

BIBLIOGRAFÍA

Libros*

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ
Profesor titular de Derecho civil
Universidad de Sevilla

ALBERS, Gregor; PATTI, Francesco Paolo, y PERROUIN-VERBE, Dorothee: *Causa contractus*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2022, 928 + xx pp.**

Creo no exagerar si digo que este es un libro un tanto único en su género. No son excesivamente habituales, pero sí existen, un buen número de ejemplos de obras colectivas que abordan materias de Derecho privado europeo: varias de ellas vieron la luz con ocasión de los movimientos de comienzos de siglo tendentes a una posible unificación del Derecho europeo de contratos. Se trata de obras de importancia que tratan parcelas relativamente amplias en un análisis de Derecho comparado. Lo peculiar del libro colectivo de casi mil páginas objeto de esta reseña es que aborda una concreta institución, la llamada causa del contrato, intentando analizarla en perspectiva de detalle. Y que, además, el estudio no se hace solo desde el plano del derecho comparado, sino superponiendo ese método y el histórico, hasta conseguir que los trabajos que en ella se contienen no sean solo exposiciones del *status questionis* de la respectiva doctrina nacional, sino aportaciones originales en que los autores intentan desarrollar sus propios puntos de vista en el marco de un trabajo colectivo.

La obra está coordinada, y ello constituye otra cierta sorpresa, por tres jóvenes juristas, que si bien han dado ya prueba de sus capacidades en diversos trabajos previos, están aún lejos del periodo de plena madurez académica: el alemán Gregor Albers, el italiano Francesco Paolo Patti y la francesa Dorothee Perrouin-Verbe. En torno a ellos han conseguido congregarse a unos veinte autores, de muy diferente perfil: desde algunos bien consagrados y ya en edad madura, como Hortst Ehmman, catedrático emérito de Treveris, hasta investigadores jóvenes que dan sus primeros pasos en su carrera universitaria. Casi todos ellos son de las mismas tres nacionalidades de los

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

** Esta reseña es resultado del proyecto de investigación PID2020-114919GB-I00, «Mecanismos de justicia contractual: causa y buena fe», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

autores. La única excepción es Simon Whittaker, profesor en Oxford, y en cierto modo Birke Häcker, de nacionalidad alemana pero también catedrática en Oxford (hasta diciembre del 2022, pues en enero asumió la Cátedra en la Universidad de Bonn).

Este hecho de las mencionadas nacionalidades de los autores determina dos decisiones editoriales de cierta trascendencia. La primera, que los capítulos que integran el libro no estén escritos en la misma lengua, sino en una de las cuatro de nacionalidad de los autores. Y una segunda y aún más importante, que la perspectiva de Derecho comparado quede restringida a Alemania, Francia, Italia e Inglaterra: los autores de la obra trabajan sobre sus propios ordenamientos o sobre problemas intersaccionales entre ellos (aunque sobre el Derecho inglés, además de los antes mencionados, trabajan dos continentales que se mueven con soltura en ese ordenamiento: Kristin Boosfeld y Francesco Mezzanotte). Aunque como español me duela reconocerlo, no puede negarse que los cuatro ordenamientos elegidos constituyen un más que adecuado banco de pruebas en materia de causa.

El volumen, al que los coordinadores han dado el acertado nombre de *Causa contractus*, se inicia con un prefacio firmado por los tres coordinadores, que explica el largo proceso de redacción de la obra y los esfuerzos que ha supuesto, y un capítulo introductorio redactado por Gregor Albers, en inglés, en el que plantea los diversos problemas que se han ligado a las diferentes visiones de la causa y como ésta ha acabado desempeñando un importante papel en la misma teoría contractual: si las visiones más voluntaristas y consensualistas han rechazado este elemento como freno a la libre voluntad de obligarse, actitudes más «conmutativistas», como la de Atiyah, han visto en el elemento contraprestación el criterio esencial para la obligatoriedad del contrato (basta leer, para el que quiera comprobarlo, la luminosa introducción de ese autor a su inacabado *the rise and fall of freedom of contract*). Sin dejar en el tintero el hecho, a veces desconocido en España, de que los sistemas restrictivos de la libertad individual, como fue el fascismo, se apresuraron a reinterpretar el elemento causa, reelaborándolo como función económico-social, a fin de emplearlo como instrumento de control del mercado.

A partir de esa introducción el libro se estructura en cuatro bloques: el primero y más extenso dedicado a la evolución histórica del concepto, el segundo a la causa como elemento en la formación del contrato, el tercero a la relación entre la causa y el cambio sobrevenido de las circunstancias negociales y el cuarto y último al posible futuro de la causa. Voy a permitirme realizar un análisis algo más pormenorizado del primero de esos bloques, el que a mi juicio tiene más interés para el lector español, para luego continuar de modo algo más breve con los otros, más centrados en el Derecho comparado de los cuatro ordenamientos objeto de estudio.

El primer capítulo de esa primera parte lo redacta de nuevo Gregor Albers –los tres editores se han implicado mucho en la obra, y parece que han cubierto eventuales lagunas– quien hace una introducción y presentación de todo el recorrido histórico, dotándolo de unidad. Luego Tomasso dalla Massara, catedrático de Derecho romano en la Universidad de Roma Tre, en texto de nuevo traducido al alemán por Albers, hace una exposición de la doctrina de la causa en Derecho romano. Dalla Massara, reputado especialista en la materia, se centra en un conocidísimo texto de Aristo recogido en el Digesto por Ulpiano: D. 2,14,7,2. En él se señala la diferencia entre contratos nominados e innominados, y como éstos resultan obligatorios desde que concurre una causa. Dalla Massara, en contra de la que sigo

considerando interpretación dominante, que él ya ha impugnado en numerosos trabajos anteriores, plantea que la mención a la causa no alude en ese pasaje a la *datio* o el *factum* previo que fundamentaría la obligatoriedad de los llamados contratos reales innominados, sino al mero hecho de la existencia del *synallagma*, que tornaría obligatorio el negocio. Reconozco que, por más que sugerente, no me parece sostenible este punto de vista, que entrañaría pasar por alto la doctrina de los contratos reales innominados, bien expuesta por Paulo –un siglo más tardío que Aristo– en D. 19,5,5: resultaría en extremo sorprendente y casi contradictorio que este último texto, posterior al anterior, siguiese predicando el carácter real de esos contratos mientras que Aristo, un siglo antes, hubiese obrado ya su caracterización consensual. En realidad, no puede ocultarse que dalla Massara está buscando introducir en Derecho romano el concepto de causa de Betti (véase las pp. 47 y siguientes, muy ilustrativas), forzando una interpretación en que la simple función conmutativa del negocio le presta valor obligatorio. A mi juicio, y pese al esfuerzo constructivo de esta interpretación –nacida en Italia, pero que comienza a ganar adeptos en nuestros lares–, la realidad de los textos más parece indicar que, como ha sostenido la romanística desde los tiempos de Accursio, la mención a la causa en el pasaje de D. 2,14,7,2 no alude a otra cosa que a la prestación de una parte que torna obligatorio el pacto hasta entonces privado de acción. Dicho todo lo cual, no puede restarse calidad alguna al capítulo, por más que restrinja el debate sobre la causa en Derecho romano a ese fundamental texto dejando en penumbra todas las cuestiones suscitadas en torno a la causa de la *stipulatio* y de la *condictio*.

El siguiente capítulo está redactado por Arnaud Paturet, y abandona en parte la perspectiva jurídica para hacer un análisis más cultural y sociológico sobre el sentido de la causa en el mundo romano. Se aborda el sentido honorífico y no obligatorio del don, su origen sacral y religioso, y su expansión al mundo civil, caracterizado por la conmutatividad obligatoria. Supone un muy amable excursus por regiones un tanto orilladas por la perspectiva más técnica del Derecho romano.

