de anular o su ejercicio. Esto también incluye casos en los que las partes disponen cuestiones que pueden llegar a ser relevantes para ciertos elementos de las reglas que disponen un derecho a anular, por ej. una cláusula contractual por la cual la parte, cuyo consentimiento estaba viciado, confirma ciertos hechos, por ejemplo, que actúa completamente libre de cualquier presión (en orden a evadir la regla sobre la amenaza)» (8, p. 299). traducción mía; Pfeiffer, «Artículo 56» (2012).

[898] a) Artículo 3.1.4 Principios UNIDROIT 2016: «(Carácter imperativo de estas disposiciones)

Las disposiciones de este Capítulo [3, "Validez"] relativas al dolo, intimidación, excesiva desproporción e ilicitud son imperativas».

b) En el comentario oficial a dicho artículo se explica: «Este artículo [3.1.4 Principios UNIDROIT 2016] establece que las normas de este Capítulo [3, "Validez"] relativas al dolo, intimidación, excesiva desproporción o ilicitud tienen carácter imperativo. Sería contrario al principio de buena fe que las partes excluyeran o modificaran estas disposiciones al celebrar el contrato, aunque nada impide que la parte facultada para anular el contrato por dolo, intimidación o excesiva desproporción renuncie voluntariamente a este derecho, una vez que ha conocido la realidad de los hechos o cuando pueda actuar libremente.

Por el contrario, las disposiciones de este Capítulo [3, "Validez"] que se refieran a la fuerza obligatoria del mero acuerdo, al supuesto de imposibilidad inicial de cumplimiento o de error no tienen carácter imperativo. Por lo tanto, las partes pueden incluir otros requisitos especiales establecidos en un derecho interno determinado, como el que se refiere a la necesidad de *"consideration"* [cursiva del original] o causa. Ellas [las partes] también pueden acordar que el contrato no tendrá validez en caso de imposibilidad inicial de cumplimiento, o que el error en el que puedan incurrir una o ambas partes no podrá alegarse como causa de anulación» [«Artículo 3.1.4», UNIDROIT (2018) p. 109].

[A.2] Expone Morales Moreno, que «[e]l Código no nos ofrece una respuesta directa» a la cuestión de «¿[s]on válidos en nuestro Derecho –al menos en cierta medida– los pactos acerca de las consecuencias del error en los contratos?» [899]. Y advierte, que «[m]ás bien parece que el problema […] no ha sido tenido en cuenta por el legislador, lo cual es perfectamente explicable» [900]. Sin embargo, «[p]uede afirmarse que el Código –aunque no la prevea– no excluye la actuación de la autonomía de la voluntad en la distribución del riesgo derivado del error. Hay que estar, por tanto, en principio, a la regla del artículo 1255: el pacto es admisible, aunque con ciertos límites» [901].

[A.2] Sobre el contenido de los pactos, Morales Moreno señala:

a) Pueden incidir «sobre el supuesto de hecho» del error, es decir, se admite que «la anulabilidad sea la consecuencia del posible error sufrido por las partes en el contrato, pero modifican el supuesto de error», «los casos en que su invocación vaya a ser oportuna» [902]. Así, «pueden restringir el supuesto de error», pudiéndose «llegar hasta el límite de excluir toda posible invocación del error»; «[t]ambién […] ampliándose el supuesto de error, haciendo relevantes errores a los que no dota de eficacia el ordenamiento», pero «esta manifiestación de la autonomía de la voluntad plantea el problema de su admisibilidad» [903].

b) Pueden también afectar «a las consecuencias» del error, previendo «consecuencias distintas de la legal» [904]. Así, «[p]ueden orientarse, simplemente, hacia la alteración del plazo de ejercicio de la acción de anulación, buscando su ampliación o reducción […] pueden prever consecuencias distintas de la anulabilidad del contrato, bien coexistiendo con ésta (en la medida en que la coexistencia sea posible), bien sustituyéndola […] pueden establecerse medidas distintas de la anulabilidad, orientadas hacia el reajuste del contrato, con el objeto de suprimir el perjuicio económico que ha provocado el error […]» como «la rebaja del precio» o la «distribución equitativa, entre los contratantes, del importe de la lesión (la diferencia del valor se parte, por mitad)» [905].

[A.3] Sobre los límites a respetar por los pactos, Morales Moreno diferencia entre «[l]ímites establecidos en interés de los contratates» [906] y «[l]ímites establecidos en interés del tráfico» [907].

---

[899] Morales Moreno (1988) p. 250.
[900] Morales Moreno (1988) p. 250.
[901] Morales Moreno (1988) p. 251.
[902] Morales Moreno (1988) p. 253.
[903] Morales Moreno (1988) p. 253.
[904] Morales Moreno (1988) p. 253.
[905] Morales Moreno (1988) pp. 253-254.
[906] Morales Moreno (1988) p. 254.
[907] Morales Moreno (1988) p. 257.

a) Para los límites «en interés de los contratantes», su «razón de ser se halla en la función protectora que a veces cumple el error» y «[p]or eso se sustrae al poder de la voluntad la alteración de su régimen jurídico» [908]. Aquí, Morales Moreno se refiere a los dos siguientes límites:

a.1) El primero, *«el límite de la culpa»* (cursiva del original) [909]. Consiste en que «[c]uando el error padecido por un contratante es atribuible a la conducta antijurídica del otro, éste tiene que estar a las consecuencias que le impone la ley, sin que la autonomía de la voluntad pueda alterarlas» [910]. Lo anterior lo apoya Morales Moreno «en la regulación del saneamiento por vicios ocultos (cfr. art. 1485 CC) o por evicción (cfr. art. 1476 CC), y en las reglas generales de responsabilidad, en materia de obligaciones (cfr. arts. 1102, 1103 CC)» [911]. Ahora bien, «¿[e]n qué niveles de culpabilidad funciona?» [912].

a.1.1) Desde luego, apunta Morales Moreno, dicho «límite se da, sin duda, en los casos de *actuación dolosa* [cursiva del original] de un contratante; bien se trate de maniobras dolosas que provocan el error, bien de una conducta reticente que, violando los deberes de lealtad que impone la buena fe, se aprovecha del error causal del otro contratante o del que pudo provocar un tercero. Más en estos casos, tal como se han modelado las categorías dogmáticas, no es el error el que provoca la anulabilidad, sino el dolo, figura que, aunque implique un error, conserva su independencia en nuestro Código (cfr. arts. 1265, 1269, 1270). No estaríamos, por tanto, propiamente, ante un límite a la actuación de la autonomía de la voluntad en el error, sino en el dolo. Sin embargo, [entiende Morales Moreno] conviene resaltar este límite [del dolo], teniendo en cuenta que la proximidad entre dolo y error permite en la práctica que muchas pretensiones basadas en el dolo sean encauzadas y satisfechas a través del dolo.

El límite a que nos referimos [Morales Moreno] no está establecido de manera directa en el CC, al regular el dolo como vicio del consentimiento: sin duda, por el enfoque voluntarista que el mismo adopta en el tratamiento de los vicios de la voluntad. Sin embargo, el límite sí se establece en el régimen de la responsabilidad contractual: El artículo 1102 excluye los pactos de exoneración de responsabilidad en caso de dolo. También, teniendo en cuenta la función que el Código atribuye a la buena fe en los contratos (cfr. art. 1258), podemos entender que el límite que consideramos [Morales Moreno] está recogido en los límites generales a la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC» [913].

---

[908] MORALES MORENO (1988) p. 254.
[909] MORALES MORENO (1988) p. 255.
[910] MORALES MORENO (1988) p. 255.
[911] MORALES MORENO (1988) p. 255.
[912] MORALES MORENO (1988) p. 255.
[913] MORALES MORENO (1988) p. 255.

a.1.2) Otro límite es «la *conducta culposa o negligente* [cursiva del original] de un contratante», que «puede impedir que, en su provecho, se altere el régimen ordinario del error» [914]. Así, «cuando dicho contratante no haya observado la diligencia exigible para evitar la provocación del error ajeno (ha creado confianza negligentemente en el cocontratante) o para deshacer el error que hubiere surgido espontáneamente y sin propia culpa en la otra parte (deber de informar)» [915]. Considera Morales Moreno que, «ante la ausencia de norma específica en el régimen de los vicios del consentimiento», ha de acudirse «a las reglas generales de responsabilidad contractual» y, de acuerdo con el «artículo 1103 CC se desprende que tampoco cabe pacto de exoneración de responsabilidad, cuando ésta se imputa no por dolo, sino por no haber observado los niveles de diligencia que para el caso fueran exigibles», y «[e]sta regla puede trasladarse a los pactos referentes al error» [916].

a.2) El segundo límite es «cuando el ordenamiento restringe la autonomía de la voluntad, con objeto de ofrecer a un contratante una especial protección» [917]. Aquí, dice Morales Moreno, «no se toma en cuenta, en concreto, la conducta del otro contratante», sino que «se ofrece a ciertos contratantes una protección generalizada, con la finalidad de corregir ciertos desequilibrios institucionales existentes en el tráfico» [918]. Este límite «se sitúa dentro del movimiento actual de protección de la parte más débil o de protección del consumidor» [919].

b) Para los «límites establecidos en interés del tráfico», considera Morales Moreno, que «los pactos sobre el error fácilmente pueden incidir sobre el tráfico, afectando a intereses de terceros», y «[c]uando así suceda

---

[914] Morales Moreno (1988) p. 255.
[915] Morales Moreno (1988) p. 255.
[916] Morales Moreno (1988) pp. 255-256.
[917] Morales Moreno (1988) p. 256.
[918] Morales Moreno (1988) p. 256.
[919] a) Morales Moreno (1988) p. 256.

b) Más allá de lo expuesto en el cuerpo del texto, Morales Moreno plantea además, si «[e]l hecho de que un contratante, de buena fe, haya infundido en el otro la confianza determinante de su error, ¿impide, igualmente, la eficacia del pacto de exclusión de ese error? ¿Es posible alterar las consecuencias legales del error, cuándo éste se ha producido, sin culpa, pero por la confianza suscitada por la actuación de un contratante?» (p. 256).

Tras apuntar que «[t]al vez pueda parecer que no está justificado que se altere, cuando esto ocurra, el sistema legal del reparto del riesgo de error» porque «pueda pensarse» que «aquel que ha creado un riesgo y ha obtenido un provecho de él (se ha facilitado la celebración del contrato) deba soportar las consecuencias del mismo, sin poderse eximir de ellas», considera Morales Moreno, que «no es correcta esta [dicha] conclusión», pues «[s]ería llevar excesivamente lejos las restricciones a la autonomía de la voluntad, el impedir su actuación cuando no hay culpa ni existe una ley especial de protección del contratante más débil» (p. 257); «[n]o debe perderse de vista que […] el sujeto que ha suscitado la confianza también ha padecido un error, de carácter excusable. Puede decirse que hay un error que provoca otro error. ¿Por qué impedir que la autonomía de la voluntad distribuya ese riesgo?» (p. 257).

> hay que restringir […] el poder modificador de la autonomía de la voluntad» [920]. «La repercusión sobre el tráfico es consecuencia de la anulabilidad, efecto legal del error» [921]. En su opinión, «[s]on dos los tipos de pacto que deben quedar excluidos: Los pactos que extiendan o amplíen el supuesto de hecho, sin modificar su consecuencia (anulabilidad), y los que amplíen el plazo de ejercicio de la acción de anulación» [922].

Y mi última sugerencia sobre la organización estructural de la *Propuesta de 2023*. Debido a los, por mi parte, antes defendidos traslados de los artículos 1307 y 1308 PMCC 2023 de la Sección quinta, a la Sección cuarta, dentro de la Sección quinta solo quedaría un único artículo, el 1309 PMCC 2023. Este artículo 1309 PMCC 2023 regula una materia, que va más allá de cómo se relacionan entre sí los remedios de la anulación contractual e indemnización de daños. En concreto, se ocupa de la «[c]oncurrencia de los remedios de este Capítulo [VII] con los del incumplimiento» (esa es su leyenda; lo transcribo *infra* nota 923). Pues bien, mantendría la numeración y el contenido del artículo 1309 PMCC 2023, modificando la leyenda de la Sección quinta, pues, la actual, de «Pactos de exclusión y limitación. Concurrencia de remedios», reflejaría mayor contenido del que realmente se incluiría con mis anteriores propuestas. Podría emplearse como leyenda «Anulación e indemnización, y remedios por incumplimiento», leyenda con la que también roturaría el actual artículo 1309 PMCC 2023, ya que, presupongo que su campo de actuación es precisamente ese.

Y más allá de todo lo anterior y como dato final, cuando en la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023* se hace referencia al Capítulo VII titulado «La nulidad y la anulabilidad de los contratos», se ofrecen, para la anulación, unas explicaciones sobre sus Secciones segunda y cuarta (*supra* [38] b) [B]) y sobre su Sección tercera (*supra* nota 782). En cambio, no hay explicaciones para la Sección quinta de dicho Capítulo VII.

---

[920] Morales Moreno (1988) p. 257.

[921] Morales Moreno (1988) p. 257.

[922] Morales Moreno (1988) p. 258; no obstante, continúa Morales Moreno: «Tratándose del efecto de la anulabilidad o del plazo de caducidad de una acción, no es difícil justificar esta exclusión. No es preciso entrar en el análisis detallado de los intereses en conflicto para determinar cuál deba prevalecer. Basta con afirmar que las causas de anulabilidad están exhaustivamente enumeradas en el artículo 1301 del CC; que la anulabilidad no es materia disponible por la autonomía de la voluntad; que no cabe, por ello, ampliar el supuesto o las consecuencias. Cabe reforzar la argumentación invocando el "acentuado carácter de orden público de la caducidad".

Sin embargo, no parece que deba excluirse que las partes, sólo con efecto entre ellas (sin afectar a terceros), puedan pactar una desvinculación contractual posterior al momento de extinción de la acción de anulación, en caso de error» (pp. 258-259).

Y hubiera sido oportuno ofrecer, al respecto, alguna. En la base decimoquinta de la *Propuesta de Ley de Bases que acompaña a la Propuesta de 2023* se ordena, que «[t]ambién se incluirán reglas sobre los pactos de exclusión, limitación o concurrencia de los remedios anulatorio e indemnizatorio» (*supra* [38] b) [A]). Nada se señala para la materia del artículo 1309 PMCC 2023.

3.4 **El artículo 1309 PMCC 2023: la concurrencia entre los remedios de la anulación y la indemnización de daños, y los remedios fundados en el incumplimiento contractual**

[45] Ya he propuesto, en el anterior [44] d), el cambio de la leyenda del artículo 1309 PMCC 2023 a la de «Anulación e indemnización, y remedios por incumplimiento». Ahora y en este [45] analizo su contenido.

En virtud del artículo 1309 PMCC 2023, el legitimado para ejercitar los remedios «de este Capítulo [VII, "La nulidad y la anulabilidad de los contratos"]» y los «fundados en el incumplimiento del contrato» puede optar por ejercitar unos u otros. Se trata de una norma de alcance general, por lo que incluye al dolo [923].

Puede suceder, por ejemplo, que afirmaciones falsas sobre cualidades o condiciones de la prestación, o la no información acerca de que la prestación carecía de las cualidades o condiciones, de lo que habría debido informarse, constitutivas en ambos casos de dolo vicio del consentimiento (o de la voluntad), hayan llegado a formar parte de la regla contractual, pudiendo entenderse que, además del dolo, existe un incumplimiento contractual. ¿Qué solución ha darse? El afectado ¿solo puede ejercitar los remedios del dolo (este tiene la preferencia)? ¿Solo los del incumplimiento (este tiene la preferencia)? O ¿puede elegir entre ejercitar los remedios del dolo o los del incumplimiento contractual? Según el artículo 1309 PMCC 2023, la tercera posibilidad, esto es, la opción entre el ejercicio de uno u otro conjunto de remedios, es la respuesta.

[923] Artículo 1309 PMCC 2023: «Concurrencia de los remedios de este capítulo con los del incumplimiento

La parte contratante legitimada para ejercitar tanto los remedios previstos en este capítulo como los fundados en el incumplimiento del contrato puede elegir entre unos u otros».

La norma dispuesta en el artículo 1309 PMCC 2023 coincide con lo ordenado en los artículos 4:119 PECL [924], II.-7:216 DCFR [925] y 57 CESL [926],

[924] a) a.1) Artículo 4:119 PECL: «Remedies for Non-performance

A party which is entitled to a remedy under this Chapter [4 "Validity"] in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either remedy».

a.2) Artículo 4:119 PECL: «Acciones para casos de incumplimiento

La parte que tenga derecho a ejercitar alguna de las acciones de este capítulo [4 "Validez"] en circunstancias que le den también derecho a aplicar acciones para casos de incumplimiento, puede utilizar cualesquiera de dichos remedios» [Barres Benlloch/Embid Irujo/Martínez Sanz (2003) p. 413; otra traducción, Díez-Picazo, Roca Trias/Morales Moreno (2002) p. 47].

b) En 2010 informaba: «En el Comentario (único) del artículo 4:119 PECL, se precisa que algunas situaciones pueden analizarse como un supuesto de error o de incorrecta información, y como supuesto de incumplimiento. Por ejemplo, podría haber un remedio por incumplimiento de acuerdo con el artículo 6:108 PECL (*Quality of Performance*), si el cumplimiento de una de las partes no es de la calidad media; o, si una de las partes prometió como cierto un hecho relativo al cumplimiento (art. 6:101 PECL, *Statements giving rise to Contractual Obligations,* […]). En estos supuestos –continúa el Comentario (único) del artículo 4:119 PECL– no parece haber buenas razones para evitar que la parte perjudicada pueda elegir qué conjunto de remedios ejercitar. Normalmente, los remedios por incumplimiento le ofrecen una más completa reparación, pero, es posible que la parte perjudicada pueda considerar más sencillo ejercitar los remedios del Capítulo 4 de los PECL (Validez; por ejemplo, anular el contrato con fundamento en el error). Finalmente se indica, que la parte perjudicada puede elegir los remedios que sean compatibles. Y así, por ejemplo, no se puede anular el contrato y reclamar indemnización de daños por incumplimiento (art. 8:102 PECL)» [en el original, todo el texto en caja más pequeña; Fenoy Picón, *ADC* (2010) [62] [ii] pp. 123-124]. *Vid.* además [i] de pp. 125-129.

[925] a) a.1) Artículo II.-7:216 DCFR: «Overlapping remedies

A party who is entitled to a remedy under this Section [2 "Vitiated consent or intention"] in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either remedy».

a.2) a.2) Artículo II.-7: 216 DCFR: «Acumulación de remedios

Si una parte está legitimada tanto para ejercitar una medida de las previstas en la presente Sección [2 "Vicios del consentimiento"], como para acudir a uno de los remedios previstos para el incumplimiento del contrato, podrá utilizar cualquiera de las medidas y remedios disponibles» [revisión de Bosch Capdevila (2015) pp. 108-109].

b) En el comentario oficial (único) del artículo II.-7:216 DCFR se encuentran ideas presentes en el comentario oficial (único) del artículo 4:119 PECL [para este último, la nota inmediatamente anterior a esta, en b)], aparte de otras.