El cuarto capítulo de este bloque, dedicado ahora al Derecho medieval, está escrito por otro reputado romanista, Martin Schermaier, catedrático en Bonn, maestro de Albers, y durante muchos años director de la *Savigny Zeitschrift*. Schermaier sigue las pautas habituales en la investigación de la doctrina de la causa en Derecho medieval, siguiendo los magistrales trabajos de Söllner y Dilcher –mucho más conocido el primero que el segundo, pese a estar ambos publicados en el mismo tomo de la *Savigny Zeitschrift*–, así como las aportaciones previas y posteriores: bien puede decirse que Schermaier tiene la virtud de agotar las fuentes secundarias, sin olvidar las españolas, como el excelente trabajo de Guzmán Brito. Schermaier vuelve a los textos del *ius commune* manejados por todos esos autores, y aporta otros más, volviendo a poner de manifiesto que la causa nació en ese periodo del Derecho, como un elemento que permitía consolidar o afianzar la *promissio simplex*, que los autores canónicos tenían por obligatoria sin necesidad de refuerzo alguno. Esa exigencia de causa de la obligación, introducida por Baldo en el Derecho canónico, se consolidó en ese ámbito. Pero es mérito de Schermaier demostrar, en contra de las fuentes aportadas por Söllner, que los autores del *ius civile* siguieron hasta finales del siglo xv aferrados al dogma «ex nudo pacto non oritur actio», rechazando por tanto un consensualismo que, aliado con la causa, comenzaba a expandirse por el Derecho medieval.

El quinto capítulo del bloque histórico, escrito por el alemán Klaus Kowalski, se dedica al Derecho moderno y al Derecho natural, y expone la evolución de un consensualismo que parte de Luis de Molina y, a través de Lessius, que recibió toda su influencia, es asumido por Groccio y Pufendorf. Vuelven de ese modo a ponerse de manifiesto, como ya han subrayado muchos estudiosos de autores del norte de Europa, las profundas raíces que la escuela protestante de Derecho natural tiene en la segunda escolástica española. No deja, en tal sentido, de ser un tanto lamentable que los estudios sobre esos autores españoles se estén desarrollando fuera de nuestras fronteras, mientras la doctrina iushistórica y iusfilosófica nacional más parece centrada en cuestiones al uso, muchas veces impulsadas por modas políticas pasajeras, de mucha menor trascendencia.

El siguiente capítulo de ese bloque está escrito por el italiano Andrea Maria Garofalo, y lleva el expresivo título «Itinerari della causa dal Code civil del 1804 al Codice civile del 1942». Se trata de un buen estudio de la codificación francesa, arrancando de Domat y Pothier, para ir a través de la escuela de la *exégésis* a la recepción de la causa en el *Codice* de 1865 y de 1942. Se destaca el papel desempeñado en este último por Emilio Betti, y su concepción restrictiva de la causa como función económico-social. Se consigue con este capítulo y el anterior ofrecer una versión tendencialmente completa de la configuración de la causa en los sistemas latinos, por más que hay que reconocer que quizá se echa en falta una mayor profundización en los textos de autores como Connanus, Voet o Heineccius que, muy cercanos a lo que antes he llamado «conmutativismo», tuvieron una enorme influencia en la expulsión de la donación del ámbito contractual.

El siguiente capítulo, de nuevo escrito en italiano, es obra de Francesca Bartolini, y relata brevemente los avatares de la doctrina italiana posterior al *Codice civile* de 1942. Como ya he mencionado y como la autora no quiere silenciar, la asunción por él del concepto de causa como función económico-social estuvo muy ligada al momento histórico del fascismo en que se redactó la obra. A partir de ahí, la doctrina italiana ha tenido que hacer numerosos esfuerzos para intentar desprender al concepto de esos orígenes –a mi juicio, no siempre con éxito–: intentando introducir el concepto de causa concreta y rebajando los límites que la visión objetivista de la causa impone a la autonomía de la voluntad. El capítulo representa por tanto una aportación muy interesante de la que debiera tomar nota una doctrina española siempre muy cercana a los influjos del *Codice*.

El octavo y extenso capítulo es de nuevo obra de la pluma de Gregor Albers, y narra con profundidad y detalle la primera recepción y posterior rechazo de la doctrina de la causa en el mundo jurídico alemán. Desde los primeros intentos de asimilación del *Code civil*, sobre todo en las regiones del Rin, en la que los autores tendieron a aceptar o silenciar el concepto, hasta el desplazamiento de la causa de la obligación al campo del derecho del enriquecimiento, operada por influjo de Savigny en las obras de Liebe, Puchta y Gneist: en ellas se entendía que la figura solo podía operar un control *ex post* de los desplazamientos patrimoniales injustificados. Pero si ese rechazo de la causa y su remisión al campo del enriquecimiento parecía aplicarse sobre todo a las adquisiciones reales, Bähr logra trasladarla también al ámbito obligacional, sosteniendo también la posibilidad de declaraciones obligatorias puramente abstractas, como el reconocimiento y la promesa de deuda, luego recogidos en los §§ 780 y 781 BGB, en los que la falta de causa de la obligación no provocará su directa ineficacia, sino su posible

impugnación por vía de las acciones de enriquecimiento, que penetran así en el plano obligatorio. En ese contexto, y aunque resulte sorprendente para el lector español –e incluso, como Albers pone de manifiesto, para el alemán actual–, la comisión redactora no entendía de modo general que el sistema obligatorio que establecía fuese abstracto, sino que la abstracción se limitaba a esos negocios recién citados, mientras que el resto de contratos se consideraban causales, por más que sin expresar con claridad en qué consistía esa caracterización.

El último y extenso capítulo del bloque histórico está escrito por Birke Häcker, y supone una incursión en el instituto inglés de la *consideration*, operado en cierto paralelo con la causa, y centrándose en sus orígenes históricos y en su empleo como remedio en casos de *frustration* del contrato. Häcker analiza cómo la existencia de una *consideration*, al comienzo entendida como cualquier razón justificativa de la obligación, nació como un requisito que fue exigiendo la jurisprudencia del siglo XVI a fin de aceptar la extensión de la *action of assumpsit* a la reclamación de cualquier obligación contractual. Pero a partir de ahí los propios tribunales continuaron la evolución, exigiendo que esa razón obligacional contuviese un cierto elemento de reciprocidad, y expulsando la mera intención liberal y remuneratoria del ámbito de la *consideration*. Puede decirse que en torno a 1840 se ha fraguado esa reducción del concepto, de forma que las promesas de donación carecen de fuerza obligatoria en la medida en que no vengan reforzadas por un documento formal (*deed*) que les otorgue carácter vinculante. A la vez, esa aparente rigidez ha ido luego siendo objeto de relajación, hasta el punto de admitirse como *consideration* cualquier posible contraprestación, hasta de ínfimo valor, que justifique la promesa: en tal sentido ha hablado Treitel de un «invented consideration», como un subterfugio nominal que permite cumplir los requisitos formales de la institución. En una segunda parte del trabajo, Häcker desplaza el punto de atención de la *consideration* como requisito para el nacimiento de la obligación a su eficacia como fundamento de los desplazamientos patrimoniales. La *failure of consideration* se convierte así en concepto central del derecho inglés de restituciones, amparando acciones de enriquecimiento y desvinculación en caso de alteración sobrevenida de las circunstancias o *frustration*. El paralelismo entre esos conceptos y el derecho continental de enriquecimiento abre la puerta a un tratamiento paralelo de la materia.

Con todo ello finaliza la extensa parte histórica, que comprende más de un tercio de la obra, y que he querido analizar con mayor detalle. La segunda, algo más breve, está dedicada a aspectos que tienen que ver con la causa como elemento necesario para la validez o eficacia del contrato en el momento de su conclusión. El primer capítulo de esta parte lo escribe en inglés de Dorothe Perrouin-Verbe, y en él aborda diversas cuestiones entrelazando los ordenamientos francés, inglés y alemán: el control de legalidad a través de la causa, y el control del contenido contractual, tanto en caso de imposibilidad de cumplimiento como de ilegalidad de cláusulas particulares. Personalmente creo que la heterogeneidad de cuestiones, en un capítulo valioso, pero algo más breve que el resto, impide una visión de conjunto de los problemas. El segundo capítulo de esta parte está escrito por Elena Gianozzi, profesora de historia del Derecho en Reims, que vuelve hacia el Derecho romano y los requisitos de validez de ciertos contratos en relación con su causa: la regla *sine pretio nulla venditio est*, la necesidad de causa o motivo en la estipulación y el requisito de causa en los innominados, ya tratada por dalla Massara, y sobre cuyas tesis la autora prefiere no tomar posición explícita.

En el siguiente capítulo el profesor de Estrasburgo Samuel Fulli-Lemaire aborda desde otra perspectiva, más cercana al Derecho francés anterior a la reforma de 2016, las funciones de la causa, distinguiendo entre la causa de la obligación, útil a efectos de tipicidad contractual y exigencia de contraprestación, y la causa del contrato, creada por la jurisprudencia francesa para controlar la legalidad o moralidad de los fines del negocio. El autor reconoce que esa ambivalencia de conceptos y funciones, a la par que la acumulación de sutilezas y excepciones, ha sido probablemente el motivo de la supresión del concepto en la modernización del Derecho de obligaciones llevada a cabo en el país vecino. A continuación se recoge un capítulo en el que Ralf Treibmann aborda los mecanismos de que se sirve el Derecho alemán para instrumentar las funciones que tradicionalmente cumple la causa en los sistemas causalistas: el control de la licitud y moralidad del contrato (§§ 134 y 138 BGB), la posible abstracción de la causa en las promesas unilaterales de las que ya hablamos al referirnos a la aportación histórica de Albers (§§ 780 y 781), la exigencia de documentación notarial de la promesa de donación (§ 518). El autor, inteligentemente, vuelve a plantear en las páginas finales la función de la causa como correctivo de la voluntad individual, y la alternativa de soluciones e instrumentos que para ello ofrece un ordenamiento que, como el alemán, no menciona la causa como requisito contractual.

En el siguiente capítulo, el quinto de esta parte (por cierto: se echa en falta una numeración de capítulos que haga más fácil su seguimiento), Andrea Maria Garofalo y Francesco Paolo Patti abordan una visión muy completa de las funciones que se han atribuido en general a la causa en el Derecho italiano: control de la existencia de contraprestación o motivo, control de la razonabilidad del negocio, control de su licitud o posible fraude, pero también criterio clave de la interpretación contractual y de su clasificación como típico o atípico, oneroso o gratuito. El bloque se cierra con una aportación en la que Kristin Boosfeld hace una detallada incursión en el Derecho inglés para exponer los instrumentos paralelos a la causa que allí se manejan: la ya conocida *consideration*, pero también la *illegality* que controla la moralidad y legalidad de las prestaciones y el *common mistake* que instrumenta ciertos problemas de imposibilidad del objeto o del fin del contrato.

La tercera parte del libro se refiere al cambio de circunstancias, e intentaré resumirla brevemente. El primer capítulo, obra de nuevo de Francesco Paolo Patti, hace una apretada síntesis de los problemas del cambio de circunstancias en el Derecho inglés, alemán, francés e italiano, apuntando a que el concepto de *causa contractus* permite distinguir aquella alteración que, por afectar al núcleo esencial de la finalidad contractual, debe dar lugar a una renegociación o resolución del contrato, y aquellos en que la alteración se refiere a elementos accesorios que no deben dar lugar a esos remedios. Luego Manuel Grasso desarrolla perspectivas de Derecho romano en esta materia, demostrando que dicho Derecho no fue tan absolutamente ajeno al problema de la alteración de las circunstancias como a veces ha tendido a pensarse. A continuación, Perrouin-Verbe se ocupa de esa materia en el Derecho francés, anterior y posterior a la reforma, exponiendo las ventajas y riesgos de la norma que al respecto ha introducido el nuevo artículo 1195 del *Code civil*. Gregor Albers se ocupa luego, en un amplio capítulo, de la misma materia en el Derecho alemán, mostrando que la solución no solo viene por el § 313 BGB, introducido en la reforma de 2002, sino que en

muchos casos ya se articulaba y puede seguir articulándose a través de la frustración del fin de la *datio* prevista en el § 812. I.2 BGB. Francesco Paolo Patti hace lo propio, también de modo extenso, para el Derecho italiano, explicando y exponiendo los fundamentos de los artículos 1467-1469 del *Codice*, en los que se aborda la materia, y como dichas normas encuentran su fundamento en la doctrina de la causa concreta y de la presuposición, ambas de creación jurisprudencial: la voluntad del legislador italiano, expresada en 2019, de llevar a cabo una reforma del *Codice* que incluya estas materias, deja en cierta indefinición el camino que se seguirá en el futuro. Esta parte se cierra con una aportación de Francesco Mezzanotte sobre la doctrina inglesa de la *frustration*.

El último bloque del libro se dedica al llamado *Future of causa*. La primera aportación de esta parte esta representada por un breve ensayo escrito en común por los tres coordinadores de la obra en la que, describiendo la situación actual de la causa y su supresión en el Derecho francés, no muestran sin embargo pesimismo por su futuro en Europa: la *causa contractus* es, según ellos, un instrumento válido y necesario, y el concepto una especie de hidra de muchas cabezas que reaparece cuando se la daba por enterrada. A partir de ahí se recogen cuatro estudios particulares, de Thomas Genicon, Elena Bargelli, Horst Ehmann y Simon Whittaker en que se desarrollan perspectivas y virtualidades que la causa presenta en sus respectivos ordenamientos. Si Genicon y Bargelli se centran sobre todo en el futuro de la institución, Ehmann y Whittaker abordan más bien el papel que está siguiendo desarrollando en el Derecho inglés y alemán, sea por vía de las acciones de enriquecimiento y la *frustration*, sea a través de otras instituciones conexas. El libro se cierra con un extenso índice de fuentes, tanto legales como jurisprudenciales.

Es la hora de realizar una valoración y está debe ser clara: la obra es de extraordinaria valía, y representa un esfuerzo de clarificación de un concepto central del Derecho europeo de contratos. El análisis llega a alcanzar cada una de las facetas de la institución en los ordenamientos tratados. Lógicamente, más allá de coincidencias o divergencias doctrinales con las tesis defendidas por los autores de los capítulos, no faltan posibles críticas o perspectivas que quedan inacabadas, y algunas he mencionado: una obra colectiva siempre deja lagunas y posibles zonas grises, y el tratamiento de ciertas materias resulta más profundo que el de otras. Pero todo eso no quita que el lector quede impresionado por el caudal de conocimientos aportados, y la profundidad de los argumentos manejados. Si a eso se le suma la habitual pulcritud en la presentación que la editorial Mohr Siebeck acostumbra, bien puede decirse que el producto está particularmente logrado. No cabe sino confiar en que el ejemplo se difunda y empiecen a surgir más estudios de este tipo: si se quiere realmente consolidar una ciencia del Derecho privado europeo, es hora de dejar de lado los trabajos expositivos de Derecho comparado o los apresurados intentos de armonización, y dar paso a estudios de detalle que aborden en profundidad las instituciones centrales de nuestra tradición jurídica.

Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

CASANOVA ASENCIO, Andrea Salud: *Retraso, mora y Nachfrist en la modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 424 pp.