En concreto, según dicho comentario oficial (único) del artículo II.-7:216 DCFR: «En algunas situaciones los mismos hechos pueden ser analizados tanto como un caso de error, como uno en el que hay un incumplimiento de una obligación contractual. Por ejemplo, puede haber un remedio por incumplimiento porque el cumplimiento de una parte no es de la cualidad requerida; o una parte puede haber hecho una promesa contractual de que un particular hecho relativo al cumplimiento es verdad» (p. 534). Se advierte que, «[a]unque algunos sistemas impiden que la parte perjudicada elija qué conjunto de remedios ejercitar en casos de este tipo, no parece que haya buenas razones para hacerlo con tal de que no haya una "doble recuperación" ["double recovery"] y la elección no tenga por efecto, que una reclamación escape a restricciones contractuales, o de otro tipo, que debieran correctamente aplicarse a la misma» (p. 534). Por otro lado, «[n]ormalmente, los remedios por incumplimiento darán una más completa medida de lo recuperable, pero la parte perjudicada puede encontrar más sencillo ejercitar los derechos de esta Sección [2, "Vicios del consentimiento o de la voluntad"], por ejemplo, dar noticia de la anulación con fundamento en el error» (p. 534). Por último se indica que, «[n]o es necesario decir, que la parte perjudicada seguirá pudiendo elegir los remedios que sean compatibles»; «[n]o sería posible, por ejemplo, al mismo tiempo anular el contrato y exigir [la indemnización de los] daños por incumplimiento de una obligación» (p. 534) [«Artículo II.-7:216», Von Bar/Clive (ed.) (2009); traducción mía].

[926] a) Artículo 57 CESL: «Opción entre remedios

Si una parte está legitimada para ejercer uno de los remedios previstos en el presente capítulo [5, "Vicios de consentimiento"] y también lo está para ejercitar un remedio por incumplimiento, podrá utilizar cualquiera de dichos remedios».

en los que se admite la opción entre ejercitar unos u otros conjuntos de remedios. No coincide, en cambio, con lo señalado en el artículo 3.2.4 Principios UNIDROIT 2016, según el cual no puede anularse el contrato por error si los mismos hechos permiten ejercitar los remedios del incumplimiento [927].

En el Código civil y en la *Propuesta de 2009* (siguiente [A]) no existe al respecto una disposición específica de carácter general, por lo que la regla del artículo 1309 PMCC 2023 es una novedad. Pero, siendo novedad normativa, lo cierto es que la cuestión de la posible concurrencia entre los remedios de los vicios del consentimiento y los del incumplimiento ya era conocida entre nuestros autores [928]. En mi opinión, la disposición de la expresa y general norma del artículo 1309 PMCC 2009, y su solución (esto último, decisión de política legislativa), supone una mejora.

---

b) Pfeiffer señala que «[l]a función del artículo 57 es dar a la parte afectada la libre opción entre *los remedios por incumplimiento* [esta cursiva, negrita en el original] y los remedios que resultan de un *defecto del consentimiento* [esta cursiva del original]. El artículo 57 excluye cualquier argumento acerca de que cualquiera de estos grupos de remedios tenga preferencia, o disponga un conjunto de reglas más especial» [«Artículo 57» (2012) 1, p. 301].

[927] a) Artículo 3.2.4 Principios UNIDROIT 2016: «(Remedios por incumplimiento)

Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento».

b) Según el comentario oficial del artículo 3.2.4 Principios UNIDROIT 2016, «[e]n caso de conflicto [entre "los derechos y remedios relativos a la anulación del contrato en virtud del error" y "los derechos y remedios por incumplimiento"] debe preferirse la segunda opción, puesto que ofrece una mejor solución y resulta más flexible que la solución tajante de la nulidad» (p. 116).

Por otro lado, se explica que los conflictos pueden ser reales o potenciales. «Un conflicto real es el que se presenta entre los derechos y remedios por error y aquellos que surgen del incumplimiento, siempre que ambos conjuntos de derechos y remedios se aleguen en base a lo que, en esencia, son los mismos hechos» (p.116). En cuanto al conflicto potencial, «[p]uede ocurrir que el conflicto entre ambos grupos de derechos y remedios se presente sólo en forma potencial, debido a que la parte que incurrió en error podría pretender el remedio de incumplimiento y daños y perjuicios, pero se encuentra impedido para hacerlo por alguna circunstancia, tal como la prescripción de la acción. También en este supuesto se aplica este artículo, con la consecuencia de que no podrá ejercerse la acción de anulación en base al error» (pp. 116-117). «Artículo 3.2.4», UNIDROIT (2018).

[928] a) Por ejemplo, Pantaleón Prieto, y De la Maza Gazmuri [Fenoy Picón (2023) [127] [A.2] p. 584, y nota 1047 b) de p. 1047, respectivamente]; *vid.* además Asúa González [nota 1073 b) de pp. 584-585]. Con posterioridad, también Esplugues García, *supra* [43] c) [A.2] y [A.3].

b) En nota 144 de pp. 124-125 informaba, en 2010, que, «[v]igente la Ley 23/2003 […], que incorporaba la Directiva 1999/44, analicé la problemática que plantean los casos en que concurre el error y la falta de conformidad, teniendo presente la CISG […], los Principios UNIDROIT […] y los PECL […]. Para este concreto supuesto de la no conformidad, señalé que cuando aquellos con-currían [*sic*], entendía adecuado que el régimen de la falta de conformidad desplazaré al del error […]. La mayoría de los autores españoles ha defendido (con base en distintos textos jurídicos), que el comprador (consumidor) puede elegir entre el error o la falta de conformidad (compatibilidad) (así: Morales Moreno […] Navas Navarro […], García Rubio […], Álvarez Vega […] y Lete Achirica. En cuanto al dolo y a la falta de conformidad, cuando sus supuestos de hecho concurren en un caso dado, señalé su compatibilidad en el sentido de que el consumidor podía elegir cuál ejercitar. […]» [Fenoy Picón, *ADC* (2010)].

[A] *La ausencia de norma en la Propuesta de 2009 sobre la posible concurrencia entre los vicios del consentimiento, y el incumplimiento contractual*

En 2010, explicaba y consideraba al respecto:

«[…], es posible que en un caso dado puedan concurrir las figuras del error y del dolo en la formación del contrato, y la del incumplimiento. La subsecuente cuestión es si la persona legitimada para ejercitar la pretensión de anulación y los remedios por incumplimiento puede elegir entre uno u otro sistema de protección o, si tiene marcada por ley la opción. La *Propuesta civil* [*Propuesta de 2009*], que permite plantear la cuestión, no se pronuncia de modo expreso» [929].

«Como he indicado, la *Propuesta civil* [*Propuesta de 2009*] no ofrece una respuesta expresa para los casos en que, por el supuesto de hecho, puede haber concurrencia entre los remedios del error, del dolo y los del incumplimiento. Lo cual sorprende, si se tiene en cuenta que los Principios UNIDROIT (art. 3.7 [hoy artículo 3.2.4 Principios UNIDROIT 2016, que transcribo *supra* nota 927 a)]) y los PECL (art. 4:119 [que transcribo *supra* nota 924 a)]) ofrecen una regla expresa y se recuerda la influencia que tales Principios, sobre todo los últimos, han tenido sobre la *Propuesta civil* [*Propuesta de 2009*]. Dejando al margen el hecho de que cada uno de los citados Principios [UNIDROIT, PECL] acoja una solución distinta (la de la prevalencia de unos remedios sobre otros, la de la libre elección), también sorprende el silencio de la *Propuesta civil* [*Propuesta de 2009*], si se tiene presente que el problema de la colisión entre el error y el incumplimiento ha sido tratado por nuestros autores a propósito del contrato de compraventa. Por todo ello, parece oportuno pensar que la *Propuesta civil* [*Propuesta de 2009*] ha dejado a los intérpretes la decisión oportuna y su argumentación. Y hoy, lo cierto es que en el Ordenamiento español (Código civil y TRLGDCU) parece predominar la solución adoptada por los PECL: el legitimado puede optar entre los remedios que podríamos denominar precontractuales (anulación, *culpa in contrahendo*) y los remedios contractuales por incumplimiento. No parece, por ello, que la *Propuesta civil* [*Propuesta de 2009*] vaya a ser entendida conforme a los Principios UNIDROIT, en dónde prevalece la aplicación de los remedios del incumplimiento frente al error» [930].

[B] *El soft law, el CESL y el derecho comparado sobre la concurrencia entre los vicios del consentimiento y el incumplimiento, según Lohsse*

Este autor informa, que resulta «claro de las Notas [de derecho comparado] de [los arts. 4:119 PECL y II.-7:216 DCFR, que transcribo *supra* notas 924 a) y 925 a), respectivamente], que esta disposición ([dado que sus] [..] formulaciones son prácticamente idénticas), que también ha sido adoptada en el [art. 57] CESL [que transcribo *supra* nota 926 a)], se ha proyectado sobre la base de asumir que la gran mayoría de los sistemas jurídicos europeos permiten tal libre opción entre

[929] Fenoy Picón, *ADC* (2010) [62] p. 122.
[930] Fenoy Picón, *ADC* (2010) [63] pp. 124-125.

los remedios; solo Alemania es mencionada como sistema jurídico donde las reglas del error son excluidas una vez que los remedios por incumplimiento están disponibles» [931]. Por ello, «a veces se ha dicho que [los arts.] 4:119 PECL, II.-7:216 y 57 CESL se corresponden con el "común estándar europeo"» [932]. Pero, continúa Lohsse, «[u]n más detallado análisis comparado […] muestra que esto es un cuadro del derecho europeo en exceso simplificado, y desde hace poco puede, incluso, haber una tendencia a excluir la anulación por error cuando los remedios por incumplimiento son aplicables» [933]. «Aún así», advierte Lohsse, «muchos sistemas jurídicos nacionales, de hecho, todavía permiten la libre opción entre la anulación y los remedios por incumplimiento» y esto se adopta, «en particular, en los derechos austríaco, inglés y suizo», lo que «es explicado habitualmente con el argumento de que el derecho de anulación y los remedios por incumplimiento se dirigen a cuestiones diferentes, concretamente, a la obtención impropia del consentimiento en el proceso de contratar por un lado, y a la entrega de un objeto no conforme con el acuerdo contractual por otro» [934]. En cambio, «bastantes derechos nacionales […] prohíben la anulación por error en donde los remedios por incumplimiento están (o estaban) disponibles», regla esta basada «en la consideración de que específicos requisitos de los remedios del incumplimiento no deberían ser ignorados por la posibilidad de anular el contrato» [935]. Y esto último «es verdad, en particular, para los derechos de los Países Bajos, Alemania e Italia, mientras que el derecho francés ha oscilado entre ambas soluciones» [936].

4. LA VENTAJA INJUSTA

4.1 **La presentación de los artículos 1292 y 1297 PMCC 2023**

[46] Ambos artículos se encuentran en la Sección segunda, del Capítulo VII «De la nulidad y la anulabilidad de los contratos», del Título II «De los contratos», del Libro IV «De las obligaciones y contratos» de la *Propuesta de 2023*. Recuerdo que dicha Sección segunda se titula «La anulabilidad del contrato» [*supra* [38] b)].

En cuanto a su presentación:

a) El artículo 1292 PMCC 2023 se dedica a los «[c]ontratos celebrados por menores de edad o personas con discapacidad» (esa es su leyenda; para la capacidad de contratar, art. 1223 PMCC 2023, que transcribo *supra*

---

[931] Lohsse, «Artículo 4:119» (2018) 2 pp. 737-738; traducción mía.
[932] Lohsse, «Artículo 4:119» (2018) 2 p. 738; traducción mía.
[933] Lohsse, «Artículo 4:119» (2018) 2 p. 738; traducción mía.
[934] Lohsse, «Artículo 4:119» (2018) 2 p. 738; traducción mía.
[935] Lohsse, «Artículo 4:119» (2018) 2 p. 738; traducción mía.
[936] Lohsse, «Artículo 4:119» (2018) 2 p. 738; traducción mía.

nota 779). El artículo 1292 PMCC 2023 tiene tres apartados. En concreto, su apartado 1 se ocupa de la legitimación activa para anular el contrato celebrado por el menor de edad no emancipado, que no puede válidamente celebrarlo por sí solo; en su apartado 2 se trata de la legitimación activa para anular el contrato, celebrado por la persona con discapacidad provista de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar y que prescindió de ellas cuando fueron precisas; y en su apartado 3 se dispone, que el otro contratante no tiene legitimación activa para anular el contrato en los dos supuestos dispuestos en el artículo 1292, 1 y 2, PMCC 2023 [937].

Comparando con el Código civil, el equivalente al artículo 1292.1 PMCC 2023 es el artículo 1302.2 CC [y para la capacidad de contratar del menor de edad, art. 1263 CC, *supra* nota 404 a)]; el equivalente al artículo 1292.2 PMCC 2023, que es el que ahora me interesa, es el artículo 1302.3 CC [y para la capacidad de contratar de la persona con discapacidad, art. 1263 CC, *supra* nota 404, a.1) y a.2)]; por último, el equivalente al artículo 1292.3 PMCC 2023 es el artículo 1302.4, primera regla, CC [*supra,* nota 403 a)].

Trasladándome a la comparación con la *Propuesta de 2009*, su artículo 1297 regula la legitimación activa para anular el contrato, celebrado por persona que carecía de la necesaria capacidad de obrar, y, el celebrado por persona que carecía de capacidad de entender o querer [938]. Dado el año de pu-

---

[937] Artículo 1292 PMCC 2023: «Contratos celebrados por menores de edad o personas con discapacidad

1. Los contratos que los menores de edad no emancipados no puedan celebrar válidamente por sí mismos podrán ser anulados por su representantes legales o por ellos mismos cuando alcance la mayoría de edad.

2. […] [lo transcribo en parte *infra* nota 939].

3. La otra parte contratante no podrá alegar la minoría de edad ni la falta de apoyo de aquel con el que contrató».

[938] a) a.1) Artículo 1297 PMCC 2009:

«1. Los contratos celebrados por personas que carezcan de la capacidad de obrar necesaria podrán ser anulados por sus representantes legales, por aquéllos a quienes les corresponda prestar su asistencia o por ellas mismas cuando adquieran dicha capacidad o por su herederos.

2. Asimismo, podrán ser anulados los contratos celebrados por quienes por cualquier causa, aunque sea transitoria, carezcan de la capacidad de entender su alcance o para querer sus consecuencias».

a.2) El artículo 1297 PMCC 2009 (capacidad de contratar) se sitúa inmediatamente antes de la regulación de los vicios del consentimiento (arts. 1298 a 1301 PMCC 2009) y ambas materias se localizan en el Capítulo IX «De la nulidad y anulación de los contratos», del título II, del Libro IV de la PMCC 2009 [*supra* [6] b)].

b) Por otro lado, en el artículo 1304 PMCC 2009 se dispone la duración del plazo para anular el contrato, su naturaleza y cómputo, y, en relación con lo que interesa para esta nota: «La acción de anulación caducará a los dos años y este tiempo empezará a correr:

[…]

– Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapaces, sin perjuicio de la legitimación que se concede en el artículo 1297 de este Código [que transcribo en la anterior a.1) de

blicación de la *Propuesta de 2009,* la regulación de su artículo 1297 responde, es claro, a la concepción y filosofía, anteriores a la reforma del Código civil por obra de la Ley 8/2021.

b) El artículo 1297 PMCC 2023 tiene dos apartados, y regula con carácter general la «[v]entaja injusta» (esa es su leyenda). En su apartado 1, se fijan sus requisitos de aplicación, y en su apartado 2, se ejemplifican una serie de supuestos en los que se entiende que «hay aprovechamiento de la situación de la otra parte».

Dado que su regulación es de alcance general, el artículo 1297 CC no tiene equivalente en el Código civil. No obstante, recuerdo el carácter de avanzadilla de la ventaja injusta, atribuido al artículo 1302.3 CC, por parte de García Rubio/Varela Castro, e Infante Ruiz, *supra* [3] c).

En cuanto a la *Propuesta de 2009*, el equivalente a este artículo 1297 PMCC 2023 es la ventaja excesiva del artículo 1301 PMCC 2009, que analicé *supra* [23].

4.2 El artículo 1292.2 PMCC 2023: el contrato celebrado por persona con discapacidad provista de medidas de apoyo para contratar, que prescindió de ellas cuando eran precisas. El artículo 1297 PMCC 2023: la ventaja injusta

[47] Los equivalentes, entre sí, artículos 1292.2, I y II, PMCC 2023 y 1302.3, I y II, CC, como indiqué en el anterior [46] a), ¿ordenan o no las mismas normas en sus respectivos párrafos I y II?

a) Invirtiendo el lógico orden de exposición, comienzo con el análisis y la comparación de los respectivos párrafos II de cada uno de esos artículos. Y mi respuesta a la anterior pregunta es, que la misma depende de la interpretación que se defienda para el artículo 1302.3.II CC.

He de señalar que los artículos 1302.3.II CC y 1292.2.II PMCC 2023 cuentan con la misma redacción, a excepción de una coma que aparece en la parte final del artículo 1292.2.II PMCC 2023 y que precede al «obteniendo», coma inexistente en el artículo 1302.3.II CC. Más concretamente, el artículo 1292.2.II *in fine* PMCC 2023 reza, «[…] de la situación de discapaci-

esta nota] a sus representantes legales y a quienes corresponda prestar su asistencia, desde que adquieran o recuperen la capacidad necesaria, y en su defecto desde su muerte.

[…]».

dad, obteniendo de ello una ventaja injusta», mientras que en artículo 1302.3.II CC se ordena «[…] de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta» [939]. En mi consideración, esa coma del artículo 1292.2.II PMC 2023 permite defender que la ventaja injusta es exigible para los dos supuestos recogidos en el artículo 1292.2.II PMCC 2023, uno el de «conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación», el otro el de «o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad». En cambio y para el artículo 1302.3.II CC, recuerdo que los autores, aportando distintas argumentaciones, lo interpretan de las dos siguientes maneras. Para unos (tesis primera), la exigencia de la ventaja injusta se requiere, tanto si el otro contratante fue conocedor de las medidas de apoyo cuando celebró el contrato, como si el aprovechamiento de la situación de discapacidad fue de otro modo por parte de ese otro contratante [García Rubio/Varela Castro, Barceló Compte; *supra* [20] b)]. Para otros (tesis segunda), si el otro contratante conocía, cuando la celebración del contrato, de las medidas de apoyo para contratar de la persona con discapacidad, no se exige a aquél que obtuviera una ventaja injusta para que el titular de la medida de apoyo pueda anular el contrato, celebrado por la persona con discapacidad, y, en cambio, sí se requiere de la existencia de la ventaja injusta si el otro contratante se aprovechó de otro modo de la situación de discapacidad [Gómez Calle, Álvarez Lata, Egusquiza Balmaseda, De Amunátegui Rodríguez; Alberruche Díaz-Flores; *supra* [20] b)].

En definitiva y en mi opinión, mediante la coma del artículo 1292.2.II PMCC 2023 se estaría acogiendo la expuesta tesis primera del artículo 1302.3.II CC y, si se es partidario de ella, no habría novedad entre el Código civil y la *Propuesta de 2023*. En cambio, si la *Propuesta de 2023* se confronta con la indicada tesis segunda del artículo 1302.3.II CC, el artículo 1292.2.II PMCC

---

[939] a) Artículo 1302.3 CC: «[…] [lo transcribo en la nota inmediatamente siguiente].

Los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad *obteniendo de ello una ventaja injusta»* (cursiva mía).

b) Artículo 1292 PMCC 2023: «Contratos celebrados por menores de edad o por personas con discapacidad

1. […] [lo transcribo *supra* nota 937].
2. […] [lo transcribo en la nota inmediatamente siguiente].

Los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapaciad*, obteniendo de ello una ventaja injusta»* (cursiva mía).

3. […] [lo transcribo *supra* nota 937].

2023 aportaría la novedad de requerir la ventaja injusta también para el supuesto de «cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la celebración».

b) Trasladándome ahora a los párrafos I de los artículos 1292.2 PMCC 2023 y 1302.3 CC, en estos se contienen la misma norma, con dicciones prácticamente iguales [940].

El párrafo I del artículo 1302.3 CC, en el que literalmente no se exige que el otro contratante obtuviera una ventaja injusta, también ha sido, recuerdo, interpretado de las dos siguientes maneras. García Rubio/Varela Castro, Infante Ruiz, y Barceló Compte lo entienden en el sentido de que se exige (requisito) la obtención de una ventaja injusta (tesis primera), mientras que no lo consideran así, Gómez Calle, Álvarez Lata, y De Amunátegui Rodríguez [tesis segunda; *supra* [20] a)]. Pues bien, si se tiene presente que en el artículo 1292.2.I PMCC 2023 se contiene la misma norma que en el artículo 1302.3.I CC con, como he apuntado, pequeñas diferencias de dicción, considero que las dos referidas tesis para el artículo 1302.3.I CC podrán seguir siendo defendidas por sus respectivos autores, ahora para el artículo 1292.2.I PMCC 2023.

Sin embargo, a lo anterior he de sumar un nuevo dato. Mientras que en el Código civil no se regula la ventaja injusta con alcance general, en la *Propuesta de 2023* sí se hace. Esto último se lleva a cabo en el artículo 1297 PMCC 2023, que además y expresamente incluye, en su apartado 2, el supuesto de «cuando la parte perjudicada fuese persona con discapacidad». La existencia de este artículo 1297 PMCC 2023 podría reforzar la interpretación de que la legitimación para anular, dispuesta en el artículo 1292.2.I PMCC 2023, requiere que el otro contratante hubiera obtenido una ventaja injusta («en condiciones de igualdad», art. 249. I primera regla CC; además de la finalidad de la seguridad del tráfico jurídico).

---

[940] a) Artículo 1302.3 CC: «Los contratos *celebrados* por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubier*e* fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción.

[…] [lo transcribo en la nota inmediatamente anterior]».

b) Artículo 1292.2 PMCC 2023: «Los contratos *que hayan sido celebrados* por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar*,* prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubier*a* fallecido antes el [*sic*; del] transcurso del tiempo en el que pudo ejercitar la acción.

[…] [lo transcribo en la nota inmediatamente anterior]».

La cursiva en ambos artículos, mía.

Más allá de mis anteriores explicaciones, Barceló Compte opina que si se regulase en el Código civil la ventaja injusta «como causa autónoma de ineficacia contractual», ello haría «seguramente» innecesario al artículo 1302.3.I CC, o «su incorporación» habría de ser «en otros términos», pues en otro caso habría una «superposición» («una suerte de interferencia»), «una redundancia» [941]. Trasladándome a la *Propuesta de 2023*, me parece posible (hipótesis mía) que Barceló Compte mantendría lo mismo para el artículo 1292.2 PMCC 2023, teniendo presente al artículo 1297 PMCC 2023.

La verdad es que, siendo relativamente reciente la reforma del Código civil por Ley 8/2021, existiendo discrepancias entre los autores acerca de cuál sería el adecuado tratamiento jurídico para los contratos celebrados por personas con discapacidad que, en relación con su capacidad de contratar, requieren de medidas de apoyo y prescindieron de ellas, y, no siendo objeto de expreso y concreto mandato ministerial la reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (materia de derecho de la persona), puede justificarse la existencia y la redacción de ese artículo 1292 PMCC 2023. Por otro lado, al menos con este enfoque, en la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023* nada se indica sobre el artículo 1292 PMCC 2023. Y en cuanto al *soft law*, en los PECL (art. 4:101), el DFCR (art. II.-7:101) y los Principios UNIDROIT 2016 (art. 3.1.1) se excluye de su ámbito regulatorio la contratación de las personas con discapacidad (eso sí, por otras razones) [942].

---

[941] Barceló Compte explica: «Con relación al primer elemento subjetivo relativo al estado de debilidad […], la reforma del Código civil de 2021 [Ley 8/2021] lo centraliza en la circunstancia de la discapacidad que tiene uno de los contratantes. […] la reforma lo ha limitado a la situación de discapacidad porque no está regulada en el Código civil la figura de la ventaja injusta como causa autónoma de ineficacia contractual […]. Seguramente la adopción de una figura como tal alojada como causa de ineficacia contractual general hubiera hecho innecesaria una norma como la del [art.] 1302.3 CC o su incorporación hubiera sido en otros términos […]. De otro modo, se hubieran superpuesto ambas. Es decir, la adopción de un artículo como el 1302.3 CC, segundo párrafo, de carácter marcadamente tuitivo, junto con una figura de aplicación general, hubiera resultado redundante y, en consecuencia, podríamos hablar de una suerte de interferencia en la aplicación del remedio general de tuición de la parte débil (junto con el remedio *ad hoc*)» [*ADC* (2024) p. 562].

También dice: «Como incidiremos [Barceló Compte] en las conclusiones, la introducción de una norma de alcance general como es la ventaja injusta (así ha sido en el caso del texto catalán) no reservada exclusivamente para los contratos celebrados por personas con discapacidad (presupuesto del artículo 1302.3, segundo párrafo CC) hubiera hecho redundante una norma como la contenida actualmente en el Código civil» (p. 551).

[942] a) En los PECL:

a.1) Artículo 4:101 PECL: «Matters not covered
This chapter [4, "Validity"] does not deal with invalidity arising from […] or lack fo capacity».
Artículo 4:101 PECL: «Cuestiones no reguladas

[48] *a)* En el artículo 1297 PMCC 2023, con leyenda «ventaja injusta» [*supra* [46] b)], se dispone que «[u]na de las partes contratantes podrá anular el contrato que otorgue una ventaja injusta a la otra, cuando esta la hubiera obtenido aprovechándose de la situación en la que se encontraba aquella en el momento de la celebración» (apartado 1), y, «[e]n particular, se entenderá que hay aprovechamiento de la situación de la otra parte cuando exista entre ambas una relación de confianza o de dependencia, o cuando la parte perjudicada fuese persona con discapacidad, sufra extraordinarias dificultades económicas, o se encuentre en situación de necesidad apremiante, de ignorancia, de inexperiencia o de falta de previsión» (apartado 2) [943].

El presente capítulo [4 "Validez"] no trata de la nulidad derivada […] o de incapacidad» [Barres Benlloch/Embid Irujo/Martínez Sanz (2003) p. 321; otra traducción, Díez-Picazo/Roca Trias/Morales (2002) p. 41].

a.2) En el *Comment* del reproducido artículo se informa de que «[l]a falta de capacidad no es tratada [en los PECL] porque es más una materia de derecho de persona, que propiamente de contrato» [«Artículo 4:101», Lando/Beale (ed.) (2000) p. 227; traducción mía].

b) b.1) Artículo II.-7:101 DCFR: «Scope

(1) This Chapter [7, "Grounds of invalidity"] deals with […].
(2) It does not deal with lack of capacity.
(3) […]».

Artículo II.-7:101 DCFR: «Ámbito de aplicación

(1) El presente Capítulo regula los efectos:

[…].

(2) No regula la falta de capacidad.
(3) […]» [revisión de Bosch Capdevila (2015) pp. 102-103].

b.2) En el *Comment* del artículo se expone que, «[a]unque la falta de capacidad puede ser un fundamento de invalidez, y puede negar o viciar el consentimiento, este Capítulo no trata esta materia porque es más una materia de derecho de persona, que propiamente de contrato» [«Artículo II.-7:101», Von Bar/Clive (ed.) (2009) p. 451; traducción mía].

c) c.1) Artículo 3.1.1 Principios UNIDROIT 2016: «(Cuestiones excluidas)

El presente Capítulo [3 "Validez"] no se ocupa de la falta de capacidad de las partes».

c.2) En el comentario del artículo se apunta, que «[e]ste artículo [3.1.1] deja claro que no toda la materia de la invalidez del contrato contemplada en los sistemas jurídicos nacionales se incluye en el ámbito de los Principios. Es el caso concreto de la falta de capacidad de las partes. La complejidad inherente a las cuestiones relativas al estado de las personas, como así también el diverso tratamiento que reciben estas cuestiones en los ordenamientos nacionales aconsejan su exclusión del ámbito de aplicación de los Principios» [«Artículo 3.1.1», UNIDROIT (2018) p. 105].

[943] En cuanto a los remedios de la ventaja injusta, en el artículo 1297 PMCC 2023 solo se contempla la anulación contractual (apartado 1); esto es, no se dispone la posibilidad de la adaptación del contrato.

En cambio:

a) En la *Propuesta de 2009*, en su artículo 1301, se dispone para la ventaja excesiva el remedio de la anulación [párrafo I, lo transcribo *supra* [23] a)], así como el remedio de la adaptación judicial a petición de la parte perjudicada (párrafo II, lo transcribo *supra* nota 477).

b) Lo mismo sucede en la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil. Su artículo 527-9 dispone, en su apartado 1, el remedio de la anulación, y en su apartado 2, el del «reequilibrio del contrato, sobre la base del precio generalmente practicado en el mercado» que puede «pretender» «la parte perjudicada» [lo transcribo *supra* nota 478 a.1)].

Como apunté *supra* [46] b), este artículo 1297 PMCC 2023 encuentra su equivalente en el artículo 1301.I PMCC 2009, que transcribo *supra* [23] a) y analizo con detenimiento en dicho mismo [23]. Advierto que, en mis siguientes explicaciones del artículo 1297 PMCC 2023, tengo presente lo que expuse para aquel artículo 1301.I PMCC 2009; lo que expuse para el artículo 1302.3 CC (*supra* [20]); y lo que expuse para el *soft law* (arts. 4:109 PECL, II.-7:702 DCFR, Principios UNIDROIT 2016) y para el CESL (art. 51), así como para los derechos nacionales que vengo analizando [*supra* [18] b) [B] a [D]].

b) Comparando el artículo 1297, 1 y 2, PMCC 2023 con el artículo 1301.I PMCC 2009, es evidente que el primero se estructura de modo distinto al segundo. La mera lectura paralela de los dos artículos permite percibirlo. Mientras que en el párrafo I del artículo 1301 PMCC 2009 se perfila una definición general y abstracta de la ventaja excesiva, se fijan sus requisitos e identifica una serie de situaciones de vulnerabilidad, este descrito contenido del artículo 1301. I PMCC 2009 se desdobla en los dos apartados del artículo 1297 PMCC 2023. En concreto, en el apartado 1 del artículo 1297 PMCC 2023 se define y se identifican los requisitos de la ventaja injusta, y en su apartado 2 se indican un conjunto de situaciones (causas) de vulnerabilidad.

c) Trasladándome ya a lo propiamente sustantivo, comienzo con el análisis del apartado 1 del artículo 1297 PMCC 2023 [que transcrito en la anterior a) de este [48]].

Al respecto, conviene que inicie recordando que, refiriéndose a la ventaja injusta del artículo 1302.3 CC, Varela Castro indicaba que «la nueva causa de anulabilidad [de la Ley 8/2021] es la obtención por uno de los contratantes de una ventaja injusta de la persona de cuya situación de discapacidad se ha aprovechado», y, García Rubio/Varela Castro afirmaban que «algunas líneas y probablemente bastantes problemas interpretativos se pudieron haber ahorrado en el 1302.3.I CC afirmando sencillamente que "Las personas con discapacidad también podrán anular, con el apoyo que precisen [léase, quieran] los contratos que celebren por sí solas o con alguna medida de apoyo cuando el otro contratante se hubiera aprovechado de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta"» [*supra* [20] a)]. Pues bien, en el artículo 1297.1 PMCC 2023, por razón de su alcance general, se comienza con el genérico «[u]na de las partes», y se dispone que la misma puede «anular el contrato que otorgue una ventaja injus-

c) E igualmente en la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer. En su artículo 56 se contempla la anulación del contrato (apartado 1), y la adaptación judicial del «contrato a las exigencias de la buena fe y a los usos del tráfico jurídico»; ahora bien y a diferencia de lo señalado en las anteriores a) y b) de esta nota, la adaptación del contrato es a solicitud «de la parte que haya recibido la notificación de anulación» (apartado 3) [lo transcribo *supra* nota 478 b.1)].

ta a la otra, cuando esta la hubiera obtenido aprovechándose de la situación en la que se encontraba aquella en el momento de la celebración del contrato».

Al exponer los requisitos de la ventaja excesiva del artículo 1301.I PMCC 2009 apunté que, en mi opinión, se exigían los tres siguientes: uno, la situación de debilidad (o vulnerabilidad; requisito subjetivo); dos, que la otra parte conociese, o debiera de conocer, la situación de debilidad (o vulnerabilidad), abusando de ello (segundo requisito subjetivo); y tres, la obtención de una ventaja excesiva [*supra* [23] c)]. De los tres anteriores requisitos, el segundo no se ordena expresamente en el artículo 1300.I PMCC 2009 y, recuerdo sintéticamente, que algunos autores interpretan que la ventaja excesiva del artículo 1300.I PMCC 2009 opera al margen de que el otro contrantante conociese la debilidad (o vulnerabilidad) de con quien contrataba (así, Bosch Capdevila, Gaspar Lera, Palazón Garrido; más matizadamente Infante Ruiz); en cambio, Gómez Calle, con quien coincido, entiende que la aplicación del artículo 1301.I PMCC 2009 exige el conocimiento, o deber de conocer, la situación de debilidad (o vulnerabilidad), para lo cual aportaba un conjunto de argumentos, entre ellos que, «quien celebra un contrato que le es muy ventajoso sin conocer la dependencia, las necesidades o las limitaciones del otro y sin tener tampoco motivos para sospecharlas, no "se aprovecha" de ellas y menos aún "injustamente"» [*supra* [23] c.2)]. Pues bien, en el artículo 1297.1 PMCC 2023 solo aparece «aprovechándose». No se califica al «aprovechándose» de «injustamente», como se ordena en el artículo 1301.I PMCC 2009. Aún sin la indicación del «injustamente», considero que en el «aprovechándose» del artículo 1297 PMCC 2023 se encierra, se exige, que el otro contratante conociese, y añado, por considerarlo así, o debiese conocer la existencia de la situación de vulnerabilidad[944]. Llamo además la atención acerca de que, si bien en el artículo 1297 PMCC 2023 se encuentra un «injusta», esto acompaña a la ventaja («ventaja injusta» se dice), y en el artículo 1301.I PMCC 2009, en el que se regula la «ventaja excesiva», el «injustamente» acompaña al «aprovechándose».

> [A] Es oportuno que recuerde:
>
> *a)* En el *soft law* (arts. 4:109 PECL y II.-7:207 DCFR, que transcribo *supra*, notas 396 y 435 respectivamente) y en el artículo 51 CESL (que transcribo *supra* nota 437) se exige que la otra parte conociera, o debiera de conocer, las situaciones que se contemplan en aquellos textos jurídicos.

---

[944] En el diccionario de la Real Academia Española, según la entrada 6 de la voz «aprovechar»: «Sacar provecho de algo o de alguien, generalmente con astucia o abuso. *Se aprovechaba* DE *su posición*» [cursiva y versalita del original], y, como sinónimos se indican «abusar, utilizar, explotar, exprimir, chupar, prevalerse, beneficiarse».

En cambio, en el artículo 3.2.7 Principios UNIDROIT 2016 solo se indica «que se haya aprovechado injustificadamente» (lo transcribo *supra* nota 439; además, nota 440).

b) En los derechos nacionales que analizo:

b.1) En el derecho francés, para la violencia del abuso del estado de dependencia, se exige la explotación abusiva del estado de dependencia del contratante, el abuso es culpa; artículo 1143 CCF; *supra* [18] b) [B] d.3).

b.2) En el derecho de los Países Bajos, para el abuso de circunstancias (indebida influencia), se exige saber o, deber comprender que, por las circunstancias especiales del otro, este último es movido a contratar, aunque sepa o comprenda que debería impedírselo; artículo 3:44.4 BW; *supra* [18] b) [C.1] a) y b).

b.3) En el derecho belga, para el abuso de circunstancias, se requiere que una de las partes abuse de las circunstancias vinculadas a la situación de debilidad de la otra; abuse de las concretas circunstancias de inferioridad de la otra parte; se aproveche; artículo 5.37. I CCB; *supra* [18] b) [C.2] a) y c.2).

b.4) En el derecho alemán, para la usura, ha de haber una explotación deliberada de las situaciones contempladas en la norma; § 138.2 BGB; *supra* [18] b) [D.1] d).

b.5) En el derecho suizo, para la lesión, se exige la explotación de las situaciones contempladas; el que lesiona conoce el estado del otro contratante y se aprovecha; utiliza conscientemente la debilidad de su contraparte; artículo 21.1 CO 1911; *supra* [18] b) [D.2] a), c.2) y c.2.4).

b.6) En el derecho italiano, para el contrato celebrado en estado de peligro, se exige que la necesidad de salvarse a sí mismo, o a otros, sea conocida por la contraparte (art. 1447. I CCI 1942; *supra* [18] b) [D.3] b)]; y para el contrato celebrado en estado de necesidad, se requiere el aprovechamiento del estado de necesidad, su conocimiento y posibilidad de aprovecharse [art. 1148. I CCI 1942; *supra* [18] b) [D.3] c) y c.3)].

b.7) En el derecho portugués, para el negocio usurario, se exige que se explote las situaciones contempladas; aprovechamiento consciente de la situación que conoce; no es necesario intención de explotar; artículo 282 CCP 1966; *supra* [18] b) [D.4] b) y c.2).

En cuanto al contenido (alcance) de la «ventaja injusta» del artículo 1297 PMCC 2023, entiendo que se incluyen los que, genéricamente he denominado, desequilibrios económicos y desequilibrios en las condiciones del contrato para la «ventaja injusta» del artículo 1302.3 CC [*supra* [20] c)]; mismos desequilibrios incluidos igualmente, en la «ventaja excesiva» del artículo 1301.I PMCC 2009 [*supra* [23] c.3)].

[A] Es oportuno que recuerde:

a) En el *soft law*, en los artículos 4:109 PECL (que transcribo *supra* 396), II.-7:207 DCFR (que transcribo *supra* 435; además nota 436) y 51 CESL (que

transcribo *supra* nota 437; además nota 438) se incluyen los antes referidos desequilibrios económicos (beneficio excesivo) y desequilibrios en las condiciones del contrato (aprovechamiento/ventaja injusta).

En cambio, en el artículo 3.2.7 Principios UNIDROIT 2026 solo se hace referencia a la «[e]xcesiva desproporción», a la «ventaja excesiva» (que transcribo *supra* nota 439; además, nota 440).

b) En los derechos nacionales que analizo:

b.1) En el derecho francés se exige, para la violencia del abuso del estado de dependencia, la obtención de una ventaja manifiestamente excesiva; ha de ser flagrante; artículo 1143 CCF; *supra* [18] b) [B] d.5).

b.2) En el derecho de los Países Bajos, para el abuso de circunstancias (indebida influencia), no se exige la obtención de una ventaja; artículo 3:44.4 BW; *supra* [18] b) [C.1] a) y b).

b.3) En el derecho belga, para el abuso de circunstancias, se exige un desequilibrio manifiesto entre las prestaciones; desequilibrio flagrante; artículo 5.37. I CCB; *supra* [18] b) [C.2] a) y c.1).

b.4) En el derecho alemán, para la usura, se requiere que se haga prometer o, conceder, ventajas patrimoniales notoriamente desproporcionadas con la prestación; obvia desproporción; § 138.2 BGB; *supra* [18] b) [D.1] a) y d).

b.5) En el derecho suizo, para la lesión, se exige una desproporción evidente entre prestación y contraprestación; la desproporción debe saltar a los ojos, ser flagrante, asombrosa, chocante; artículo 21.1 CO 1911; *supra* [18] b) [D.2] a) y c.1).

b.6) Para el derecho italiano, para el contrato celebrado en estado de peligro, se requiere la asunción de obligaciones en condiciones inicuas, por ejemplo, se está a punto de ahogarse, obligándose a pagar una suma elevadísima para ser ayudado (art, 1447. I CCI 1942; *supra* [18] b) [D.3] b)]; y para el contrato celebrado en estado de necesidad, se exige desproporción entre prestación y contraprestación, lesión *ultra dimidum* (art. 1148. I CC 1942; *supra* [18] b) [D.3] c) y c.2)].

b.7) En el derecho portugués, para el negocio usurario, se exige la obtención de unos beneficios excesivos o injustificados [art. 282 CCP 1966 en su actual versión (reforma por *Decreto-ley n.º 262/83)*]; en cambio, en el antiguo artículo 282 CCP se precisaba que fueran beneficios manifiestamente excesivos o injustificados; *supra* [18] b) [D.4] a), b) y c.3)].

d) Centrándome ahora en el análisis sustantivo del apartado 2 del artículo 1297 PMCC 2023 [que transcribo *supra* a) de este [48]]:

d.1) En este apartado 2 se señala un conjunto de situaciones de vulnerabilidad. Sobre en qué consisten cada una de esas situaciones, remito a las

explicaciones que para el artículo 1301.I PMCC 2009 expuse *supra* [23] c.1), ahora aplicadas al artículo 1297 PMCC 2023[945].