Vivimos unos tiempos, desde el punto de vista bibliográfico, aparentemente boyantes para la doctrina civilista –en general sucede lo mismo, es algo compartido, nos parece, en otras disciplinas–. Esta bonanza a la que nos referimos es básicamente cuantitativa: nunca se ha publicado tanto. A favor de este número elevado de publicaciones operan distintos factores, además de lo más elemental: la evidente agilización y facilitación, por los avances técnicos producidos, del proceso industrial de edición y de impresión. Entre tales factores, sin duda, es muy determinante el modo en el que está concebida la carrera académica, tanto el acceso a la misma como, sobre todo, el progreso en el seno de ésta. Es notorio que el sistema de acreditación existente, a base de acumulación de méritos, ha propiciado esta inflación bibliográfica. Hace tiempo que ha triunfado el cuánto y el dónde (se publica) sobre el qué (se publica). Esto tiene unos efectos negativos igualmente evidentes. Los civilistas, nos tememos, cada vez leemos menos; ciertamente, en buena medida, por sentirnos apabullados, prácticamente atropellados, ante un inabarcable número de novedades, en crecimiento continuo, que lleva a preguntarse algo tan básico como por dónde empezar. Consecuencia directa de esto es también una deriva hacia la especialización monográfica altamente empobrecedora desde el punto de vista intelectual, ya que se lee solo aquello que pertenece al campo específico y concreto en el que cada uno nos hemos especializado. El efecto innegable de todo ello es una generalizada y perceptible bajada de calidad de lo que se publica –de lo mucho que se publica–, hasta el punto de que hay que pensar que no son raros, entre nosotros, quienes acumulan un mayor número de publicaciones propias que de lecturas.

Ante este panorama (cuyo diagnóstico a algunos seguro que les parecerá exageradamente pesimista), un libro como el que aquí reseñamos nos parece que ha de ser saludado, por su calidad, como una buena noticia. Antoine Compagnon señala que la labor de los críticos, lo que el público lector espera de ellos, es que simplemente digan cuáles son los buenos libros y cuáles los malos; en definitiva, aclara de inmediato, que los juzguen, que separen el grano de la paja y que fijen el canon. Por supuesto, y también lo apunta este gran maestro de la crítica literaria, su valoración ha de ser argumentada y no estar basada solo en juicios subjetivos. Cumplimos por tanto con nuestro cometido afirmando que *Retraso, mora y Nachfrist en la modernización del Derecho de obligaciones*, de Andrea Salud Casanova Asencio es una excelente monografía, un juicio que sostendremos debidamente motivado. Esta valoración tan favorable, es innecesario advertirlo, no significa que no haya cosas en el libro con las que no estemos de acuerdo, conclusiones que no compartamos y otros aspectos que nos parezcan criticables en el mejor sentido. Todo ello no obsta, insistimos, más bien al contrario, el juicio positivo y encomiástico que acabamos de emitir.

La obra que nos entrega la Doctora Casanova Asencio, aunque nada se dice en la presentación del Profesor Ataz López, ni en la introducción de la propia autora, tiene su origen, como delata Dialnet, en la tesis doctoral que ésta defendió en la Universidad de Murcia en 2020 con el título *La regulación del retraso en la modernización del derecho de obligaciones: su*

incidencia en el derecho español. Hay que pensar que se trata por tanto de una reelaboración o adaptación (con el objeto de publicarla como monografía) de la memoria que le sirvió para colacionar el grado de doctor. A pesar de todo, creemos que se sigue notando dicho origen (de tesis doctoral) en el libro, tanto para lo bueno (la exhaustividad y la profundidad que alcanza en algunos momentos) como para algunos aspectos que no nos parecen tan positivos. Así, por ejemplo, la estructura –en tres partes y nueve capítulos– es muy propia de ese tipo de trabajos académicos, lo cual, obviamente, no es negativo. Sí nos parece, en cambio, que lastra un tanto el resultado final de la obra el modo en el que la autora retuerce a veces el texto y lo sobrecarga acaso excesivamente, llegando a ser un punto agotador, no solo, dicho con un poco de ironía, del tema sino del lector. Es propio de los doctorandos (de los buenos doctorandos, como es el caso sin duda que nos ocupa) demostrar lo mucho que saben del tema (su tema, no se olvide) y de las cuestiones secundarias que derivan de éste, cuyo tratamiento en extenso no siempre está del todo justificado. Es algo que puede ser comprensible en una tesis pero que debe tratar de moderarse en la publicación que se realiza a partir de ésta. El resultado en este caso, como decimos, puede llegar a ser un poco excesivo y hasta premioso en ocasiones, obligando a la autora a continuas llamadas de atención para que no se pierda el hilo conductor del texto.

En cuanto al tema tratado –al que creemos que el título asignado al libro no se le ajusta del todo–, lo sintetiza muy bien Joaquín Ataz en la excelente presentación (a la altura de la calidad de la obra) a la que ya hemos aludido. Éste no hace más que eso, presentar, con justeza y medida –en dos páginas y media y en ocho párrafos; bueno es decirlo ahora que existen tantos aficionados a contarlo todo–, a la autora y al tema desarrollado, destacando los riesgos y las dificultades de éste, que no duda en calificar de auténtico «campo de minas» conceptual. Así, en pocas líneas, describe perfectamente tales dificultades, muchas de ellas conocidas, ya que se trata de una cuestión clásica: la del abordaje del retraso en el cumplimiento de la obligación, el también llamado cumplimiento tardío, un auténtico «inquilino incómodo», así lo denomina, del edificio del Derecho de obligaciones. Dichas dificultades, las que acompañan a este tema, se habrían visto aumentadas en los últimos tiempos por un intenso (y parece que inacabable) debate en torno al concepto de incumplimiento. El tratamiento desfasado e indulgente que recibe la cuestión del retraso en el Código Civil (concebido para un mundo «lento y pausado» que ya no existe, que prácticamente no existía cuando éste se promulgó a finales del XIX), justifica y hace necesario un replanteamiento de dicha regulación, que pasaría necesariamente por reconocerle consecuencias jurídicas más allá de que, como se prevé hasta ahora, por el acreedor se haya constituido en mora al deudor. En dicho replanteamiento, fundamentalmente indagando posibles soluciones y distintos modos de enfrentar la cuestión inspiradas a partir del llamado «movimiento de modernización del Derecho de obligaciones», es en lo que se emplea –y de qué modo, hay que decirlo– la autora.

En efecto, el núcleo principal de la monografía, el mayor esfuerzo por parte de la Doctora Casanova, está dedicado al tratamiento del retraso en los que denomina textos de modernización del Derecho de obligaciones. De ello se ocupa de forma amplia (quizá de un modo un tanto excesivo y hasta un poco reiterativo por momentos, como ya hemos señalado), principalmente en la segunda parte del libro, compuesta por cuatro capítulos, que

constituyen, en número de páginas, prácticamente la mitad de éste (la primera parte, los tres primeros capítulos, tienen un claro carácter introductorio, sirviendo de presentación general de la cuestión). Con un esfuerzo y un despliegue más que notables, realiza un análisis en profundidad del tratamiento del retraso en una serie de textos concretos, agrupados todos bajo la común etiqueta de pertenecer al aludido movimiento modernizador. Dicha etiqueta, como la propia autora reconoce, es manejada en un sentido bastante amplio. Ello explica que el conjunto que conforma finalmente sea un tanto abigarrado –se mezcla el *soft law* con el Derecho efectivo y los textos nacionales con los internacionales de distinta procedencia–, notándose a la postre que la selección está un poco como cortada a la medida. Así, otorgándoles por supuesto distinta relevancia en lo referente al tema tratado, hace desfilar, entre otros, a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena (CISG), los Principios Unidroit, el Proyecto Gandolfi (o Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía), los Principles of European Contract Law (PECL), el Draft Common Frame of Reference (DCFR) o el Common European Sales Law (CESL), junto con la reforma del Code Civil en 2016 o las distintas propuestas españolas de reforma del Derecho de obligaciones y contratos –que con diversa procedencia (la Comisión General de Codificación y la Asociación de Profesores de Derecho civil) se han producido entre 2005 y 2016–, así como el llamado Anteproyecto de Código Mercantil, elaborado también en la Comisión General de Codificación. El análisis concienzudo y pormenorizado que realiza de muchos de estos textos, a partir fundamentalmente del tratamiento que conceden a la mora del deudor, manteniéndola explícitamente o no, o reconociéndola de manera más o menos dudosa, así como de la presencia en los mismos de otros mecanismos relacionados con el retraso, entre ellos, como el más destacado (y extendido), el *Nachfrist* proveniente del Derecho alemán, le permite extraer unas conclusiones con las que armar, con solidez, su propuesta de modernización de la regulación del retraso en el ordenamiento jurídico español, a la que está dedicada la tercera parte del libro, de un claro carácter propositivo.