Las concretas situaciones del artículo 1297.2 PMCC 2023 son:

d.1.1) Que exista «una relación de confianza o de dependencia» con el otro contratante.

Comparando estas dos situaciones del artículo 1297.2 PMCC 2023 con el artículo 1301.I PMCC 2009, en este último se contempla solo la «situación de dependencia». La no expresa mención, en el artículo 1301.I PMCC 2009, de la relación de confianza es algo que algunos autores han destacado como, por ejemplo, Bosch Capdevila, Palazón Garrido y Gómez Calle [*supra* [23] c.1.1) y nota 497 a)]. Recuerdo además que, según Infante Ruiz, habría de hacerse «una interpretación amplia del concepto "relación de dependencia" del artículo 1301.I PMCC 2009 que absorba asimismo la "relación de confianza"» [*supra* [23] c.1.1)]. Pues bien, con la apuntada expresa incorporación de la «relación de confianza» al artículo 1297.2 PMCC 2023 ya no es necesaria tal interpretación del artículo 1301.I PMCC 2009. En mi opinión, la inclusión expresa de la «relación de confianza» en el artículo 1297.2 PMCC 2023 es una mejora.

d.1.2) Otra situación de vulnerabilidad, a la cual me referí *supra* [47] b), es «cuando la parte perjudicada fuese persona con discapacidad» (art. 1297.2 PMCC 2023). Tampoco esta situación de vulnerabilidad se menciona en el artículo 1301.I PMCC 2009. Por tanto, otra novedad del artículo 1297.2 PMCC 2023.

Recuerdo que *supra* [3] c) informé que, García Rubio decía en 2022, «[e]s cierto que las reglas comparadas que contemplan la ventaja injusta suelen tomar en consideración, en cuanto a las deficiencias personales del sujeto, la inexperiencia, la ignorancia, la falta de previsión y/o la falta de habilidad negociadora de la parte perjudicada […]; [y reconoce García Rubio que] no se suele incluir la discapacidad que, sin embargo, creo [García Rubio] que cohonesta perfectamente con las circunstancias descritas». Más allá de lo anterior y en relación con el artículo 1297.2 PMCC 2023, Vaquer Aloy ha señalado la amplitud de la referencia a la persona con discapacidad, considerando la necesidad «de una definición mucho más precisa de la persona que se propugna proteger, o de una cláusula abierta al estilo del Código civil belga»[945 bis].

---

[945] De interés también las explicaciones del derecho suizo y portugués que expongo *supra* [18] b), para el derecho suizo [D.2] c.2.1) a c.2.3), para el portugués [D.4] c.1.1) a c.1.6).

[945 bis] En concreto, según Vaquer Aloy: «De la regulación que se propone [en el art. 1297.2 PMCC 2023], merece destacarse la mención a las personas con discapacidad: "se entenderá que hay aprovechamiento de la situación de la otra parte cuando (…) la parte perjudicada fuese persona con discapacidad". Esta previsión encaja mal con la filosofía de la reforma de la discapacidad, cuyo norte es que no haya ningún trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad que, por razón de esta, no ven mermada su capacidad jurídica. El precepto abraza cualquier persona con discapacidad, influya su causa o no en la

d.1.3) Las siguientes dos situaciones de vulnerabilidad del artículo 1297.2 PMCC 2023 también se encuentran en el artículo 1301.I PMCC 2009, con mínimas diferencias de dicción.

Según el artículo 1297.2 PMCC 2023, que el contratante «sufra extraordinarias dificultares económicas, o se encuentre en situación de necesidad apremiante». Según el artículo 1301.I PMCC, que el contratante esté en «situación […] de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante».

d.1.4) Por último, las tres siguientes situaciones de vulnerabilidad se contemplan tanto en el artículo 1297.2 PMCC 2023 como en el artículo 1301.I PMCC 2009, con mínimas diferencias de dicción.

Según el artículo 1297.2 PMCC 2023, que el contratante «se encuentre en situación […] de ignorancia, de inexperiencia o de falta de previsión». Según el artículo 1301.I PMCC 2009, que el contratante sea ignorante («ignorancia»), inexperto («inexperiencia») o imprevisor («falto de previsión).

> [A] Es oportuno que recuerde:
>
> *a)* En el *soft law,* en los artículos 4:109 PECL y II.-7:207 DCFR se recogen las situaciones de dependencia, relación de confianza, dificultades económicas u otras necesidades urgentes, si se es imprevisor, ignorante, inexperto, o falto de habilidad negociadora (transcribo dichos artículos *supra* notas 396 y 435 respectivamente). En el artículo 51 CESL se contemplan las anteriores situaciones, excepto la de falta de habilidad negociadora (lo transcribo *supra* nota 437) [946]. Y en el artículo 3.2.7 Principios UNIDROIT 2016, como factores a tener en cuenta, se señalan los de dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes, falta de previsión, ignorancia, inexperiencia, o falto de habilidad negociadora (lo transcribo *supra* nota 439).
>
> Además de lo anterior, en los PECL, el DCFR y los Principios UNIDROIT 2016 se excluye, de su ámbito regulatorio, la contratación de las personas con discapacidad (*supra* nota 942 para sus respectivos artículos y razón de ello). En

capacidad para querer y consentir de esa concreta persona. Otra cosa distinta es que hay personas vulnerables que merecen una protección especial por el ordenamiento jurídico ante la posibilidad de que su debilidad pueda ser aprovechada para obtener en la negociación una ventaja injusta –al fin y al cabo, si los consumidores disponen de una regulación específica que les resulte favorable en diversos aspectos del tráfico, las personas especialmente vulnerables que no actúan en relaciones de consumo son merecedoras de un ámbito de protección, y la regulación de la ventaja injusta, a pesar de su novedad, puede coadyuvar a ello–, pero tal loable fin requiere una definición mucho más precisa de la persona que se propugna proteger, o de una cláusula abierta al estilo del Código civil belga ("faiblesse de l'autre partie", conforme al nuevo art. 5.37). Obsérvese, en este sentido, que los art. 1137.2 y 1292.2 refieren la ventaja injusta al aprovechamiento de la "situación de discapacidad" del otro contratante, no al mero hecho de ser una persona con discapacidad, lo que ya es un matiz a destacar positivamente» [(2025) p. 196].

[946] La falta de habilidad negociadora tampoco se recogió en el artículo 1301.I PMCC 2009. Y sigue sin recogerse en el artículo 1297.2 PMCC 2023.

el artículo 51 CESL, que transcribo *supra* 437, tampoco se recoge la situación de la persona con discapacidad.

b) En los derechos nacionales que analizo:

b.1) En el derecho francés, para la violencia del abuso del estado de dependencia, se contempla el supuesto del estado de dependencia, que puede ser económica, financiera o industrial; incluye la dependencia sicológica o sentimental; no se refiere a la situación de debilidad (no hay un vicio de debilidad); puede dependerse de una secta, de un responsable religioso, o persona enferma o discapacitada que mantiene relaciones con la persona a la que la dependencia le es imputable; el estado de necesidad no es causa de violencia; artículo 1143 CCF, *supra* [18] b) [B] d.2).

b.2) En el derecho de los Países Bajos, para el abuso de circunstancias (indebida influencia), se contemplan las circunstancias especiales del otro, como el estado de necesidad, dependencia, ligereza mental, estado de juicio anormal, o inexperiencia; artículo 3:44.4 BW, *supra* [18] b) [C.1] a).

b.3) En el derecho belga, para el abuso de circunstancias, se contemplan las circunstancias vinculadas a la situación de debilidad de la otra parte; las circunstancias de inferioridad derivadas de características personales como el estado de necesidad física, moral o financiera, las debilidades, la ignorancia o la inexperiencia de la víctima; circunstancias de superioridad económica o funcional del que comete el abuso, como la posición de monopolio o de fuerza; estado de necesidad inducido por un evento o circunstancias externas (incendio, salvamento); artículo 5.37. I CCB, *supra* [18] b) [C.2] a), c.2) y d).

b.4) En el derecho alemán, para la usura, se contemplan la situación de apremio, la inexperiencia, la falta de capacidad de juicio o la considerable debilidad de la voluntad del otro; apuro económico o personal que crea la necesidad de un particular bien o servicio; posición de inferioridad por una significativa falta de experiencia o de juicio; § 138.2 BGB, *supra* [18] b) [D.1] a) y d)].

b.5) En el derecho suizo, para la lesión, se contempla la dificultad, la ligereza, la inexperiencia; la dificultad puede ser económica, física o moral, temporal o duradera, real o imaginaria; hombre ligero, encaprichamiento excesivo, emoción del momento, incluso pasión; ausencia general de conocimiento (inexperiencia de la vida), no saber en el particular caso respecto de un asunto determinado; artículo 21.1 CO 1911; *supra* [18] b) [D.2] a) y c.2.1) a c.2.3).

b.6) Para el derecho italiano, en relación con el contrato celebrado en estado de peligro, se contempla la necesidad de salvarse a sí mismo, o a otro, del peligro actual de un daño grave a la persona (art, 1447. I CCI 1942; *supra* [18] b) [D.3] b)]; y para el contrato celebrado en estado de necesidad, se contempla el estado de necesidad; necesidades financieras urgentes; dificultad económica, falta de un bien distinto del dinero, condiciones ambientales como, por ejemplo, ambiente mafioso [art. 1148. I CC 1942, *supra* [18] b) [D.3] c) y c.1)].

b.7) En el derecho portugués, para el negocio usurario, se contempla la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad de carácter de otro; grandes dificultades económicas, inconvenientes de

naturaleza política, social, habitacional o estrictamente personal; inexperiencia, porque todavía no se adquirió o se perdió; rasgo característico de la persona de actuar de manera frívola e irreflexible; dependencia laboral; limitaciones de facultades mentales o de estado de emoción y descontrol; persona que no tiene fuerza anímica para comportarse debidamente; artículo 282.1 CCP 1966, *supra* [18] b) [D.4] a) y c.1.1) a c.1.6).

d.2) El artículo 1297.2 PMCC 2023 se inicia con la locución «[e]n particular, se entenderá que hay aprovechamiento de la situación de la otra parte». Esta locución precede a las situaciones de vulnerabilidad a las que me he referido en las anteriores d.1.1) a d.1.4) de este [48]. Esta norma del artículo 1297.2 PMCC 2023 no se dispone en el artículo 1301. I PMCC 2009. ¿Qué quiere indicarse con ella? ¿Qué se aporta en la *Propuesta de 2023*?

d.2.1) Puede entenderse que se refiere a la prueba. Si el contratante, que quiere anular el contrato, se encuentra en alguna de las situaciones del artículo 1297.2 PMCC 2023, no habrá de probar el aprovechamiento del otro contratante («se entenderá», se dice; presunción *iuris tantum*). En cambio, el contratante, que quiere anular el contrato, habrá probar el cumplimiento de los otros dos requisitos. Esto es, la situación de vulnerabilidad y que el otro contratante obtuvo una ventaja injusta *supra* [20] d)]. En mi opinión, la anterior presunción legal es adecuada para el contrato gratuito (por ejemplo, un comodato; también donación); posiblemente, pueda ser cuestionable para el contrato oneroso[947], te-

[947] Ciertamente, la prueba es un aspecto que preocupa. En este sentido, recuerdo que:

a) Para la ventaja injusta del artículo 1302.3 CC, Álvarez Lata, que la considera aplicable al contrato oneroso, y también a la donación, afirma que la prueba de la ventaja injusta ha de acreditarla «el titular del apoyo como requisito para su legitimación en orden a impugnar el contrato» [*supra* [20] c)].

Por su parte, en su estudio de la ventaja injusta del artículo 1302.3 CC y pensando en la dificultad de su prueba, Barceló Compte propone la adopción de dos presunciones de *lege ferenda* y *iuris tantum* [*supra* [20] d)].

b) En la *Propuesta de Código civil* de la Asociación de profesoras y profesores de derecho civil, y para la donación, su artículo 454-8 *in fine* dispone, que «[p]esa sobre el donatario la carga de probar que no se aprovechó de la situación de dependencia del donante o de la relación de confianza con el donante para obtener una ventaja excesiva o manifiestamente injusta» [*supra* nota 478 a.3); *vid.* también Gómez Calle, *supra* nota 497 b.2)].

c) En la *Propuesta de teoría general del contrato* de Bosch/Del Pozo/Vaquer, en su artículo 56.2 se ordena, que «[l]os requisitos exigidos por el apartado 1 de este artículo para anulación del contrato [por ventaja injusta] se presumen cuando la parte perjudicada prueba que, en el momento de la conclusión del contrato, el valor de la contraprestación que recibe es inferior a la mitad del valor de su prestación. La presunción admite la prueba en contrario por la otra parte» [*supra* nota 478 b.1), y para su explicación, *supra* nota 455 b.2)].

d) Para la ventaja excesiva del artículo 1301 PMCCC 2009, Bosch Capdevila, que lo interpreta en el sentido de que «no es preciso que se esté al corriente de la situación [de debilidad del otro contratante] para que el contrato se pueda anular», afirma que «[n]o cabe duda que con esta regulación [del art. 1301. I PMCC 2009] se evitan muchos de los problemas probatorios, que la exigencia dicho conocimiento podría plantear» [*supra* [23] c.2)].

niendo presente que en el artículo 1297.2 PMCC 2023 no se fija una fórmula matemática para determinar cuándo existe el desequilibrio económico.

[A] Es oportuno que recuerde:

a) En el artículo 51 CESL se exige que la «otra parte sabía o cabía esperar que supiera dicha situación del otro contratante y […] se aprovechó», y, según Pfeiffer, el cabía esperar que supiera «es precisamente para evitar problemas de prueba», siendo «suficiente que los hechos permitan la conclusión de que una parte debe haber conocido los factores de debilidad»; advierte además, que «en relación a factores personales tales como imprevisión, falta de experiencia o ignorancia, debería tenerse en mente que podría ser difícil, para la otra parte, reconocer estos factores, por lo que el conocimiento esperable debe ser tratado con la apropiada precaución» (*supra* [23] c.2) [C]).

b) En los derechos nacionales que analizo:

b.1) En el derecho francés, y para la violencia del abuso del estado de dependencia, Deshayes/Genicon/Laithier señalan que «la necesidad de establecer [en el art. 1143 CCF el requisito de] "una ventaja manifiestamente excesiva" no aparecía en el proyecto de ordenanza», habiendo sido añadida «con el fin de frenar las aplicaciones de esta forma de violencia», pues el «abuso», al que ya se refería el proyecto, no parecía ofrecer una garantía suficiente de seguridad jurídica», y «esta es la razón por la cual, además de la prueba del estado de dependencia, del abuso y de su efecto determinante en el consentimiento, el artículo 1143 CCF impone que el contrato comporte un desequilibrio manifiesto»; artículo 1143; *supra* [18] b) [B] d.5).

b.2) En el derecho inglés, Cartwright apunta que los tribunales han identificado relaciones que requieren que una parte ejercite sus derechos debiendo mirar los del otro, como la relación de confianza y seguridad entre un doctor y su paciente, un abogado y su cliente, y en estos casos, la prueba de esa confianza se satisface probando que en la relación una parte se encontraba en una posición en que podría obtener una ventaja del otro. En cambio, en otras relaciones, como la relación entre marido y mujer, o entre un banco y su cliente es cuestión de hecho determinar si hay esa confianza y seguridad en relación con el negocio. *Supra* [18] b) [C.3].

b.3) En el derecho suizo, para la usura, Engel señala que el lesionado debe establecer la desproporción, las condiciones subjetivas suyas en el momento de la celebración del contrato, y el comportamiento contrario a la buena fe del autor de la lesión; artículo 21.1 CO 1911; *supra* [18] b) [D.2] c.2.4).

b.4) En el derecho portugués, para el negocio usurario, Hörster/Moreira Da Silva precisan que «una desproporción [entre prestación y contraprestación], solo por sí, no permite concluir la voluntad o consciencia de explotar», no pudiendo «haber, en general, una presunción en este sentido»; artículo 282 CCP 1966; *supra* nota 382, y [18] b) [D.4] a)].

d.2.2) Además, con ese «[e]n particular» del artículo 1297.2 PMCC 2023 viene a apuntarse que las situaciones de vulnerabilidad, en él expresadas, tienen carácter ejemplificativo, o no tasado; pues por otro lado, el concepto y los requisitos de la ventaja injusta ya se localizan en el artículo 1297.1 PMCC 2023. Más allá de lo anterior, el carácter ejemplificativo o no tasado podrá, o no, considerarse adecuado (opción de política legislativa). Se entenderá que es adecuado, si no se es partidario de una numeración cerrada en lo que se refiere a los supuestos de vulnerabilidad (flexibilidad y adaptabilidad de la norma). Se entenderá que no es adecuado, si se concibe que la ventaja injusta es figura que el legislador ha de delimitar estrictamente, teniendo presente la seguridad del tráfico jurídico. En relación con esto que expongo, es oportuno acordarse de que, por ejemplo, en la ventaja excesiva del artículo 1301.I PMCC 2009 no se menciona, como causa de vulnerabilidad, a la falta de habilidad negociadora [*supra* [23] c.1.4) y nota 514 a) y b)]. Si se aplicase una enumeración ejemplificativa de situaciones de vulnerabilidad, algunos podrían interpretar que la falta de habilidad negociadora podría ampararse en dicho artículo 1301.I PMCC 2009.

> [A] Es oportuno que recuerde:
>
> *a)* En relación con el *soft law* y el CESL, Lohsse informa que «[l]a crítica […] ha surgido en relación con la aparente exhaustividad del catálogo [de debilidades] de todas las reglas modelo», y que, «[d]e hecho, tal exhaustividad afectaría a la futura flexibilidad para reaccionar frente a otras debilidades que pueden terminar siendo relevantes»; *supra,* nota 514, c).
>
> *b)* En los derechos nacionales que analizo:
>
> b.1) En el derecho de los Países Bajos, Van Rossum apunta, a propósito de las circunstancias especiales como el estado de necesidad, la dependencia, la ligereza mental, el estado de juicio anormal o la inexperiencia, que no es enumeración exhaustiva, sino de carácter ejemplificatio; en la redacción del artículo 3:44.4 BW existe un «como […]»; *supra* [18] b) [C.1] a) y b).

e) Por último, como apunto *supra* [38] b) y [3] c), en *la Propuesta de 2023,* la ventaja injusta del artículo 1297 PMCC 2023 es un general vicio del consentimiento, junto con los otros del error, violencia e intimidación y dolo. Comparando con el Código civil, en el que se regulan el error, la violencia, la intimidación, el dolo (arts. 1265 ss. CC) y la ventaja injusta para el contrato celebrado por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, de las que prescindieron cuando fueran precisas (art. 1302.3 CC), la ventaja injusta de la *Propuesta de 2023* es un nuevo y general vicio del consenti-

miento, y, por serlo, no se cuenta con la ayuda que para su aplicación proporciona la jurisprudencia [948].

Pues bien, en relación con la ventaja excesiva del artículo 1300.I PMCC 2009*,* tanto Bosch Capdevila como Gómez Calle han propugnado su prudente aplicación [*supra* [23] e) y notas 557 y 558] [949]. Esta defensa de la prudente aplicación, en mi opinión, puede trasladarse a la ventaja injusta del artículo 1297 PMCC 2023.

> [A] Es oportuno que recuerde, en los derechos nacionales que analizo:
>
> *a)* En el derecho francés, y para la violencia del abuso del estado de dependencia, según Chantepie/Latina, «[t]eniendo en cuenta los estándares jurídicos» que el artículo 1143 CCF «emplea, hará falta, no obstante, algunos años de práctica jurisprudencial para que el alcance real de este texto [del art. 1143 CCF] sea desvelado»; artículo 1143 CCF; *supra* [18] b) [B] a).

[948] En cambio, para la ventaja injusta del artículo 621-45.1 CCCat, ya hay sentencias de Audiencia Provincial, en las que se conoce de dicho artículo. En todas las sentencias de Audiencia Provincial que extracto *supra* [3] c) [A] b), se desestimó que existiera, en el caso, una ventaja injusta.

[949] *Supra* nota 531, Gómez Calle señala que, de otras reglas de la *Propuesta de 2009*, se desprende una visión restrictiva de la ventaja excesiva del artículo 1301 PMCC 2009. De las tres normas que apunta, una es «la elección de un criterio objetivo (la consumación del contrato) y no uno subjetivo (recuperación de la capacidad de decidir libre o conscientemente) como *dies a quo* del plazo de la acción de anulación (art. 1304. III PMCC [2009])».

En la *Propuesta de 2023,* el *dies a quo* del plazo de dos años y de caducidad para anular el contrato es, «[e]n el caso de ventaja injusta, desde que ambas partes haya cumplido las obligaciones derivadas del contrato» (art. 1299.2.3.º PMCC 2023).

CONCLUSIONES (SÍNTESIS COMPARATIVA)

1. De carácter general

1.º La *Propuesta de 2023* es una revisión, actualización e incorporación de modificaciones esenciales a la regulación de la *Propuesta de 2009*. Cada uno de los artículos de la *Propuesta de 2023* cuenta con una leyenda (título, rúbrica) en la que se evoca su contenido normativo, lo que ni en la *Propuesta de 2009*, ni en el Código civil se hace.

2.º A diferencia de la *Propuesta de 2009,* además del texto articulado de la *Propuesta de 2023,* se ha elaborado una *Propuesta de Ley de bases* en la que se autoriza al Gobierno para que realice una nueva regulación de los Títulos I («Las obligaciones») y II («De los contratos») del Libro IV («De las obligaciones y contratos») del Código civil, con sujeción a las dieciséis bases que se ordenan. Procedimiento de Ley de Bases que, como es sabido, se adoptó para el Código civil.

El texto articulado de la *Propuesta de 2023* se ajusta a aquellas bases.

3.º Al igual que en la *Propuesta de 2009,* en la *Propuesta de* 2023 no se disponen específicas normas transitorias para la que sería la nueva regulación, si llegare a ser derecho vigente.

2. Negociaciones del contrato

4.º a) El Código civil no se ocupa de regular las negociaciones del contrato (la fase previa a la celebración del contrato).

b) En la *Propuesta de 2009* se dedica un artículo específico, el 1245, a las «negociaciones» del contrato (actuación de buena fe en la negociación, deber de

confidencialidad, ruptura injustificada de las negociaciones), disponiéndose una serie de reglas, no del todo ordenadas en cuanto a su estructura y con algunas omisiones. Además, en la *Propuesta de 2009* no se regula expresamente y con carácter general una obligación precontractual de información, si bien la misma puede construirse con apoyo en la buena fe (art. 1245.2 PMCC 2009) y su infracción da lugar a indemnización de daños y perjuicios (art. 1245.5 PMCC 2009).

c) En la *Propuesta de 2023* se regula, dentro de los «deberes precontractuales», la «[r]uptura de las negociaciones», la «[r]uptura de la confidencialidad», y el «incumplimiento del deber precontractual de informar» (respectivas leyendas de los arts. 1241 a 1243 PMCC 2023), de modo más ordenado y completo. En relación al incumplimiento del deber precontractual de información, el artículo 1243 PMCC 2023 señala que «la parte perjudicada tiene derecho a anular el contrato y a exigir indemnización de daños, según lo previsto en las Secciones Segunda [arts. 1292 a 1301 PMCC 2023] y Cuarta [arts. 1303 a 1306 PMCC 2023] del Capítulo VII [arts. 1289 a 1309 PMCC 2023] de este título [II del Libro IV del Código civil]».

3. Requisitos para la existencia del contrato

5.º a) Dejando al margen el supuesto del contrato formal, en el Código civil se dispone un artículo preliminar en el que se enumeran los requisitos de existencia del contrato («[c]onsentimiento de los contratantes», «[o]bjeto cierto que sea materia del contrato», «causa de la obligación que se establezca», art. 1261 CC). Cada uno de esos requisitos se regula en sucesivas secciones del Código civil.

b) Ni en la *Propuesta de 2009*, ni en la *Propuesta de 2023,* se cuenta con una norma como el citado artículo 1261 CC.

c) En el ámbito del derecho comparado, en el derecho francés (tras su reforma de 2016-2018; art. 1128 CCF) y en el belga (en 2022; art. 5.27 CCB) se continúa disponiendo de un artículo preliminar y enumerador de los requisitos de existencia del contrato.

6.º a) Como apunto *supra* 5.º a), en el Código civil se requiere «[c]onsentimiento de los contratantes» (art. 1261.1.º).

b) En la *Propuesta de 2009*, su artículo 1242. I dispone que «[n]o impedirá la perfección de un contrato, si las partes están de acuerdo en sus elementos esenciales y quieren vincularse ya, el que hayan dejado algún punto pendiente de ulteriores negociaciones; por otro lado, si antes de alcanzarse el

acuerdo, una parte manifiesta a la otra que el contrato no se entiende celebrado hasta lograr el acuerdo sobre determinada cláusula, o condición, o suscribirse un documento (hace una reserva), el contrato no se formará mientras ello no suceda (art. 1242. II PMCC 2009).

En la *Propuesta de 2009* se señala que el contrato es nulo de pleno derecho «por la falta total de consentimiento» (art. 1296.1 PMCC 2009).

c) En la *Propuesta de 2023,* su artículo 1218.2 dispone que «[h]ay contrato si las partes tienen intención [voluntad] de vincularse y han alcanzado un acuerdo suficiente que permita su ejecución, sin perjuicio de que dejen algún aspecto pendiente de ulteriores negociaciones»; también se contempla la posibilidad de que una parte haga una reserva a los efectos de considerar celebrado el contrato (art. 1226 PMCC 2023).

En la *Propuesta de 2023* se considera causa de nulidad de pleno derecho del contrato «no reunir [este] los requisitos necesarios para su perfección» (art. 1289.1 PMCC 2023).

La regulación de la *Propuesta de 2023* sobre cuándo existe contrato (qué se precisa, y la posibilidad de que una parte haga una reserva a efectos de la celebración del contrato) se alinea con las regulaciones de los PECL (arts. 2:101 a 2:103), DCFR (arts. II.-4:101 a II.-4:103), y CESL (art. 30); de modo más matizado en los Principios UNIDROIT 2016 (art. 3.1.2).

7.º Como apunto *supra* 5.º a), en el Código civil se exige «[o]bjeto cierto que sea materia del contrato» (art. 1261.2.º CC). Los requisitos del objeto son licitud, posibilidad y determinación (arts. 1271 a 1273 CC). Su ausencia determina la nulidad (de pleno derecho) del contrato.

b) En la *Propuesta de 2009* se ordena que «[l]as obligaciones establecidas en el contrato deben estar suficientemente determinadas» (art. 1237. II primera regla PMCC 2009). Además, dentro de la regulación de la nulidad del contrato, en la *Propuesta de 2009* se indica que «[n]o afecta a la validez del contrato el mero hecho» de la imposibilidad inicial de cumplir la obligación o la carencia de la facultad de disponer en el momento de la celebración del contrato, por parte de alguna de las partes (art. 1303 PMCC 2009).

c) En la *Propuesta de 2023*, en su artículo 1290 se dispone la misma regla del artículo 1303 PMCC 2009.

d) La expuesta regla de la *Propuesta de 2009* (art. 1303) y de la *Propuesta de 2023* (art. 1290) se encuentra en los PECL (art. 4:102), DCFR (art. II.-7:102), y Principios UNIDROIT 2016 (art. 3.1.3).

8.º a) Como apunto *supra* 5.º a), en el Código civil se exige «causa de la obligación que se establezca» (art. 1261.3.º CC). La causa ha de existir

y ser lícita (arts. 1275 a 1277 CC), siendo nulo (de pleno derecho) el contrato que no lo reúna.

b) En la *Propuesta de 2009* está presente el elemento de la causa (art. 1238, 1 y 2, PMCC 2009). En su Exposición de motivos se resalta que, si bien se mantiene la idea de que todo contrato ha de fundarse en una causa que sea lícita, no se dota al elemento causal del contrato del rigor que parece tener en el Código civil. En la regulación de la nulidad de los contratos, el artículo 1296.1 PMCC 2009 dispone que el contrato es nulo «por carecer de causa o ser ésta ilícita».

c) En la *Propuesta de 2023* no se emplea el término causa, pero, sus funciones están presentes en su articulado. En la Exposición de motivos de la *Propuesta de 2023* se dan las oportunas explicaciones para ello.

Por ejemplo, en la *Propuesta de 2023* se dispone que los contratantes son libres para alcanzar con el contrato la finalidad que deseen, con los límites de las normas imperativas y los principios básicos del ordenamiento, presumiéndose la licitud de la finalidad pretendida por las partes en el contrato (art. 1221 PMCC 2023). Dentro de la regulación de la nulidad de los contratos, el artículo 1289.1 PMCC 2023 dispone que el contrato es nulo «por ilicitud de la finalidad perseguida por las partes o por una de ellas con conocimiento de la otra».

d) Otros derechos europeos continentales tampoco se refieren a la causa. Por ejemplo, frente al derogado Código civil holandés en el que se exigía causa lícita del contrato (art. 1356 CCH), en el vigente Código civil de los Países Bajos la causa no es mencionada. O, en el vigente Código civil francés, en el artículo preliminar y enumerador de los requisitos de validez del contrato [*supra* 5.º c)], no se alude a la causa lícita de la obligación como sucedía en el derogado y equivalente artículo del Código civil francés (art. 1108 aCCF), requiriéndose, ahora, que el contrato tenga «[u]n contenido lícito y cierto» (art. 1128.3.º CCF). En cambio, en el nuevo Código civil belga se sigue exigiendo, para la validez del contrato, que este tenga una causa lícita (art. 5.27 CCB), como se disponía en el antiguo Código civil belga (la causa lícita de la obligación; art. 1108 aCCB). En el derecho italiano también se exige la causa como requisito del contrato [art. 1325,2) CCI 1942].

En los PECL, DCFR, CESL, y Principios UNIDROIT 2016 no se exige, como requisito para la validez del contrato, la existencia de causa.

4. Vicios del consentimiento (con carácter general)

9.º a) En el Código civil, son vicios del consentimiento el error, la violencia, la intimidación y el dolo (art. 1265 CC). Este artículo 1265 CC no fue

reformado 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 cambio, esta Ley 8/2021 dio nueva redacción al artículo 1302.3 CC, en el que se dispone la legitimación activa para anular los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar que prescindieron de ellas cuando fueran precisas. Dejando al margen el debate de si se exige, o no, una ventaja injusta para los dos supuestos del artículo 1302.3. II CC (y también el debate de si ha de interpretarse que dicha ventaja injusta es igualmente exigible en los supuestos de legitimación activa del art. 1302.3. I CC), en el artículo1302.3. II *in fine* CC se dice, «o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta». Esta exigencia de la ventaja injusta se ha valorado como una avanzadilla de una futura regulación del vicio de la ventaja injusta con carácter general (esto es, no limitada al supuesto de la situación de la persona con discapacidad).

En suma, en el Código civil, los vicios del consentimiento se enumeran en el artículo 1265 CC con carácter general, al tiempo que en el artículo 1302.3. II CC, al regularse la legitimación activa de la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo para contratar de la persona con discapacidad, se exige la existencia de la ventaja injusta para el concreto supuesto del contrato celebrado por persona con discapacidad en las condiciones descritas en ese mismo artículo 1302.3 CC.

b) En la *Propuesta de 2009* no se emplea la denominación aglutinadora de vicios del consentimiento (o de la voluntad), si bien en su Exposición de motivos puede leerse «[l]os llamados vicios de la voluntad»). Tampoco se dispone, en la *Propuesta de 2009,* un precepto como el del artículo 1265 CC.

En la *Propuesta de 2009* se regulan el error, la violencia, la intimidación, el dolo y la ventaja excesiva (arts. 1298 a 1301 PMCC 2009).

c) En la *Propuesta de 2023*, no se emplea la locución vicios del consentimiento (o de la voluntad), si bien en la base decimoquinta de la *Propuesta de Ley de bases que acompaña a la Propuesta de 2023* se hace referencia a los vicios del consentimiento; tampoco se dispone en la *Propuesta de 2023* de un precepto como el del artículo 1265 CC.

En la *Propuesta de 2023* se regulan el error, la violencia, la intimidación, el dolo y la ventaja injusta (arts. 1293 a 1297 PMCC 2023). Comparando la regulación de la *Propuesta de 2009* con la de la *Propuesta de 2023*, las diferencias se constatan, no en el reconocimiento de cuáles son los vicios del consentimiento, sino en lo referido a sus específicas regulaciones (pienso, fundamentalmente en el error y en la ventaja excesiva/ventaja injusta).

Además, en la *Propuesta de 2023* se conserva la norma del artículo 1302.3 CC, con la misma redacción, salvo una coma añadida a su texto; me refiero al artículo 1292 PMCC 2023. Al grupo de trabajo que ha redactado la *Propuesta de 2023* no se le encargó reformar la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (materia de derecho de la persona). En cuanto a la *Propuesta de 2009,* en su regulación del contrato celebrado por una persona con discapacidad (art. 1297 PMCC 2009) no se tuvo en cuenta a la Convención de las Naciones Unidas de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad.

d) Los PECL, DCFR, Principios UNIDROIT 2016 y CESL regulan el error, la amenaza, el dolo y la ventaja injusta [esta última con distintas denominaciones según el texto al que se acuda, *infra* 21.º e)].

Además, los PECL (art. 4:101), DCFR (art. II.-7:101) y Principios UNIDROIT 2016 (art. 3.1.1) excluyen de su ámbito regulatorio la materia de la capacidad de contratar de las personas con discapacidad (invalidez por «falta de capacidad»).

10.º a) La ubicación sistemática de los vicios del consentimiento se encuentra, en el Código civil, en la sección dedicada al consentimiento contractual. La del artículo 1302.3 CC (ventaja injusta), en el capítulo que en el Código civil se dedica a la nulidad de los contratos.

b) En la *Propuesta de* 2009, en su capítulo «De la nulidad y anulación de los contratos», sin división interna, se sitúa la regulación del error, la violencia, la intimidación, y la ventaja excesiva.

c) En la *Propuesta de 2023*, en su capítulo «La nulidad y la anulabilidad de los contratos», ahora con división interna en secciones, se regula, dentro de la sección segunda «La anulabilidad de los contratos», el error, la violencia, la intimidación, el dolo y la ventaja injusta.

5. Dolo (concepto, requisitos)

11.º a) En el Código civil se describe que lo hay, «cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho» (art. 1269 CC). Con la locución final del «que, sin ellas, no hubiera hecho», se hace referencia al dolo causal (o principal). El Código civil menciona, además y expresamente, al dolo incidental (art. 1270. II CC).

b) En la *Propuesta de 2009*, al describirse el vicio del dolo desaparece ese «que, sin ellas, no hubiera hecho» del artículo 1269 CC, y se dispone una formulación general del dolo consistente, en esencia, en que uno de los contratantes indujo intencionalmente al otro a que prestase su consentimiento (art. 1300.1 PMCC 2009), consentimiento en el sentido de que, o no hubiera celebrado el contrato (dolo causal), o lo hubiera celebrado con otro contenido contractual más ventajoso o menos perjudicial (dolo incidental).

c) Con distinto tenor literal (leves cambios de redacción comparando con la *Propuesta de 2009*), en la *Propuesta de 2023* también se lleva a cabo una formulación general del dolo (art. 1296.1 PMCC 2023) que permite abarcar el dolo causal (o principal) y el incidental.

12.º a) Con la definición del dolo del Código civil [*supra* 11.º a)], algunos autores interpretan que el dolo debe haber causado un error en el otro contratante (tesis estricta o restringida del dolo; error debido al engaño). Según otros, además de los supuestos de causación de error, en el dolo también se incluyen aquellos en los que el otro contratante ejerció una influencia indebida o, abusó de su posición frente al contratante, hubo un comportamiento desleal, contrario a la buena fe, logrando captar el consentimiento del contratante (tesis amplia del dolo).

En el derecho comparado, al regularse el dolo, en algunos derechos se menciona el error del otro contratante (derechos suizo y portugués), en otros se alude al engaño que lleva a cabo el que lo realiza (derechos alemán, italiano, y belga), y en el derecho de los Países Bajos se apunta a que «alguien mueve a otro para realizar un acto jurídico determinado» (pero los autores destacan que el dolo provoca un error).

b) Al regular el dolo, en la *Propuesta de 2009* no se menciona ni el error padecido por el contratante, ni el engaño realizado por el otro contratante, y se señala que el dolo ha de inducir a prestar el consentimiento. Lo mismo sucede en la *Propuesta de 2023,* en la que se indica que el dolo existe, si se induce a la parte a que preste su consentimiento (art. 1296.1 PMCC 2023).

Con sus respectivas definiciones del dolo (*Propuesta de 2009, Propuesta de 2023*) puede defenderse tanto la tesis estricta (o restringida) del dolo como la tesis amplia del dolo.

c) En los PECL (art. 4:107), DCFR (art. II.-7:205) y CESL (art. 49), llama la atención que, en sus respectivas primeras reglas sobre el dolo, no se mencione el error del contratante, reglas primeras que recuerdan las dispuestas en la *Propuesta de 2009* y en la *Propuesta de 2023* (y también recuerda al derecho de los Países Bajos).

Según Lohsse, las reglas modelo (PECL, DCFR y CESL) no se refieren al error como prerrequisito para la anulación contractual, lo cual parece ser un original intento de incluir lo que en derecho francés se refiere como maniobras dolosas, permitiendo la anulación por dolo, si una parte a sabiendas ha explotado la debilidad de la otra parte. No obstante, he de añadir por mi parte, en sus respectivas reglas segundas sobre el dolo, en los PECL, DCFR y CESL se menciona, o al error, o al engaño. En cuanto a los Principios UNIDROIT 2016, en su regulación del dolo (art. 3.2.5) no se menciona el error del contratante, pero, en su comentario oficial se aclara que el dolo puede considerarse un error causado por la otra parte.

13.º a) El Código civil solo contempla el dolo activo (art. 1269 CC), pero, la doctrina de los autores y la jurisprudencia (consolidada) admiten la relevancia del dolo omisivo.

b) En su regulación del dolo, la *Propuesta de 2009* (art. 1300.1) y la *Propuesta de 2023* (art. 1296.1) incluyen el dolo activo y el omisivo.

c) En los PECL (art. 4:107), DCFR (art. II.-7:205), Principios UNIDROIT 2016 (art. 3.2.5) y CESL (art. 49) se contemplan ambas modalidades de dolo.