En los tres restantes capítulos con los que se completa la obra, efectivamente, expone cómo debería ser esta nueva regulación del retraso, moderna y a la altura de los tiempos. La misma pasaría, concluye, por el acogimiento general en nuestro ordenamiento –ahora tiene una tímida presencia por medio del artículo 66 bis TRLGDCU o del libro sexto del CCCat– del *Nachfrist* (ampliamente aceptado por la doctrina y respaldado en las propuestas españolas de modernización), adaptado por supuesto en lo que fuera necesario. De manera inteligente, propone también, por su utilidad, una puesta al día del expediente de la mora del deudor, que consistiría, entre otras cosas, en algo tan actual como adecuarlo a los diversos ámbitos en los que la contratación se desenvuelve (la autora los identifica como la que se da «entre particulares», «con consumidores» y «profesionalizada»), así como la posibilidad de articular un mecanismo híbrido o mixto «*Nachfrist*-mora». En definitiva, apunta, demostrando su buen hacer como comparatista, que la posible implementación del *Nachfrist*, que muchos pretenden que se adopte tal cual, no ha de suponer, más bien al contrario, la desaparición de la mora sino su revitalización, coordinada y ensamblada con éste, en el tratamiento general del retraso.

Además de las consideraciones precedentes, el libro sugiere otras desde su condición genérica de monografía de calidad en el campo del Derecho civil. En este sentido, nos parece destacable, en primer lugar, como ya se ha apuntado, el uso que dispensa al Derecho comparado. La autora demuestra –y se trata de un presupuesto necesario para actuar con solvencia como comparatista– manejarse excelentemente con otros Derechos, principalmente el alemán, por supuesto, como patria de origen del *Nachfrist*, pero también el Derecho francés o el Derecho anglosajón. Pero sobre todo realiza como tal, como comparatista, un ejercicio muy actual, bastante alejado de la idea tradicional del simple trasplante, es decir, del mero préstamo de un mecanismo o de una figura (en este caso, el *Nachfrist*), tal cual y sin realizar las adaptaciones pertinentes, de un ordenamiento a otro.

En segundo lugar, el libro tiene un fuerte componente reivindicativo de los textos que integran el movimiento modernizador del Derecho de obligaciones y contratos. En cierto modo, puede pensarse que funciona también como un manifiesto en pro de su utilidad. Un tanto paradójicamente, es evidente que muchos de estos textos, puro *soft law*, han envejecido y manifiestan claras señales de agotamiento. Su influencia se va reduciendo conforme pasa el tiempo, a pesar de obras como ésta que los rescatan y los mantienen vivos, sirviendo de vía de penetración de lo mucho que todavía seguramente pueden brindar. La autora realiza, en este sentido, un encomiable trabajo de decantación de lo que dichos textos ofrecen sobre la regulación del retraso en el cumplimiento y sus consecuencias. Su labor recuerda, salvando las distancias, a esos buenos trabajos preparatorios prelegislativos, esos que mucho sospechamos, dada la calidad de nuestras leyes últimamente, que cada vez se hacen menos.

Justamente en relación con esto último, lo que nos parece que no queda muy claro, ya que no se acomete por la autora respecto de los textos modernizadores pero tampoco con relación a la propuesta *de lege ferenda* que de algún modo realiza, es la identificación de la realidad práctica a la que ha de aplicarse este renovado Derecho de obligaciones y contratos, y también, en concreto, esta nueva concepción del retraso en el cumplimiento (algo que justificaría la necesidad de dicha renovación, en definitiva). Hubiera sido interesante describir y analizar esa realidad con algo más de detalle y profundidad y no despacharla diciendo simplemente que el mundo ha cambiado porque se ha acelerado. Y es que si se olvida que el Derecho es, que está pensado –debe ser así siempre, ya que solo de este modo tiene sentido– para una realidad (práctica y conflictiva), una monografía como ésta puede terminar derivando hacia un dogmatismo circular y autorreferencial, hacia lo puramente escolástico, algo en lo que puede que se incurra, creemos, en alguno de los pasajes de la misma.

Lo último que acaba de señalarse –una mera opinión, por tanto muy discutible– no resta ni un ápice a la calidad del libro. Su sola publicación, ante el panorama descrito al inicio de esta reseña, reconforta y desde luego nos devuelve a lo mejor de nuestra doctrina civilista, en la que, por esta meritoria y destacada aportación, hay que considerar ingresada a la Doctora Casanova Asencio.

César HORNERO MÉNDEZ
Profesor contratado doctor de Derecho civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

INFANTE RUIZ, Francisco José: *El aprovechamiento injustificado como vicio del consentimiento. Análisis desde la doctrina de la undue influence del Derecho inglés*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 220 pp.

He leído con gusto «El *aprovechamiento injustificado* como vicio del consentimiento. Análisis desde la doctrina de la *undue influence* del Derecho inglés» que ha publicado recientemente mi estimado colega Francisco J. Infante Ruiz. He discutido con Fran Infante muchas veces en el pasado y, tras la lectura de este libro, creo que no vamos a perder esta sana costumbre.

Como es sabido, en el *common law*, la *undue influence* se suele estudiar al lado de la *duress*. Esta última figura equivale al vicio de la voluntad que entre nosotros llamamos violencia/intimidación, mientras que la *undue influence* siempre se ha puesto en conexión, desde un punto de vista comparado, con la idea de lo que entre nosotros es la captación de la voluntad y con el llamado temor reverencial¹. En el *common law*, la *undue influence* permite anular el contrato en casos en los que la voluntad de una de las partes ha sido captada por quien estaba con ella en una relación de confianza o superioridad. Se trata de casos que pueden resultar más o menos difícilmente encuadrables en la violencia/intimidación, especialmente si es tan rígida como es la *duress* de los ingleses. Los ejemplos clásicos de *undue influence* son los negocios celebrados entre pupilos y tutores, entre marido y mujer, los celebrados entre el abogado y el cliente, etc. Son casos que, entre nosotros, han sido encauzados a veces por medio de prohibiciones legales, autorizaciones o regulaciones especiales (cfr. art. 1459, antiguo art. 271 para el tutor, actual art. 287 para el curador y, para testamentos, arts. 681 y 682 CC;) y que, mucho más recientemente, se pueden poner en relación con los cada vez más difundidos deberes de información establecidos en beneficio de los consumidores, por ejemplo, en contratos financieros. Desde un punto de vista general, sin embargo, esas situaciones se colocan en nuestro sistema entre la intimidación y dolo.

La *undue influence* del *common law* de Inglaterra y Gales –su significado, su funcionamiento y su posible interés para el desarrollo del Derecho privado desde un punto comparado– es la figura que estudia el libro que voy a comentar. Empezaré con algunas observaciones relativas a la estructura del trabajo, seguiré destacando los puntos en los que estoy plenamente de acuerdo con las opiniones del autor y cerraré con algunos comentarios en los que no estoy tan conforme.