14.º a) En el Código civil, el dolo que permite anular el contrato debe proceder del otro contratante (el dolo es de parte, art. 1269 CC) y, siendo esto así, el dolo de tercero no permite la anulación del contrato. Ahora bien, el Código civil no proporciona criterios que permitan identificar (calificar) cuándo el dolo es de parte (o le es imputable), cuándo es de tercero. Los autores y el Tribunal Supremo se han ocupado de tal tarea. En cambio, en el Código civil expresamente se dispone, que la violencia y la intimidación de tercero permiten la anulación del contrato (art. 1268 CC).

b) En la *Propuesta de 2009,* también el dolo que permite anular el contrato ha de proceder del otro contratante (art. 1300.1), pero, a diferencia del Código civil, en la *Propuesta de 2009* expresamente se permite, al que padeció el dolo, poder anular el contrato si el dolo lo causó/lo provocó un tercero de cuyos actos responda o tenga conocimiento el otro contratante (norma también aplicable a los vicios del error y de la ventaja excesiva; art. 1302 PMCC 2009). En la *Propuesta de 2009* se dispone que la violencia y la intimidación de tercero permiten la anulación contractual (art. 1299.5 PMCC 2009).

c) En la *Propuesta de 2023* se ordenan las mismas normas (art. 1298) que acabo exponer para la *Propuesta de 2009*. La diferencia estriba en que en la *Propuesta de 2023* todo ello se dispone en un único artículo; en la *Propuesta de 2009* en dos.

d) En el derecho comparado, algunos derechos ordenan normas distintas para el dolo y la intimidación/violencia/coacción/temor fundado de tercero en lo

que se refiere a la anulación del contrato (derechos alemán, francés, italiano, portugués y suizo); en otros, en cambio, se dispone la misma regla para el dolo y la violencia/amenaza de tercero (derechos belga, y de los Países Bajos).

e) En los PECL (art. 4:111), DCFR (art. II.-7:208), y Principios UNIDROIT 2016 (art. 3.2.8, con más matices) se dispone una norma común para los vicios del error, coacción, dolo, y ventaja injusta de tercero. En el CESL no se dispuso una norma para los vicios del consentimiento provocados por tercero y la anulación contractual.

15.º a) En el Código civil, para que el dolo permita anular el contrato, debe «ser grave» (art. 1270. I CC). Esta exigencia, que proviene de la influencia del Código civil argentino de 1869, es objeto de distintas interpretaciones. Entre otras, algunos entienden que dolo grave significa dolo determinante del consentimiento contractual del contratante que lo padece; otros, que significa dolo malo; y otros terceros, que la conducta del causante del dolo debe tener entidad suficiente para engañar al contratante y convencerlo a contratar.

Por su parte, el Tribunal Supremo, algunas veces entiende ese grave como determinante del consentimiento del contratante que sufre el dolo; en otras, explica la importancia del dolo en sí o por su incidencia en relación con lo que se esperaba del contrato.

b) En la *Propuesta de 2009* y al igual que en el Código civil, para que el dolo permita anular el contrato, ha de ser grave (art. 1300.2 PMCC 2009). Bosch Capdevila entiende que grave significa dolo determinante, dado que en la *Propuesta de 2009* desaparece la indicación del Código civil de que el dolo induce al otro a celebrar el contrato que, sin él, no se hubiera hecho [*supra* 11.º b)]. Por mi parte, entiendo que grave significa dolo que tiene la potencialidad de engañar o de captar la voluntad contractual del otro contratante, teniendo en cuenta la condición y las características de este último, alcanzando el umbral mínimo a partir del cual se permite la anulación contractual. La exigencia del carácter determinante del dolo se asienta, en mi opinión, en la locución de la *Propuesta de 2009* de cuando uno de los contratantes induce al otro a prestar su consentimiento (art. 1300.1 PMCC 2009), y así, si el dolo es grave, se permite la anulación contractual (dolo causal), y, si no es grave, no se permite la anulación contractual (dolo incidental).

c) Al igual que en la *Propuesta de 2009,* en la *Propuesta de 2023* (art. 1296.1) se ordena que el dolo induce al otro contratante a prestar su consentimiento y se suprime la locución del Código civil de que el dolo induce al otro a celebrar el contrato que, sin él, no se hubiera hecho. Por

consiguiente, mi expuesta interpretación sobre el grave de la *Propuesta de 2009* también la defiendo para la *Propuesta de 2023*.

d) En los derechos alemán, belga, de los Países Bajos, francés, italiano, portugués, y suizo no se exige que el dolo sea grave.

e) En los PECL (art. 4:107), DCFR (art. II.-7:205), Principios UNIDROIT 2016 (art. 3.2.5), y CESL (art. 49) tampoco se requiere que el dolo sea grave.

16.º a) En el Código civil, para poder anular el contrato, el dolo no ha de «haber sido empleado por las dos partes contratantes» (art. 1270. I CC). En caso de que ambas lo hubieren empleado (dolo recíproco), el Código civil no califica a este contrato. La mayoría de los autores lo consideran un contrato válido. Fuenteseca entiende que es nulo de pleno derecho (inexistente).

b) En la *Propuesta de 2009* también se exige, para poder anular el contrato, que el dolo no haya sido empleado por ambas partes contratantes, y, tampoco se califica el contrato celebrado con dolo recíproco.

c) En la *Propuesta de 2023* se hace lo mismo que acabo de describir para la *Propuesta de 2009*.

d) En el derecho comparado, en el Código civil portugués no se excluye la anulabilidad del contrato si el dolo fue bilateral (art. 254.1 segunda regla CCP 1966). Para el derecho navarro, en el que la Ley 20 FN nada dice sobre el dolo recíproco, se ha apuntado que habrá de pensarse que, en Navarra, el dolo recíproco permite la impugnación del contrato.

e) En los PECL (art. 4:107), DCFR (art. II.-7:205), Principios UNIDROIT 2016 (art. 3.2.5), y CESL (art. 49), no se menciona al dolo recíproco.

6. Dolo (efectos)

17.º a) Según el Código civil, el consentimiento prestado (el contrato celebrado) por dolo (causal) es nulo (arts. 1265, 1270. I CC) y, para este régimen de ineficacia, se acude al capítulo del Código civil titulado «[d]e la nulidad de los contratos» (arts. 1300 a 1314 CC). La mayoría de los autores entienden que el régimen de ineficacia del contrato celebrado por dolo es la anulabilidad (impugnación del contrato válido, contrato con eficacia claudicante).

b) En la *Propuesta de 2009* se diferencia expresamente entre nulidad y anulación del contrato, asociándose concretas causas a cada uno de esos regí-

menes de ineficacia. En relación con el dolo (causal), este permite la anulación del contrato («[p]ara que haga anulable el contrato»; art. 1300.2 PMCC 2009).

c) En la *Propuesta de 2023* también se diferencia expresamente entre nulidad y anulabilidad del contrato y se asocian concretas causas a cada uno de esos regímenes de ineficacia. «[E]l dolo [causal] solo podrá anular el contrato […]» (dice el art. 1296.2 PMCC 2023). Con ese «solo», entiendo, se excluye la interpretación de que el dolo incidental permite la desvinculación contractual *inter partes.*

18.º a) En el Código civil y para el dolo causal no se dispone, expresamente, que la víctima del dolo puede anular el contrato y exigir indemnización de daños y perjuicios (acumulación), o solo anular el contrato, o solo exigir indemnización de daños y perjuicios. Los autores y el Tribunal Supremo admiten que, quien padeció el dolo, cuenta con esas tres posibilidades de actuación. Además, los autores discuten sobre cuál sea la naturaleza de esa indemnización de daños y perjuicios (¿contractual, extracontractual?), lo que incide en la duración del plazo y *dies a quo* (arts. 1964.2, 1969, 1968.2.º CC). La extensión del daño indemnizable es igualmente objeto de debate entre los autores (¿interés negativo, interés positivo?).

Para el dolo incidental, el Código civil ordena que «solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios» (art. 1270. II CC).

b) En la *Propuesta de 2009* nada se indica sobre si el dolo causal permite, al que lo padeció, anular el contrato y exigir indemnización de daños y perjuicios, solo anular el contrato, o solo exigir indemnización de daños y perjuicios.

c) En la *Propuesta de 2023* (advierto que algunos de los siguientes artículos se aplican no solo al dolo, pero, el dolo es el que ahora, en este 18.º, me interesa):

c.1) Se dispone que el dolo (causal) permite la anulación del contrato (art. 1296.2 PMCC 2023; *supra* 17.º c)].

c.2) Se dispone que «[e]l dolo, […] causal […] obliga a indemnizar daños» (art. 1305.1 PMCC 2023; más allá de esto, en la *Propuesta de 2023* solo se habla de daño/daños, y desaparece la locución «daños y perjuicios»).

c.3) Se dispone que «[l]a parte contratante legitimada para anular el contrato y pedir indemnización de daños, según lo dispuesto en este capítulo [*sic*; Sección 4.ª «La indemnización» de este Capítulo VII del Título II del Libro IV del Código civil], puede acumular el ejercicio de ambos remedios o ejercitar únicamente uno de ellos» [art. 1308 PMCC 2023; por otro lado, art. 1243 PMCC 2028, *supra* 4.º c)].

Este artículo 1308 PMCC 2023 se encuentra en la Sección 5.ª («Pactos de exclusión y limitación. Concurrencia de remedios»). En mi opinión, el artículo 1308 PMCC 2023 podría trasladarse de esa Sección 5.ª a la Sección 4.ª del Capítulo VII del Título II del Libro IV del Código civil (situándose entre los actuales arts. 1305 y 1306 PMCC 2023 y lo roturaría «[c]oncurrencia de los remedios de la anulación e indemnización»). Por lo anterior, también habría de modificar la vigente leyenda de esa Sección 4.ª [para esta leyenda, *infra* 19.º c)].

c.4) Si el dolo es causal, como acabo de apuntar en la anterior c.3), el que lo padeció puede anular el contrato y exigir indemnización de daños (acumulación) y en este supuesto, «la indemnización […] tendrá por finalidad colocar a la parte contratante legitimada, en la medida de lo posible, en la situación en la que se encontraría si no hubiera celebrado el contrato» (art. 1306.1 PMCC 2023).

En cambio, si el que padeció el dolo causal mantiene el contrato y exige indemnización, esta será del daño causado por […] el dolo» (art. 1306.1 PMCC 2023), daño que se liquida «en el marco del contrato», aplicándose «en cuanto resulten oportunas las reglas de indemnización de daños por incumplimiento del contrato» (art. 1306.2 PMCC 2023). Esta norma indemnizatoria, que acabo de exponer refiriéndola al dolo causal cuando el legitimado mantiene el contrato, se aplica al dolo incidental.

Tanto si se anula el contrato como si se le mantiene, el remedio indemnizatorio («acción indemnizatoria» dice el art. 1306.3 PMCC 2023) «prescribe a los cinco años», plazo que se computa «según lo previsto en el artículo 1299» [este último con leyenda «Plazo y cómputo de la facultad de anulación»]; tratándose del dolo, es «desde que el legitimado para anular el contrato hubiese conocido o debido conocer la causa de la anulabilidad» (art. 1299.2.2.º PMCC 2023).

d) En los PECL (art. 4:117), DCFR (art. II.-7:214), Principios UNIDROIT 2016 (art. 3.2.16) y CESL (art. 55) también se disponen normas sobre la cuantía indemnizatoria, se anule o se mantenga el contrato.

7. Autonomía de la voluntad y dolo

19.º a) En el Código civil no se dispone una norma específica para la autonomía de la voluntad en relación con el error, la violencia, la intimidación, y el dolo. Ahora bien, se ha apuntado que el supuesto del dolo no puede limitarlo la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC).

b) En la *Propuesta de 2009* tampoco se dispone nada al respecto.

c) En la *Propuesta de 2023*, su artículo 1307.1 ordena que «[l]os contratantes no pueden excluir ni limitar los remedios aplicables para el caso de dolo, violencia, intimidación o ventaja injusta».

El artículo 1307 PMCC 2023 se encuentra en la Sección 5.ª («Pactos de exclusión y limitación. Concurrencia de remedios»). En mi opinión, este artículo 1307 PMCC 2023 podría trasladarse de esa Sección 5.ª a la Sección 4.ª del Capítulo VII del Título II del Libro IV del Código civil (sería el último artículo de la Sección 4.ª, con idéntica leyenda). Teniendo presente mi propuesta de trasladar los artículos 1307 y 1308 [*supra* 18.º c.3)] PMCC 2023 a la Sección 4.ª, la leyenda de esta Sección 4.ª sería «La indemnización y la anulación. Los pactos de exclusión y de limitación».

d) Los PECL (art. 4:118), DCFR (art. II.-7:215), Principios UNIDROIT 2016 (art. 3.1.4) y CESL (art. 56) se ocupan de los pactos de exclusión y de limitación de los remedios del dolo, amenazas, y ventaja injusta, así como sobre los del error e información incorrecta.

8. Concurrencia entre dolo e incumplimiento del contrato

20.º a) En el Código civil nada se dispone para cuando a un caso pueda calificársele de dolo vicio del consentimiento y de incumplimiento contractual, problema conocido entre nuestros autores.

b) En la *Propuesta de 2009* nada se dispone al respecto, y he considerado (no limitándome al dolo y en un anterior trabajo) que «parece oportuno pensar que [en] la […] [*Propuesta de 2009* se] ha dejado a los intérpretes la decisión oportuna y su argumentación».

c) En la *Propuesta de 2023*, su artículo 1309 dispone que «[l]a parte contratante legitimada para ejercitar tanto los remedios previstos en este capítulo [en lo que interesa, anulación e/o indemnización de daños por dolo] como los fundados en el incumplimiento del contrato puede elegir entre unos y otros».

Este artículo 1309 PMCC 2023 es el último de la Sección 5.ª (arts. 1307 a 1309 PMCC 2023) y, teniendo presente mi propuesta de trasladar los artículos 1307 y 1308 PMCC 2023 a la Sección 4.º [*supra* 19.º c) y 18.º c.3)], la Sección 5.ª quedaría conformada por el único artículo 1309 PMCC 2023, por lo que propongo que la leyenda de la Sección 5.ª, así como la propia del artículo 1309 PMCC 2023, sea «[a]nulación e indemnización, y remedios por incumplimiento».

d) Los PECL (art. 4:119), DCFR (art. II.-7:216) y CESL (art. 57) disponen la regla de que el legitimado pueda optar entre el ejercicio de unos y otros remedios (por vicios del consentimiento, por incumplimiento). En el artículo 3.2.4 Principios UNIDROIT 2016 se dispone que «[u]na parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento».

9. Ventaja excesiva, ventaja injusta (concepto, requisitos, efectos)

21.º a) Como apunto *supra* 9.º a), en el artículo 1302.3. II CC se lee «o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta», y esto último ha sido valorado como una avanzadilla de una futura y general regulación de la ventaja injusta.

b) En la *Propuesta de 2009*, su artículo 1301. I regula la ventaja excesiva. Permite que una parte anule el contrato, cuando «otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que se ha aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión». Se requiere que la víctima se encuentre en una situación de debilidad (o vulnerabilidad); que la otra parte conociese o debiera conocer la situación de debilidad (vulnerabilidad) de su cocontratante de lo cual abusa (pero otros autores entienden que esto no es preciso, por lo que el artículo se aplica tanto si la otra parte lo sabía o debía de saber, como si lo desconocía); y que la otra parte haya obtenido una ventaja excesiva (desequilibrio económico, desequilibrio en las condiciones del contrato). Además, se ha señalado que procede una aplicación prudente del artículo 1301 PMCC 2009. Por otro lado, en el artículo 1301. II PMCC 2009 se permite que, «[a] petición de la parte perjudicada», el juez pueda introducir modificaciones en el contrato, adaptándolo a las exigencias de la buena fe y a lo usual en el tráfico jurídico.

c) En la *Propuesta de 2023*, su artículo 1297 regula la ventaja injusta, que permite a «[u]na de las partes contratantes […] anular el contrato que otorgue una ventaja injusta a la otra, cuando esta la hubiera obtenido aprovechándose de la situación en la que se encontraba aquella» cuando la celebración del contrato (apartado 1). Es esta una definición general y abstracta (concepto y requisitos). Requiere que la víctima (parte contratante) se encuentre en una situación de debilidad (o vulnerabilidad); que la otra parte conociese o debiera conocer la situación de debilidad (vulnerabilidad) de su cocontratante de lo cual abusa (esto se encierra en el término «aprovechándose», al que aho-

ra no le acompaña un «injustamente» como en la *Propuesta de 2009*; en la entrada 6 de la voz «aprovechar» del Diccionario de la RAE se indica «[s]acar provecho de algo o de alguien, generalmente con astucia o abuso»); y que la otra parte haya obtenido una ventaja injusta (desequilibrio económico, desequilibrio en las condiciones del contrato; en la *Propuesta de 2023* no se dice que la ventaja sea «excesiva», como en la *Propuesta de 2009*).

En el artículo 1297.2 PMCC 2023 se menciona el siguiente conjunto de situaciones de vulnerabilidad: *que* exista entre los contratantes una «relación de confianza o dependencia» (comparando con el art. 1300. I PMCC 2023, se añade la relación de confianza); *que* «la parte perjudicada fuese persona con discapacidad» (supuesto nuevo comparando con el art. 1300. I PMCC 2023; se ha apuntado que, si se regulase en el Código civil la ventaja injusta «como causa autónoma de ineficacia contractual», ello haría «seguramente» innecesario el art. 1302.3. I CC o habría de incorporarse «en otros términos», pues, sino, habría una «superposición», «una suerte de interferencia»; también se ha indicado que, tal y como se prevé en el art. 1297.2 PMCC 2009, «encaja mal con la filosofía de la reforma de la discapacidad», pues se «abraza cualquier persona con discapacidad, influya su causa o no en la capacidad para querer y consentir de esa concreta persona», y se requeriría una «definición mucho más precisa de la persona que se propugna proteger», «una cláusula abierta al estilo del Código civil belga ["faiblesse de l'autre partie", art. 5.37 CCB]»); *que* «la parte perjudicada […] sufra extraordinarias dificultades económicas, o se encuentre en situación de necesidad apremiante» (ambas situaciones ya se preveían en el art. 1300. I PMCC 2009); y, por último, *que* «la parte perjudicada […] se encuentre en situación […] de ignorancia, de inexperiencia o de falta de previsión» (todas estas otras situaciones ya contempladas en el art. 1300. I PMCC 2009; por otro lado, al igual que en la *Propuesta de 2009*, en la *Propuesta de 2023* no se incluye la situación de «falta de habilidad negociadora»).

A las referidas situaciones de vulnerabilidad del artículo 1297.2 PMCC 2009, le precede la locución de «[e]n particular, se entenderá que hay aprovechamiento de la situación de la otra parte» (lo que es nuevo comparando con el art. 1300. I PMCC 2009). Con el «[e]n particular» se viene a señalar el carácter ejemplificativo del conjunto de situaciones de vulnerabilidad descritas en este artículo 1297.2 PMCC 2023, y, con el «se entenderá que hay aprovechamiento de la situación de la otra parte» se establece una presunción *iuris tantum* (adecuada si el acto es gratuito, por ejemplo una donación; posiblemente más cuestionable si se trata de un contrato oneroso, teniendo presente que en el art. 1297 PMCC 2023 no se fija una fórmula matemática para determinar cuándo existe el desequilibrio económico).

A diferencia de la *Propuesta de 2009* (art. 1301. II), en la *Propuesta de 2023* (art. 1297) no se dispone que la parte perjudicada por la ventaja injusta (excesiva, en la *Propuesta de 2009*) pueda pedir al juez que introduzca en el contrato las modificaciones necesarias para adaptarlo a la buena fe y a lo usual en el tráfico jurídico.