1. La estructura: el trabajo comienza con una introducción, en la que se da una primera aproximación a la noción de *undue influence* y se advierte que el orden que se va a dar al libro no es el ortodoxo. En efecto, la falta de ortodoxia se percibe pronto cuando, en el segundo capítulo, se recogen las enseñanzas de los comparatistas para destacar una sedicente rigidez en la arquitectura tradicional de los vicios de la voluntad del Derecho civil continental. Es un capítulo breve, en el que la descripción de la realidad que se hace por los comparatistas que se citan creo que suena un poco acartonada, puesto que, como el propio libro deja claro más adelante, el sistema de vicios del consentimiento en nuestro Derecho (dolo e intimidación/violencia, por lo

¹ Así lo destaca entre nosotros DE MALLOL, «Los vicios del consentimiento contractual en Derecho comparado», RIDC, 1960, p. 112 y, en Italia, DEL PRATO, *La minaccia di far valere un diritto*, Padua, 1990, p. 97 n 133. También en Italia hay un estudio específico sobre esta materia: TEDESCHI, «Timore reverenziale e influenza indebita», Riv. Dir. Civ., 1983-II, p. 128 ss.

que nos importa) es en la actualidad bastante flexible y puede hacerse cargo sin demasiada dificultad de algunos casos de los que en el sistema inglés se solucionan con la *undue influence*. La impresión que deja al lector este capítulo es que los comparatistas que se citan están estudiando o describiendo una realidad práctica y viva desarrollada por los jueces del *common law*, para compararla luego con la realidad estática del Derecho civil contenido en los códigos. En la disputa entre la vida y un libro (el código), naturalmente, gana la primera por goleada, pero es porque se ignora –creo que injustamente– que la vida entra en los sistemas de Derecho civil de la mano de la doctrina y la jurisprudencia. Los comparatistas citados parecen olvidar que el Derecho civil (continental) no es solo el código civil de cada sistema. Así planteada la comparación, el Derecho civil continental pelea con una mano atada a la espalda y es lógico que salga malparado.

En el tercer capítulo, se traza el desarrollo histórico de la *undue influence* y sus diferencias con la *duress*. En el cuarto, se cierra el foco para estudiar las clasificaciones que se han hecho dentro de la *undue influence* y su funcionamiento concreto. Este capítulo es central en el libro y permite hacerse una muy exacta representación de lo que esta figura es dentro del sistema en que se inserta.

El capítulo cinco aborda algunas figuras que el autor pone en relación con la *undue influence* (usura y buenas costumbres en Alemania, la rescisión por lesión y contrato celebrado en estado de necesidad, en Italia, y las diversas figuras que existen en Francia tras la reforma de 2016). Es también en este capítulo cinco donde aparece una descripción –más prolija– del funcionamiento de las cosas en Derecho español, teniendo en cuenta aquí algunas figuras similares a las recogidas en otros países (la usura de la Ley Azcárate, la rescisión en Derecho navarro y Derecho catalán, o el régimen de auxilio en el mar regulado en la Ley 60/1962) a los que se viene a añadir ahora la figura del dolo, la intimidación y la ilegalidad de la causa.

El libro explica bien en este capítulo dedicado al Derecho español la aparición de la expresión «influencia indebida» en el texto de la Ley 29/2009 de 30 de diciembre por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (art. 8). Destaca el autor que ese texto transcribe literalmente un texto incluido en la Directiva que traspone y que dicho texto es muy amplio, quizá porque se dirigía también a algunas jurisdicciones de *common law* (en aquella época, la Directiva también se dirigía al Reino Unido). La Directiva, al igual que la propia Ley 29/2009, no pretende hacer modificaciones en el Derecho contractual de los Estados miembros, con lo que el término «influencia indebida» queda un poco en el limbo de un supuesto de hecho relevante sin una consecuencia jurídica clara. En esa situación, el libro propone solucionar los supuestos a los que alude esa «influencia indebida» con nuestro tradicional vicio de la intimidación. El autor explica aquí, con toda corrección, que la situación de presión bajo la que el consumidor decide encaja bien en la situación a la que típicamente responde la intimidación regulada en nuestro art. 1267 CC.

También se explica bien en el libro la aparición de la «influencia indebida» y el «abuso de influencia» que se recoge ahora en el Fuero Nuevo de Navarra (Ley 21, introducida por Ley Foral 21/2019). Aquí la cercanía con la figura inglesa es más intensa, puesto que lo quiere evitar el legislador navarro es la captación de la voluntad de los adultos mayores por parte de sus cuidadores.

Se explica a continuación con claridad el art. 621-45 del Código Civil de Cataluña, que menciona la idea de «especial relación de confianza», pero lo

hace en una figura que apunta más bien a la naturaleza rescisoria del remedio. La figura se pone en relación con la tradicional figura de la *laesio ultra dimidium* del Derecho histórico catalán y con figuras similares que se pueden encontrar en algunos textos de *soft law* en relación con el aprovechamiento de la debilidad ajena. Por ello, se explica en el libro que se trata de un vicio «híbrido» que, sin embargo, mira más bien a remedios propios de la rescisión.

El libro dedica también algunas páginas al estudio de los abusos e influencias indebidas en el ámbito de la Ley 8/2021 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. Se explica que, una vez que la voluntad de la persona con discapacidad pasa en esa ley a primer término, los problemas de «influencia indebida» –de captación de la voluntad, podríamos decir, con un término bien conocido entre nosotros– pasan a ser cuestión muy relevante. Se explica que la ley impone deberes para garantizar la formación libre de la persona con discapacidad (lo que no deja de recordar a la idea anglosajona de prestar atención a si se tiene o no acceso a consejo independiente) pero que, con todo, la idea de «influencia indebida» no coincide con la idea anglosajona de la *undue influence*, sino que más bien se trata –en opinión del autor– de uno de los *términos jurídicos indeterminados* que el legislador utiliza. En efecto, se explica bien en el libro que la figura de la «influencia indebida» no alude en la mencionada ley a un vicio de la voluntad ni a una figura rescisoria, que no hay una consecuencia jurídica clara cuando aparecen problemas con esa *influencia* y que, en cualquier caso, no aparecen por ningún lado los requisitos que se exigen en la auténtica *undue influence* de los anglosajones.

El capítulo 6 se centra en la aparición o influencia de la figura en los textos recientes de *soft law* y en las propuestas de reforma de nuestro propio Código Civil, señalando siempre los distintos enfoques posibles, entre lo que es un vicio de la voluntad y los remedios que se fijan en el resultado más o menos justo del intercambio entre las partes.

2. Respecto a las observaciones más de fondo, voy a recoger ahora algunos puntos en los que mi acuerdo con el autor es completo y sobre los que me gustaría proponerle alguna observación complementaria, para seguir luego con algunos otros en los que mi opinión es más bien crítica.

Desde el primer punto de vista, destacaría que el autor deja claro que la figura inglesa de la *undue influence* ha de manejarse con cautela, puesto que la expresión «influencia indebida» que literalmente la traduce ha sido empleada en nuestro Derecho con significados muy variados. Desde un sentido muy próximo a la figura inglesa de la *undue influence* que –como hemos visto– maneja el Fuero Nuevo desde 2019, hasta un sentido muy amplio, diferente y vago que se emplea en la también citada 29/2009 de 30 de diciembre sobre competencia desleal y publicidad. Por ello, es muy de agradecer la propuesta del autor de emplear el término –quizá menos intuitivo, pero unívoco– de «aprovechamiento injustificado» para referirse a la figura inglesa de la *undue influence*.

El planteamiento anterior permite al libro dejar clara la diferencia que hay entre dos figuras que son muy distintas y explicar, por otro lado, que es desaconsejable seguir la línea de algunos sistemas o doctrinas que intentan superar esa distinción por medio de su refundición en una única figura. El autor demuestra así, que es incorrecto tratar de combinar la figura de la *undue influence*, que es una figura de vicio de la voluntad que –por tanto– responde lo que se ha llamado *justicia procedimental* (el resultado del acuerdo entre las partes es correcto, si correcto ha sido el procedimiento por medio del que

se ha formado: *volenti iniuria non fit*), con las ideas que subyacen en otras figuras de reciente aparición en algunos Códigos, propuestas y textos de *soft law* relacionadas con la justicia material del intercambio (figuras relacionadas con la rescisión por lesión, la usura en sentido amplio, la ventaja excesiva o el grave desequilibrio del intercambio entre las partes).