En caso de que el artículo 1297 PMCC 2023 llegare a ser derecho positivo, entiendo que habría de hacerse del mismo una prudente aplicación.

d) En el derecho comparado, el presente problema contractual es conocido y solucionado de distintas maneras (habiendo una tendencia a la adopción de una específica regulación).

Por ejemplo y dentro de los derechos europeos continentales, en el francés se soluciona con la violencia del abuso de circunstancias (art. 1143 CCF; vicio del consentimiento, nulidad relativa); en el de los Países Bajos con el abuso de circunstancias (indebida influencia; art. 3:44 BW; vicio del consentimiento, anulación, modificación del contrato); en el belga con el abuso de circunstancias (art. 5.37 CCB; vicio del consentimiento, nulidad relativa, adaptación de las obligaciones); en el alemán con la usura (§ 138. 2 BGB; nulidad); en el suizo con la lesión (art. 21.1 CO, rescisión); en el italiano con el contrato celebrado en estado de peligro (art. 1447 CCI 1942; rescisión, equitativa compensación) y con el contrato celebrado en estado de necesidad (art. 1448 CCI 1942; rescisión por lesión *ultradimidium*); y en el portugués con los negocios usurarios (art. 282 CCP 1966; anulación, modificación del negocio). Más allá de lo anterior, en el derecho inglés existe la *undue influence* y los *unsconscionable bargains*; en el derecho de EE. UU, la *undue influence* y la *unconscionability.*

e) En los PECL (art. 4:109, «Excessive Benefit or Unfair Advantage»), DCFR (art. II.-7:207, «Unfair exploitation»), Principios UNIDROIT 2016 (art. 3.2.7, «Excesiva desproporción»), y CESL (art. 51, «Explotación injusta»)se regula una figura equivalente.

10. La posible incidencia de la ventaja injusta en cuanto al alcance del dolo

22.º a) En el Código civil, el dolo causal se regula en los artículos 1269 y 1270. I CC, y la ventaja injusta es requisito expresamente exigido en el artículo 1302.3. II CC para la legitimación activa de la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo para contratar de la persona con discapacidad, y a efectos de la anulación del contrato [*supra* 9.º a)].

Teniendo presente lo anterior, surgen estas cuestiones: ¿la exigencia de la ventaja injusta impide seguir manteniendo la tesis amplia del dolo? ¿Se impo-

ne la acogida de la tesis estricta del dolo? En mi opinión, puede seguir defendiéndose la tesis amplia del dolo, si se es partidario de ella. Pues, si la persona es mayor de edad sin discapacidad, los posibles y genéricos supuestos de influencia indebida, abuso de posición/de situación pueden continuar encajando en los artículos 1269 y 1270. I CC (su protección por esta vía no desaparecería). Y esto habría de aplicarse a la persona con discapacidad en virtud de la igualdad de trato, de la no discriminación. Por otro lado, la persona a la que corresponda prestar el apoyo para contratar a la persona con discapacidad, *«cumpliéndose los requisitos del artículo 1302.3. II CC»,* entre ellos la ventaja injusta, puede anular el contrato.

b) En la *Propuesta de 2009,* su artículo 1300 regula el dolo (siendo su regulación esencialmente la misma que la del dolo del Código civil) y su artículo 1301, la ventaja excesiva, en ambos casos con carácter general. En mi opinión, aquí también puede seguir acogiéndose la tesis amplia del dolo, si se es partidario de ella. Si el dolo del artículo 1300 PMCC 2009 se interpreta de conformidad con la tesis estricta del dolo (solo hay dolo si el contratante que lo padeció sufrió error), el sistema global de los vicios del consentimiento del Código civil, que hasta ahora defendería la tesis amplia del dolo (el dolo es concepto válvula en dicho sistema) se cierra demasiado, y esto, porque en la ventaja excesiva se exige un desequilibrio económico en las condiciones del contrato (o también el desequilibrio en las condiciones del contrato) y, la exigencia de un desequilibrio económico no se requiere en la aplicación del dolo (los contratos pueden anularse «aunque no haya lesión para los contratantes», art. 1300 CC). Por supuesto, no todos los casos de la realidad encajarán en el dolo. En este sentido, y dejo aparte al dolo omisivo, suele apuntarse que mientras en el dolo hay un comportamiento positivo, en la ventaja injusta (ahora ventaja excesiva) el otro contratante se encuentra con que la persona con la que contrata ya estaba en situación de vulnerabilidad y lo que sucede es que se aprovecha (abusa) de ello. Sin embargo, en la vida real, la expuesta diferencia no siempre se manifiesta de modo tan puro. Y más allá de lo dicho, en lo anterior no interfiere lo dispuesto en el artículo 1297 PCMCC 2009, cuya redacción no se ajusta a la Convención de Naciones Unidas de las personas con discapacidad de 2006.

Dentro del panorama de derecho comparado, por ejemplo, para el derecho francés, que regula la violencia del abuso de circunstancias (art. 1143 CCF), Deshayes/Genicon/Laithier afirman «*la necesidad de reconducir el "dolo sin error" al dolo, habiendo el sustituto de la figura del abuso del estado de dependencia* […] *es algo que se siente menos, aunque dados los requisitos de aplicación del abuso del estado de dependencia, los autores acabarán concluyendo que hay un fuerte riesgo de que el dolo vuelva a resultar atractivo*»,

además de que los requisitos del artículo 1143 CCF «*no siempre existirán en las hipótesis clásicas del dolo sin error*», entre otras cosas, porque «quien contrata con la víctima del abuso del estado de dependencia debe obtener del contrato «una ventaja manifiestamente excesiva» y esto no se da, por ejemplo, en una venta en la que el vendedor cede en contra de su verdadera voluntad, cansado de luchar, pero a un justo precio». O en el derecho belga, en el comentario oficial del artículo 5.37 CCB, que regula el vicio del consentimiento del abuso de circunstancias, para el que se exige «un desequilibrio manifiesto entre las prestaciones», se advierte que «[s]e puede a veces combatir también las situaciones de abuso de circunstancias por medio de los vicios del consentimiento clásicos, como en otros tiempos, puesto que la distinción con el dolo y la violencia no es clara en todas las constelaciones de hecho».

c) En la *Propuesta de 2023,* su artículo 1296 regula el dolo (siendo su regulación esencialmente la misma que la del dolo de la *Propuesta de 2009*) y su artículo 1297, la ventaja injusta, en ambos casos con carácter general. Este artículo 1297 PMCC 2023 requiere que «el contrato […] otorgue una ventaja injusta a la otra» (desequilibrio económico, desequilibrio en las condiciones del contrato).

Las consideraciones que he hecho en este 20.º b) para la *Propuesta de 2009* son, entiendo, trasladables a la *Propuesta de 2023.*

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M., «Invalidez de la declaración de voluntad», *ADC*, 1957, pp. 985-1037.

— *Derecho civil I, Introducción y Parte general,* 19.ª edición, revisada y puesta al día por Silvía Díaz Alabart, 2013.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.ª M., «El régimen de ineficacia en nuestro ordenamiento jurídico tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, dirección Monserrat Pereña Vicente/María del Mar Heras Hernández, coord. María Núñez Núñez, 2022, pp. 497-519.

ÁLVAREZ LATA, N., De *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* volumen III, dir. Cristina Guilarte Martín-Calero, de la Serie Derecho de la Discapacidad, dirs. Rafael de Lorenzo García/Luis Cayo Pérez Bueno, 2021:

– «Artículo 1263», pp. 988-997.
– «Artículo 1301», pp. 1005-1011.
– «Artículo 1302», pp. 1011-1022.

AMMERMAN YEBRA, J., «El procedimiento legislativo para la aprobación de la Propuesta de modernización reformada del Código civil en materia de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes,* 2025, núm. 2287 Bis, pp. 216-248.

ARROYO AMAYUELAS, E. (traducción)/BECKMANN, J. (revisión), De *Código civil alemán, Bürgerliches Gesetzbuch*, dir. Albert Lamarca Marquès, 2008:

– «§ 123», pp. 55-56.
– «§ 138», p. 59.

ASOCIACIÓN DE PROFESORAS Y PROFESORES DE DERECHO CIVIL. *Propuesta de Código civil*, 2018.

Barba, V.: «La protección de las personas con discapacidad en el derecho civil italiano a la luz del art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Revista Cubana de Derecho,* 2021, vol. 1, núm. 1, pp. 274-307.

Barba, V./Torres Costa, M.ª E.: «El no cumplido proceso de adaptación del Derecho italiano a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad», *Civilius. Revista Internacional de Derecho Privado,* 2025, núm. 0, pp. 66-100.

Barceló Compte, R., «Contratación por personas con discapacidad y ventaja injusta: ¿un remedio a generalizar?», *ADC*, 2024, pp. 537-588.

Barres Benlloch, P./Embid Irujo, J. M./Martínez Sanz, F. (edición española a su cargo), *Principios de Derecho contractual europeo, Partes I y II (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo») edición: Ole Lando/Hugh Beale*, 2003.

Bayod López, C., «Invalidez e ineficacia de actos y contratos», *Reforma del Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil*, coord. Carmen Bayod López, 2024, pp. 61-90.

— «Invalidez de capítulos matrimoniales: Nulidad (anulabilidad) por vicio del consentimiento: intimidación. Cómputo del *dies a quo:* a partir de la sentencia de separación de los cónyuges», *CCJC*, 2004, núm. 66, pp. 1041-1061.

Bosch Capdevila, E., «Revisión de la traducción al español del Capítulo 7 del Libro II del DCFR», *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, coord. Carmen Jerez Delgado, 2015, pp. 102-110.

— «La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», *Nuevas Perspectivas del Derecho contractual*, dir. Esteve Bosch Capdevila, 2012, pp. 365-389.

— De *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia,* tomo I, coords. Antoni Vaquer Aloy/Esteve Bosch Capdevila/María Paz Sánchez González, 2012:
  – «II.-4:101», pp. 273-280.
  – «II.-7:205», pp. 480-486.
  – «II.-7:207», pp. 491-497.

Bosch Capdevila, E./Del Pozo Carrascosa, P./Vaquer Aloy, A., *Teoría general del contrato, Propuesta de regulación*, 2016.

Buchhalter Montero, B.: «La nueva legislación alemana de apoyo a las personas con discapacidad intelectual: aspectos sustantivos, procesales y administrativos», *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 17, pp. 150-170.

Carrasco Perera, Á., *Derecho de contratos*, 4.ª ed., 2024.

Cartwright, J., *Contract Law, An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer,* third edition, 2016.

Cervilla Garzón, M.ª D, «Autonomía de la voluntad y contrato en la propuesta de modernización del Código civil de 2023», *Cuadernos de Derecho Privado,* 2025, 12, pp. 56-84.

Chantepie, G./Latina, M., De *Le nouveau droit des obligations, Commmentaire théorique et pratique dan l'ordre du Code civil,* 2.e édition, 2018:
– «Artículo 1128», pp. 244-247.
– «Artículo 1143» pp. 291-298.
– «Artículo 1168», pp. 372-376.

Christandl, G., De *Commentaries on European Contract Laws,* ed. Nils Jansen/ Reinhard Zimmermann, 2018:
– «Introducción previa al artículo 2:101», pp. 231-235.
– «Artículo 2:201 (1)», pp. 236-248.

Comisión General de Codificación (Sección Civil): *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos,* 2009.

Comisión General de Codificación (Sección Civil; Grupo de Trabajo): *Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos,* 2023.

Da Mota Pinto, C. A., *Teoria geral do direito civil,* 4.ª edicão por António Pinto Monteiro y Paulo Mota Pinto, 2005.

De Amunátegui Rodríguez, C., «Capacidad negocial de las personas con discapacidad intelectual», *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual,* dir. Rosa María Moreno Flórez, 2022, pp. 89-97.

De Castro Y Bravo, F., *El negocio jurídico*, 1971, 1985 de la reproducción facsimilar.

De La Maza Gazmuri, Í./López Díaz, P., «La ventaja injusta y su incardinación en el derecho chileno de contratos», *Revista Chilena de Derecho*, 2023, vol. 50, núm. 3, pp. 29-59.

De Pablo Contreras, P., «Capítulo 10 Requisitos del contrato», *Curso de Derecho Civil,* tomo II, *Derecho de obligaciones,* Volumen I, *Teoría General de la Obligación y el Contrato,* coord. Carlos Martínez De Aguirre Aldaz, 6.ª ed., 2023, pp. 353-388.

Del Pozo Carrascosa, P./Vaquer Aloy, A./Bosch Capdevila, E., *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos,* 2.ª ed., 2021.

Delgado Echeverría, J./Parra Lucán, M.ª Á., «Comentario a la Sentencia núm. 129/2010, de 5 de marzo de 2010. Nulidad del contrato por dolo negativo e indemnización del interés contractual», *CCJC* núm. 86, 2011, *pp. 669-691.*

Deshayes, O./Genicon, T./Laithier, Y.-M., De *Réforme du droit des contrats, du régimen général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article,* 2.e édition, 2018:
– «Artículo 1128», pp. 197-202.
– «Artículo 1140», pp. 248-249.
– «Artículo 1142», p. 251.
– «Artículo 1143», pp. 252-263.
– «Artículo 1168», pp. 325-326.

Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, volumen primero, *Introducción, Teoría del contrato,* 6.ª ed., 2007.

Díez-Picazo, L./Roca Trias, E./Morales, A. M., *Los Principios del derecho europeo de los contratos*, 2002.

Egusquiza Balmaseda, M.ª Á., «La reforma del régimen de la anulabilidad», *Reformas legislativas para el Apoyo a las Personas con Discapacidad, Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor,* dirs. Lledó Yagüez, Francisco/Ferrer Vanrrell, María Pilar/Egusquiza Balamaseda, María Ángeles/López Simó, Francisco, 2022, pp. 1151-1180.

Engel, P., *Traité des obligations en droit suisse*, *Dispositions générales du CO*, 1997, 2.e édition.

Espluges García, J., «Las fronteras de la tutela indemnizatoria entre el incumplimiento contractual y el dolo como vicio del consentimiento», *RDC*, 2024, núm. 2, pp. 113-163.

Fenoy Picón, N., *Dolo, ventaja injusta y lesión en los contratos (Código civil, Código civil de Cataluña, y Fuero nuevo)*, 2023.

— «El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos belga y francés», *ADC*, 2020, pp. 1331-1499.

— «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *ADC*, 2017, pp. 473-785.

— «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios del incumplimiento», *ADC*, 2011, pp. 1481-1684.

— «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales», *ADC*, 2010, pp. 47-136.

Flour, J./Aubert, J.-L./Savaux, É., *Les obligations 1. L'acte juridique,* 16.e édition, 2014.

Flume, W., *El negocio jurídico, Parte general del Derecho civil,* tomo segundo, cuarta edición, no modificada, traducción de José María Miquel González/Esther Gómez Calle, 1992, 1998 de la traducción.

García Rubio, M.ª P., «Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de modernización reformada del Código civil en materia de obligaciones y contratos», *RDC*, 2024, núm. 2, pp. 1-33.

— De *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad,* dirs. M.ª Paz García Rubio/M.ª Jesús Moro Almaraz, coord. Ignacio Varela Castro, 2022:
  – «Artículo 1263», pp. 623-630.
  – «Artículo 1301», pp. 637-644.

— «La capacidad para contratar de las personas con discapacidad», *Estudios de derecho de contratos,* volumen I, dir. Antonio-Manuel Morales Moreno, coord. Emilio V. Blanco Martínez, 2022, pp. 333-357.

— «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», *ADC*, 2010, pp. 1621-1642.

García Rubio, M.ª P. /Varela Castro, I., «Artículo 1302», *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad,* dirs. M.ª Paz García Rubio/M.ª Jesús Moro Almaraz, coord. Ignacio Varela Castro, 2022, pp. 645-668.

García Rubio, M.ª P./Otero Crespo, M., «Revisión de la traducción al español de los Capítulos 2 a 4 del Libro II del DCFR», *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, coord. Carmen Jerez Delgado, 2015, pp. 77-93.

García Vicente, J. R., «Artículo 1267», *Comentarios al Código civil,* tomo VII *(Arts. 1265 a 1484),* dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2013, pp. 9111-9120.

Garrido, J. M.ª, *Código uniforme de comercio de los Estados Unidos,* texto oficial, Estudio preliminar y traducción a cargo de José M.ª Garrido, 2002.

Gaspar Lera, S., «Formación de la voluntad contractual, vicios del consentimiento y remedios», *Negociación y perfección de los contratos*, coord. M.ª Ángeles Parra Lucán, 2014, pp. 269-316.

Gazzoni, F., *Manuale di Diritto Privato*, XIX edizione aggiornata e con riferimento di dottrina e di giurisprudenza, 2019.

Gómez Calle, E., «El ventajismo, nuevo vicio de la voluntad en la propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil», *Libro Homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, eds. Manuel Cancio Meliá/Mario Maraver Gómez/Yamila Fakhouri Gómez/Pablo Guérez Tricarico/Daniel Rodríguez Horcajo/Gonzalo J. Basso, vol. II, 2019, pp. 1617-1631.

— *Desequilibrio Contractual y Tutela del Contratante Débil*, 2018.

Gregoraci Fernández, B., «La alteración sobrevenida de las circunstancias», *Estudios de derecho de contratos*, volumen I, dir. Antonio-Manuel Morales Moreno, coord. Emilio V. Blanco Martínez, 2022, pp. 475-507.

Hartkamp, A. S., *Contract Law in the Netherlands*, second edition, 2015.

Hörster, H. E./Moreira Da Silva, E. S., *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2.ª edição totalmente revista e actualizada-reimpressao, 2023.

Infante Ruiz, F., *El «aprovechamiento injustificado» como vicio del consentimiento, Análisis desde la doctrina de la* undue influence *del Derecho inglés,* 2022.

— «Preguntas y respuestas sobre la virtualidad de la *undue influence* como vicio del consentimiento», *RDC*, 2021, núm 2, pp. 1-37.

Janssens, O., «La formation statique du contrat: conditions de validité et régime de la nullité», *Le nouveau droit des obligations*, sous la direction de Benoît Khol/Patrick Wéry, 2022, pp. 42-72.

Jarufe Contreras, D., «Nulidad y ventaja injusta en el derecho español, a propósito de la reforma del Código Civil en materia de capacidad», *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos,* dirs. María Victoria Mayor Del Hoyo/Sofía De Salas Murillo, 2022, pp. 457-467.

Klass, G., *Contract Law in the United States,* 2012.

Lipp, V., «Panorama de la vulnerabilidad personal en el Derecho alemán, en especial, de las personas con discapacidad tras la reforma de 2021», *El Derecho civil ante los retos actuales de la vulnerabilidad personal,* dirs. M.ª Victoria Mayor del Hoyo/Sofía De Salas Murillo, 2024, pp. 767-798.

Lohsse, S., De *Commentaries on European Contract Laws,* ed. Nils Jansen/Reinhard Zimmermann, 2018:
– «Introducción previa al artículo 4:101», pp. 649-651.
– «Artículo 4:107», pp. 689-694.
– «Artículo 4:109», pp. 701-706.
– «Artículo 4:111», pp. 708-713.
– «Artículo 4:117», pp. 730-733.
– «Artículo 4:119», pp. 737-739.

Martín Briceño, M.ª R., «La persona con discapacidad y su capacidad contractual: conflicto de intereses e influencia indebida», *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, dirección Monserrat Pereña Vicente/María del Mar Heras Hernández, coord. María Núñez Núñez, 2022, pp. 467-496.

Martín Santiesteban, S., «La pretensión de cumplimiento en las Propuestas de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *InDret,* 2025, 2, pp. 69-105.

Mateo Villa, Í., *Código civil suizo, precedido de un estudio preliminar, concordado y con las correspondencias del Código civil español,* 2022.