Con total claridad, el autor destaca que una cosa es que la obtención de una ventaja inusual pueda ser examinada como cuestión relevante en una figura que permite impugnar un contrato, pero que es otra cosa muy distinta que la figura, como tal, responda a la necesidad de corregir un desequilibrio contractual en sí. Tropezar en esta piedra es lo que permite meter en el mismo saco las figuras de vicios de la voluntad y las figuras basadas en la justicia material del intercambio que hemos mencionado en el párrafo anterior. Así, queda claro en el libro que en la *undue influence* se puede examinar si la operación impugnada es muy desventajosa para la víctima o es exageradamente ventajosa para la otra parte. Ese examen se hace para determinar si se cumple con uno de los requisitos de la *undue influence* inglesa que consiste en preguntarse si la operación impugnada «requiere una explicación»; examinar esa cuestión es lo que permite concluir que, si la operación no se explica por alguna razón plausible, la única posibilidad restante –como diría S. Holmes– tiene que ser la verdadera: en el caso, la voluntad de la víctima ha sido captada por la otra parte. Pero lo que me interesa destacar es que, sea esto como sea, el autor deja claro que el carácter materialmente injusto del contrato celebrado no es la razón por la que el contrato es anulable y tampoco es la razón que explica la *undue influence*. Algo parecido sucede en algunos casos de la llamada intimidación económica (*economic duress*): el carácter materialmente injusto del intercambio es indicio de que la voluntad de la víctima fue arrancada mediante amenazas, pero la figura no se acerca por ello a la idea de rescisión por lesión, lo que es aquí especialmente claro si –como señaló Fernando Pantaleón hace algún tiempo– el asunto se ve desde el punto de vista de la alteración de la base del negocio que se amenaza con incumplir. Detenerse en este requisito del intercambio injusto, que es lo que llama más la atención en una primera aproximación a estos casos, es cierto que puede dar una sensación de facilidad y alivio, pero abre la puerta a planteamientos que son heterodoxos en el Derecho privado tradicional.

El libro demuestra que también entre nosotros se han dado casos similares a los que en el Derecho inglés se solucionan con la doctrina de la *undue influence* y que, el tratamiento doctrinal y jurisprudencial de esos casos se realiza sin demasiados problemas por medio de una idea amplia de dolo y por medio de la intimidación. Recuerda el profesor Infante que esa idea amplia de dolo había sido sugerida ya por don Federico de Castro, de manera que el dolo no incluiría solo los casos de manipulación de información para lograr el consentimiento de la víctima, sino que también incluiría maniobras de otro tipo para obtener una «captación ilícita de la voluntad», en expresión de A. M. Morales Moreno que recoge pertinentemente el autor. Además del dolo y de la violencia o intimidación, también se han intentado en España otras vías que no han dado tanto juego por el momento (ilicitud de la causa). El libro contiene un exhaustivo estudio jurisprudencial sobre este punto que es muy de agradecer.

En la exposición del Derecho inglés que se hace en el libro sobre la *undue influence*, se pueden ver algunos casos interesantes –menos frecuentes en nuestra práctica–, como son los casos de garantías prestadas por familiares y amigos del deudor que se impugnan luego por el garante sobre la base de la captación de su voluntad y, por otro lado, algunos casos relacionados con

donaciones entre parientes cuya voluntariedad también se pone en cuestión. Esta desarrollada experiencia jurisprudencial inglesa plantea el desafío de estudiar cómo se resolverían esos casos entre nosotros.

Frente a algunas descripciones más esquemáticas del sistema de Derecho civil continental que se encuentra en las opiniones de algunos comparatistas citados en el libro (Zweigert/Kötz, Cartwright), el libro aclara convenientemente en el capítulo correspondiente al Derecho español que también entre nuestros autores más respetados está presente la visión de los vicios de la voluntad, no tanto como problemas de pureza de la voluntad en sentido estricto –como se plantearían las cosas en tiempos del dogma de la autonomía de la voluntad–, sino como soluciones a situaciones de conflicto entre las partes. Ese punto de vista permite sin mayor problema atender a los dos lados del conflicto entre las partes.

Ya hemos recogido la muy extendida idea de que la *undue influence* aparece históricamente en los tribunales de *equity* como reacción al carácter muy exigente de los requisitos necesarios para apreciar la concurrencia de violencia/intimidación (*duress*) en el *common law* de Inglaterra y Gales. En este sentido, es muy impresionante el dato señalado por el autor de que, hasta la década de 1970, los tribunales ingleses utilizaban un concepto de *duress* tan exigente que solo se daba relevancia a las amenazas dirigidas contra la persona o bienes (propiedades) de la víctima. Con todo, lo cierto es que esa situación representaba históricamente un progreso respecto de situaciones anteriores en las que solo ciertas amenazas especialmente graves dirigidas contra la persona de la víctima eran tenidas en cuenta². De esa manera, la amenaza de ser apaleado no era relevante para anular un contrato y, lógicamente, tampoco lo era la amenaza dirigida contra las propiedades de la víctima. Paulatinamente, se admitió este último caso, a través de la llamada *duress of goods*, y se fue ampliando así el campo de aplicación de esta figura, en detrimento del campo ocupado hasta entonces por la *undue influence*. Desde ese punto de vista, está claro –y el libro recoge la idea– que la relajación de los requisitos de la *duress* ha llevado a que ésta ocupe parte del espacio en el que la *undue influence* había proliferado hasta ese momento. Es una pena que el estudio se centre en el *common law* de Inglaterra y Gales, puesto que ese proceso ha sido más completo en el *common law* estadounidense al que el libro apenas presta atención y ofrece interesantes desarrollos que son envidiados en secreto por la mejor doctrina inglesa.

3. Hasta aquí, he destacado los puntos que me parecen básicos de este libro y en los que comparto la opinión del autor. En otros puntos, sin embargo, el libro me sugiere algunos comentarios más bien críticos y mantengo algunas reservas para con algunas decisiones tomadas por el autor al escribirlo.

Es cierto que el libro describe bien, ya lo he destacado, cómo la *undue influence* se desarrolla para ocupar el espacio que dejaba libre la muy rigurosa visión de la *duress* existente en *common law*. Bien está que en ese sistema la figura pueda, entonces, entenderse como un necesario complemento de la *duress* y que su desarrollo se pueda ver con buenos ojos y como un progreso

² Según Lord Coke, que escribía en el s. XVIII, la víctima podía anular el contrato (a) por temor a perder la vida, (b) por temor a perder un miembro, (c) por temor a sufrir grandes lesiones (que le incapacitarían para guerrear) y (d) por temor a ser encerrado. No podía impugnar el contrato, pues, por el temor a ser apaleado o por el temor a que incendiasen su casa. Véase la cita exacta en DEL OLMO GARCÍA, *La amenaza de incumplir un contrato como vicio del consentimiento*, 2003, p. 16.

del Derecho. Sin embargo, esa visión favorable a la figura que se puede explicar en Derecho inglés no parece que pueda admitirse sin cuestión en nuestro propio Derecho. ¿Es realmente necesario abrir las puertas de nuestro Derecho privado a esta figura, cuando el problema de partida –la rigidez de la *duress*– no se da entre nosotros y la figura amplia del dolo puede ofrecer un tratamiento razonable de los casos problemáticos? ¿No es cierto que la jurisprudencia demuestra que no tenemos problemas de rigidez similares a los que sirvieron de base para el nacimiento de la *undue influence*?

Lo anterior nos recuerda –por si hiciera falta– que cada sistema tiene sus propios mecanismos de evolución y de reacción ante las dificultades que le plantea la evolución de la realidad. La flexibilidad del dolo en nuestro Derecho es uno de los mecanismos que han permitido cubrir la mayor parte de los supuestos que en Inglaterra se encauzan a través de la *undue influence*. Esto es fácil de entender si se destaca que, de los dos elementos de la intimidación como vicio de la voluntad («amenaza ilícita» + «que deja a la otra parte sin otra alternativa razonable que consentir»), la ilicitud es una característica que esa figura comparte con el dolo. Por ello, en casos en los que no está del todo claro que se pueda reunir el segundo requisito de la intimidación porque sea difícil probar que la víctima realmente no tenía escapatoria –decisión tomada en un *estado de necesidad*, que también así puede ser formulado este segundo requisito–, es lógico que el elemento ilicitud que también está presente en el dolo cobre protagonismo. Las dificultades con este segundo requisito de la amenaza no es un problema serio para los jueces españoles –que siempre pueden recurrir al dolo–, mientras que esas dificultades son las que han llevado a los jueces británicos a desarrollar históricamente la *undue influence*. Surgiría, entonces, la pregunta o la curiosidad acerca del tratamiento del dolo en sentido amplio en *common law* y si su ausencia permitiría explicar la decisión adoptada por los jueces anglosajones de desarrollar la tan citada *undue influence*. Pero no hay respuesta para esta inquietud ni en la jurisprudencia ni en la doctrina que se maneja en el libro, que –sin embargo– sí da algunas líneas básicas sobre el papel de la *unconscionability* en este terreno.