Morales Moreno, A. M., «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans»*, Libro homenaje al profesor Embid Irujo,* en fase de publicación, 21 pp.; agradezco al autor su amabilidad en permitirme su lectura.

— «El contrato y sus requisitos en la Propuesta de Modernización del Código civil de 2023: El objeto y la causa», *RDC*, 2024, núm. 4, pp. 97-137.

— «Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Estudios, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación,* 2011, pp. 457-475.

— *El error en los contratos*, 1988.

Nieto Alonso, Antonia, «La Propuesta de modernización revisada del Código civil en materia de obligaciones y contratos: su armonización con la regulación sobre contratos con consumidores», *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes,* 2025, núm. 2287 Bis, pp. 274-306.

Oliva Blázquez, F., *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*, 2014.

Palazón Garrido, M.ª L., «Garantía por deuda de un tercero unido al garante por una relación de confianza o dependencia», *Los contratos de crédito inmobiliario*, dirs. Klaus Jochen Albiez Dohrmann/María T. Moreno-Torres, 2017, pp. 845-901.

— «El abuso de debilidad, confianza o dependencia», *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional,* tomo I, ed. Sixto Sánchez Lorenzo, 3.ª edición, 2016, pp. 1303-1335.

Parra Lucán, M.ª Á., «Contratación y discapacidad: la reforma de la legislación para el apoyo a las personas con discapacidad», *La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas,* volumen 2, coord. Almudena Castro-Girona Martínez/Federico Cabello de Alba Jurado/Carlos Pérez Ramos, 2022, pp. 327-355.

Pau Pedrón, A., «Prólogo del presidente de la Sección Primera de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación», *Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos*, 2023, pp. 15-17.

Pfeiffer, T., De *Common European Sales Law (CESL), Commentary*, ed. Reiner Schulze, 2012:
- «Artículo 49», pp. 264-271.
- «Artículo 51», pp. 276-284.
- «Artículo 55», pp. 293-297.
- «Artículo 56», pp. 297-300.
- «Artículo 57», pp. 300-302.

Pires De Lima, F. A./Antunes Varela, J. De M., De *Código civil anotado*, volume I (Artigos 1.º a 761º, 3.ª edição revista e actualizada, con a colaboração de Manuel Henrique Mesquita*,* 1982:
- «Artículo 253», p. 236.
- «Artículo 254», p. 237.
- «Artículo 282», p. 259.
- «Artículo 283», pp. 259-260.

Represa Polo, M.ª P., «Influencia indebida y formación del consentimiento en el ámbito personal de los tradicionales colectivos vulnerables», *El derecho civil ante los retos actuales de la vulnerabilidad personal,* dirs. M.ª Victoria Mayor del Hoyo/Sofía De Salas Murillo, 2024, pp. 799-848.

Roca Trías, E.: «Los incumplimientos en las propuestas de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Ángel Rojo,* coord. Ana Belén Campuzano Laguillo/M.ª José Castellanos Ramírez, tomo I, 2024, pp. 119-153.

Rodríguez-Rosado, B.: «El contrato en la Propuesta de Modernización del Código civil de 2023: concepto, elementos y formación», *El Derecho de obligaciones y contratos y su modernización, La Propuesta de 2023,* coord. Bruno Rodríguez-Rosado, 2025, pp. 115-147.

Romero Girón, V./García Moreno, A., *Colección de las Instituciones jurídicas y políticas de los pueblos modernos,* dirigida su publicación por el Excmo. Sr. Don Vicente Romero Girón y Don Alejo García Moreno, tomo séptimo, *Leyes y códigos portugueses,* 1891.

— *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los pueblos modernos,* dirigida su publicación por el Excmo. Sr. D. Vicente Romero y Girón y Don Alejo García Moreno, tomo sexto, *Instituciones y Códigos de Holanda,* Madrid 1890.

San Miguel Pradera, L., «La reforma del Derecho de contratos: el cambio de circunstancias en los Derechos francés, belga y español», *ADC*, 2023, pp. 1041-1084.

Sánchez-Calero Arribas, B., «Nulidad y anulación de los contratos», *Derecho de obligaciones y contratos, en homenaje al profesor Ignacio Serrano García*, dir. Esther Muñiz Espada, 2016, pp. 413-442.

Sánchez Lería, R.: «Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno Derecho contractual europeo», *InDret*, 2014-3, 32 pp.

Schrama, W. M., «Artículo 2:101», *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary,* ed. Danny Busch/Ewoud H. Hondius/Hugo J. Van Kooten/Harriet N. Schelhaas (General editor), Wendy M. Schrama, 2002, pp. 75-79.

Solé Feliu, J., «La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual: textos, principios europeos y propuestas de reforma en España», *InDret*, 2016-4, 32 pp.

Stanzione, P./Naddeo, F., De *Manuale di diritto privato,* 2017, quarta edizione:
– «Capitolo 16 La volontà», pp. 195-204.
– «Capitolo 24 L'equilibrio sostanziale del contratto», pp. 276-282.

Study Group on a European Civil Code/Research Group on Ec Private Law (Acquis Group), De *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition,* edited by Christian von Bar and Eric Clive, 2009 [Cit. Von Bar/Clive (ed.) (2009)]:
– «Artículo II.-4:101», pp. 264-273.
– «Artículo II.-4:102», pp. 273-277.
– «Artículo II.-4:103», pp. 277-283.
– «Artículo II.-7:101», pp. 451-454.
– «Artículo II.-7:205», pp. 492-499.
– «Artículo II.-7:207», pp. 507-515.
– «Artículo II.-7:214», pp. 528-532.
– «Artículo II.-7:215», pp. 532-534.
– «Artículo II.-7:216», pp. 534-535.

Terryn, E., «Artículo 30», *Common European Sales Law (CESL), Commentary*, ed. Reiner Schulze, 2012, pp. 180-184.

The Commission on European Contract Law, De *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, edited by Olen Lando/Hugh Beale, 2000 [cit. Lando/Beale (ed.) (2000)]:
– «Artículo 1:305», pp. 134-136.
– «Artículo 2:101», pp. 137-143.
– «Artículo 2:102», pp. 143-146.

– «Artículo 2:103», pp. 146-149
– «Artículo 4:101», pp. 227-228.
– «Artículo 4:107», pp. 252-256.
– «Artículo 4:109», pp. 261-265.
– «Artículo 4:111», pp. 271-274.
– «Artículo 4:118», pp. 284-285.

TRIMARCHI, P., *Instituzioni di diritto privato*, ventesima edizione, 2014.

TUR FAÚNDEZ, M.ª N., «Los remedios ante el incumplimiento en la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de 2023», *RDP*, 2024, núm. 4, pp. 3-26.

UGARTE GODOY, J. J., *Curso de Derecho civil,* tomo II*, El acto jurídico: elementos esenciales,* 2024.

UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), De *Principios* UNIDROIT *sobre los contratos comerciales internacionales 2016,* 2018:
– «Artículo 3.1.1», p. 105
– «Artículo 3.1.2», pp. 105-107.
– «Artículo 3.1.4», p. 109.
– «Artículo 3.2.4», pp. 116-117.
– «Artículo 3.2.5», p. 117.
– «Artículo 3.2.7», pp. 119-122.
– «Artículo 3.2.8», pp. 122-123.
– «Artículo 3.2.16», pp. 134-135.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., «Artículo 1267», *Código civil comentado,* vol. III, Libro IV De las obligaciones y contratos, Teoría general de la obligación y el contrato (Artículos 1088 a 1444), dirs. Ana Cañizares Laso/Pedro de Pablo Contreras/Javier Orduña Moreno/Rosario Valpuesta Fernández, coords. Javier Orduña Moreno/Javier Plaza Penadés/José Miguel Rodríguez Tapia/Eduardo Vázquez de Castro/Luz M. Martínez Velencoso, 2.ª ed., 2016, pp. 630-635.

VAN REIGERSBERG VERLUYS, J. G., *Derecho patrimonial neerlandés, traducción de los libros 1, 3, 5, 6 y 7 del nuevo Código civil,* 1996.

VAQUER ALOY, A.: «Nulidad y anulabilidad del contrato en la Propuesta de Modernización del Código civil de 2023», *El Derecho de obligaciones y contratos y su modernización, La Propuesta de 2023,* coord. Bruno Rodríguez-Rosado, 2025, pp. 177-202.

VARELA CASTRO, I., «Artículos 1304 y 1314», *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad,* dirs. M.ª Paz García Rubio/M.ª Jesús Moro Almaraz, coord. Ignacio Varela Castro, 2022, pp. 669-682.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., «La fase de formación del contrato», *Derecho civil patrimonial I*, coords. Francisco Infante Ruiz/Laura López de la Cruz, 4.ª ed., 2022, pp. 99-122.

VERDERA SERVER, R., «Remedios ante el incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil de 2023», *El Derecho de obligaciones y contratos y*

su modernización, La Propuesta de 2023, coord. Bruno Rodríguez-Rosado, 2025, pp. 57-99.

WAIS, H., De *German Civil Code, Bürgeliches Gesetzbuch (BGB)*, Volume I, Books 1-3: §§ 1-1296, *Article-by-Article Commentary*, edited by Gerhard Dannemann/ Reiner Schulze, Assistant Editor Jonathon Watson, 2020:
– «§ 123», pp. 150-154.
– «§ 138», pp. 179-185.

WARENDORF, H./THOMAS, R./CURRY-SUMNER, I., *The Civil Code of the Netherlands,* second edition, 2013.

WÉRY, P., «Vue d'ensemble sur les livres 1er "Dispositions générales" et 5 "Les obligations" du Code civil», *Le nouveau droit des obligations*, sous la direction de Benoît Khol/Patrick Wéry, 2022, pp. 7-39.

LISTADO DE SENTENCIAS

A) **Sentencias del Tribunal Supremo**

— STS 08.03.1929 (Pte. Excmo. Sr. D. Diego Medina; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm 41) [889].
— STS 23.02.1934 (no consta el ponente de la sentencia; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núms. 278 y 278 bis) [890].
— STS 06.11.1948 (Pte. Excmo. Sr. D. Celestino Valledor; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 233) [891].
— STS 04.12.1956 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Eyré Varela; Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, núm. 748) [892].
— STS 25.11.1960 (Pte. Excmo Sr. D. Francisco Rodríguez Varcarcel; Repertorio de jurisprudencia de Aranzadi, núm. 3766) [893].
— STS 20.12.1967 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Cantos Guerrero; Colección legislativa de España, núm. 798) [894].

---

[889] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, FENOY PICÓN (2023) pp. 787-788.
[890] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, FENOY PICÓN (2023) p. 789.
[891] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, FENOY PICÓN (2023) pp. 791-792.
[892] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, FENOY PICÓN (2023) pp. 797-798.
[893] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, FENOY PICÓN (2023) pp. 798-799.
[894] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, FENOY PICÓN (2023) pp. 802-804.

— STS, 1.ª, 26.10.1981 (Pte. Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas; Cendoj, Roj STS 4972/1981) [895].

— STS, 1.ª, 15.07.1987 (Pte. Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas; Cendoj, Roj STS 8558/1987) [896].

— STS, 1.ª, 27.02.1989 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Carretero Pérez; Cendoj, Roj STS 1391/1989) [897].

— STS, 1.ª, 29.03.1994 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedo González Poveda; Cendoj, Roj STS 15282/1994) [898].

— STS, 1.ª, 21.07.1995 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 5596) [899].

— STS, 1.ª, 30.06.2000 (Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; Cendoj, Roj STS 5246/2000) [900].

— STS, 1.ª, 13.12.2000 (Pte. Excmo. Sr. D. José Ramón Vázquez Sandes; Cendoj, Roj STS 9179/2000) [901].

— STS, 1.ª, 15.01.2004 (Pte Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez; Cendoj, Roj STS 68/2004).

— STS, 1.ª, 11.06.2003 (Pte. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; Cendoj, Roj STS 4039/2003) [902].

— STS, 1.ª, 12.06.2003 (Pte. Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán; Cendoj, Roj STS 4052/2003) [903].

— STS, 1.ª, 19.07.2006 (Pte. Excmo. Sr. D. Román García Varela; Cendoj, Roj STS 4361/2006) [904].

---

[895] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) pp. 808-809.

[896] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) pp. 814-815.

[897] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) pp. 817-818.

[898] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) pp. pp. 823-824.

[899] Extracto sus hechos y decisión en primer y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) nota 232 de pp. 131-132.

[900] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) pp. 832-833.

[901] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) pp. 833-834.

[902] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) p. 836.

[903] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) pp. 836-838.

[904] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) pp. 842-843.

— STS, 1.ª, 18.01.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Xabier O'Callaghan Muñoz; Cendoj, Roj STS 176/2007) [905].
— STS, 1.ª, 03.07.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos; Cendoj, Roj STS 5406/2007) [906].
— STS, 1.ª, 26.03.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; Cendoj, Roj STS 1548/2009) [907].
— STS, 1.ª, 24.04.2009 (Pte. Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés; Cendoj, Roj STS 3275/2009) [908].
— STS, 1.ª, 15.06.2010 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos: Cendoj, Roj STS 4384/2010) [909].
— STS, 1.ª, 16.02.2010 (Pte. Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías; Cendoj, Roj STS 554/2010) [910].
— STS, 1.ª, 28.09.2011 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller; Cendoj, Roj STS 6046) [911].
— STS, 1.ª, 29.09.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña; Cendoj, Roj STS 4286/2015) [912].
— STS, 1.ª, 03.03.2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile; Cendoj, Roj STS 973/2021) [913].
— STS, 1.ª, Pleno, 23.07.2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena; Cendoj, Roj STS 3068/2021) [914].
— STS, 1.ª, 23.12.2021 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile; Cendoj, Roj STS 4959/2012) [915].

---

[905] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) pp. 844-845.
[906] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) pp. 847-849.
[907] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) pp. 853-854.
[908] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) pp. 855-856.
[909] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) nota 1089, b), pp. 601-602.
[910] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) pp. 858-859.
[911] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) pp. 860-861.
[912] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) pp. 864-865.
[913] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) pp. 887-890.
[914] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) pp. 891-893.
[915] Extracto sus hechos y decisión en primera y segunda instancia y por el Tribunal Supremo, Fenoy Picón (2023) pp. 893-895.

B) **Sentencias de Audiencias Provinciales**

— SAP Lleida, sec. 2.ª, 11.03.2019 (Ilma. Sra. Ana Cristina Sainz Pereda; Cendoj, Roj: SAP L 140/2019).
— SAP Barcelona, sec. 11.ª, 22.09.2021 (Ilma. Sra. María del Mar Alonso Martínez; Cendoj, Roj: SAP B 10641/2021).
— SAP Barceloan, sec. 4.ª, 28.03.2022 (Ilmo. Sr. Jordi Lluis Forgas Folch; Cendoj, Roj: SAP B 3297/2022).
— SAP Tarragona, sec. 3.ª, 27.04.2023 (Ilma. Sra. Silvia Falero Sánchez; Cendoj, Roj: SAP T 503/2023.
— SAP Girona, sec. 1.ª, 07.06.2023 (Ilma. Sra. Rebeca González Morajudo; Cendoj, Roj: SAP GI 927/2023).
— SAP Barcelona, sec. 13.ª, 11.04.2024 (Ilma. Sra. Mireia Ríos Enrich; Cendoj, Roj: SAP B 4212/2024).

Nieves Fenoy Picón

Se licenció en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (UAM).

Se doctoró en Derecho por la UAM, obteniendo Premio extraordinaria de tesis doctoral (Facultad de Derecho, UAM).

Actualmente es Catedrática de Universidad (Derecho civil) en la UAM.

Ha publicado monografías y artículos en revistas científicas sobre el Derecho de obligaciones y contratos, el Derecho de consumo, y la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos.

Es vocal permanente de la Sección Primera (civil) de la Comisión General de Codificación.

Colección
Derecho Privado

Director:
Antonio Manuel Morales Moreno

Últimos títulos publicados:

21. Derecho de obligaciones. Parte general **Dirk Looschelders**
22. El consorcio contractual de I+D+i
    Alfredo Escardino Malva
23. Estudio de Derecho de Contratos.
    Libro conmemorativo de los 130 años
    del Código Civil, dos volúmenes. Presentación: **Antonio-Manuel Morales Moreno**
24. Derecho Privado Romano
    Max Kaser, Rolf Knütel, Sebastian Lohsse
25. Interés en el cumplimiento del contrato
    y operación de reemplazo.
    Isue Natalia Vargas Brand
26. La estructura de la restitución contractual **Antonio Ismael Ruiz Arranz**
27. Riesgo en la compraventa, cumplimiento
    e incumplimiento
    Ignacio Varela Castro
28. Dolo, ventaja injusta y rescisión
    por lesión en los contratos
    Nieves Fenoy Picón
29. Aspectos jurídicos del diseño
    de las interfaces digitales
    María Natalia Mato Pacín
30. Análisis y síntesis de la jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, con propuestas de *lege ferenda* a fin de elevar la protección del consumidor. Dos volúmenes
    Francisco Verdún Pérez
31. ¿Qué es un secreto empresarial?
    Un estudio de su concepto
    Pablo Muruaga Herrero

En 2009 se publicó la *Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (Sección civil, Comisión General de Codificación). En 2023 se publica la *Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligación y contratos,* en la que se revisa la Propuesta de 2009, actualizándola e introduciéndose modificaciones esenciales (Grupo de trabajo, Sección civil, Comisión General de Codificación). De la amplia regulación de la Propuesta de 2023, en esta monografía se analizan las tres cuestiones señaladas en su título, comparando las regulaciones del Código civil, de la *Propuesta de 2009* y de la *Propuesta de 2023.*

La primera materia versa sobre los requisitos de existencia del contrato. En el Código civil se dispone un artículo preliminar y enumerador de dichos requisitos (art. 1261), luego desarrollados en tres siguientes secciones. En la *Propuesta de 2009* desaparece ese artículo preliminar y, en relación a los requisitos para la existencia del contrato, fue pretensión de sus redactores facilitar lo más posible la contratación. En la *Propuesta de 2023* se avanza en la trayectoria de facilitar la contratación, sin perjuicio del respeto a la necesaria seguridad jurídica del tráfico.

La segunda materia es sobre el dolo (vicio del consentimiento o de la voluntad, terminología tradicional; arts. 1269 y 1270 CC). En la *Propuesta de 2009,* además de trasladarse el dolo a lugar distinto, se actualizan algunos aspectos (el dolo omisivo se incluye expresamente en el tenor de la ley, se precisa para el dolo causal el régimen de ineficacia de la anulación contractual). En la *Propuesta de 2023,* para los requisitos del dolo, se recoge esencialmente la regulación de la *Propuesta de 2009,* aunque también hay cambios: la regulación de la indemnización de daños, cuando uno de los contratantes sufrió un error, dolo, violencia o intimidación, se anule o se mantenga el contrato, es una relevante novedad normativa de la *Propuesta de 2023.*

Y la tercera materia se refiere a la ventaja injusta. No es específicamente regulada en el Código civil como vicio del consentimiento (art. 1265), si bien, interpretando de modo amplio el dolo (art. 1269 CC; tesis amplia), algunos de los problemas que con la ventaja injusta se pretenden solucionar (contratos celebrados por personas en situación de vulnerabilidad en el momento de la celebración del contrato) encuentran solución en el dolo. En la *Propuesta de 2009* se regula, además de los vicios del error, dolo, violencia e intimidación, la ventaja excesiva (esto último, novedad). En la *Propuesta de 2023,* a la ventaja excesiva de la *Propuesta de 2009* se la denomina ventaja injusta y es reformulada.

En el análisis de las tres referidas materias se utiliza el derecho comparado (derechos alemán, de los Países Bajos, belga, francés, italiano, portugués, suizo), los habituales textos de *soft law* (PECL, DCFR, Principios UNIDROIT 2016 sobre contratos comerciales internacionales), y además el CESL.