Otro mecanismo con el que tradicionalmente se ha modulado el rigor de los vicios de la voluntad es el ajustar el modelo de la persona que lo sufre: no es lo mismo aplicar el módulo del *constantissimus vir* del que hablaban los romanos, que era casi un súper-héroe, para medir si una amenaza era capaz de influir relevantemente en el ánimo de un contratante, que aplicar el módulo tradicional entre nosotros de una persona media atendiendo a la edad, sexo y condición del afectado (cfr. art. 1267. III CC, que ordena atender a la «edad y condición» de la persona amenazada para apreciar la capacidad de influencia de las presiones ejercidas sobre ella). Este elemento o resorte está presente en nuestro Derecho y en los Derechos de nuestra tradición, pero tampoco es especialmente mencionado o tratado por la jurisprudencia inglesa que se resume en el libro.

La facilidad con que se admite entre nosotros –y en muchos de los sistemas de Derecho civil continental de tradición francesa– la relevancia de las amenazas tácitas parece que apunta también a cuestionarse el papel que pueda jugar la *undue influence* en nuestros sistemas. Algunos de los ejemplos de la jurisprudencia inglesa que se recogen en el libro, precisamente, destacan cómo la *undue influence* ha servido de cauce para situaciones en las que la víctima estaba sometida a un estado de dominación (por ejemplo, una esposa bajo el ambiente de desprecio y de maltrato creado por su marido) de la que solo podía escapar prestando su consentimiento al contrato de garantía

que se le exigía. Una situación que recuerda mucho al estado de necesidad desde el que se decide en casos de intimidación y que, como tal, se han abordado en nuestra doctrina sin especial dificultad. De hecho, el autor señala, como ya hemos mencionado, que la intimidación es el cauce que ofrece el Derecho español para dar respuesta a la «influencia indebida» regulada en la Ley 29/2009 de 30 de diciembre por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

El libro se detiene a explicar con atención la experiencia inglesa con la *undue influence* sobre la ficción de que el deudor actúa como agente del acreedor para captar la voluntad de quien da al segundo garantía sobre lo que el primero debe. Por medio de esa ficción, se ha logrado en Inglaterra que el acreedor tenga que soportar la anulación de la garantía bajo una lógica de responsabilidad vicaria (el principal, el acreedor, es considerado co-responsable de lo hecho por su *agente*, familiar o amigo del garante, que le había presionado para que otorgara garantía a su favor). Sin embargo, esa manera de entender la *undue influence* en Derecho inglés parece indiferente en nuestro Derecho, al menos desde el punto de vista de la *violencia/intimidación*, puesto que la relevancia de la amenaza proveniente de un tercero está clara entre nosotros ya en los textos legales: el art. 1268 CC dice que «la violencia o intimidación anularán la obligación, aunque se haya empleado por un tercero que no intervenga en el contrato». Es cierto que el dolo de tercero no es igualmente relevante, como ha recordado recientemente Jesús Alfaro, pero en cualquier caso la jurisprudencia y doctrina que se recogen en el libro tampoco permiten salir de dudas sobre este asunto.

4. Como digo, he leído con gusto «El *aprovechamiento injustificado* como vicio del consentimiento. Análisis desde la doctrina de la *undue influence* del Derecho inglés». El resultado final ha sido satisfactorio para mí: estoy de acuerdo con lo que creo que son los puntos básicos sobre los que descansa el trabajo y, además, las preguntas e inquietudes que he recogido en los párrafos finales de esta recensión seguro que me darán la ocasión de seguir discutiendo amigablemente con Fran Infante.

Pedro DEL OLMO GARCÍA
Profesor titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

VERDERA SERVER, Rafael: *Contra la legítima*, Fundación Notariado, Madrid, 2022, 521 pp.*

En un corto periodo de tiempo la «Fundación Notariado» ha estrenado su nueva colección de monografías titulada *Panorama de Derecho Civil* con dos valiosas publicaciones de Derecho sucesorio. Hay que congratularse con la nueva iniciativa editorial y con que haya comenzado dando a conocer estas obras, si tenemos en cuenta que la materia hereditaria está muy necesitada de

* Esta recensión es parte del proyecto de I+D+i PID2020-118111GB-I00, «Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado VIII: Reforma del Derecho de sucesiones», financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033; así como del Proyecto I+D+i FEDER Andalucía 2014-2020 «Reforma del Derecho de sucesiones: legítimas, liquidación de deudas, herencia digital, y discapacidad» (US-1381625).

contribuciones de calidad. La amistad entre los autores, por otra parte, ha permitido la comunicación y el diálogo entre ellos en la fase de elaboración de sus respectivos estudios, lo cual ha sido muy fructífero por tener ambas monografías muy distinto planteamiento, enfoque y conclusiones, pero un objeto parcialmente común. Habiendo ya dedicado mi atención a la primera de ellas, de la que es autor Tomás Rubio Garrido, me centro en estas páginas en la segunda: una obra bien trabajada –como todas las de su autor–, de mucha enjundia, interdisciplinar, construida a partir de datos muy interesantes de orden estadístico, sociológico y jurídico, incluso de otras disciplinas distintas del Derecho civil, por ejemplo, la fiscalidad, y cuyo objetivo es analizar minuciosa y exhaustivamente, a través de una doctrina cuidadosamente seleccionada y geográficamente variada, muchos, o virtualmente todos, los argumentos sobre el sempiterno debate acerca de las legítimas. Es un acierto del profesor Verdera, coherente con su sólida y admirable trayectoria como civilista, hacer pensar a fondo al lector, pese a que su principal tesis se encuentre claramente reflejada en el combativo título de la obra e influya en toda ella; pues, en contrapartida, ofrece rigurosa e imparcialmente un elenco enorme de argumentos que pueden jugar tanto a favor como en contra de las legítimas. Mi pasión por el tema explica que la voz del censor aparezca en estas páginas más de lo que *a priori* hubiera deseado, si bien lo entiendo justificado como un modo de aceptar la permanente invitación al diálogo que brilla en el libro, así como su honradez intelectual. Espero que quien me vea disentir de la tesis fundamental de la obra no pierda la visión objetiva sobre ella, lo que no sería mi intención, pero reconozco que es un peligro.

La introducción de la monografía define perfectamente que su pretensión principal ha sido analizar el fundamento y la función de las legítimas en el sistema sucesorio: por qué existen y, como consecuencia, si deben seguir existiendo. ¿No será su mantenimiento, se pregunta Verdera, un simple fruto de la inercia y de la tradición histórica, o, por el contrario, las razones que las justificaron en su momento siguen vigentes hoy en día? Es un riesgo asumido conscientemente por el autor que el título del libro, tan militante, no permita al lector partir del estado de duda que requeriría la contestación de estas preguntas, puesto que ya sabe cuál va a ser la respuesta de la obra; pero que nadie se llame a engaño: si el título puede parecer un tanto agresivo, el desarrollo del escrito hace gala de todo lo contrario: una gran ponderación que permite al lector gozar de una gran libertad de juicio y llegar, con los datos aportados por él, a conclusiones muy diversas.

La inercia en el mantenimiento de las legítimas puede proceder, pienso, de algo que el autor explica muy bien: que la inmensa mayoría de los testadores suelen ser más generosos que el legislador con sus legitimarios; lo que sucede, en cambio, en menor medida en el caso, también recordado en la obra, de los causantes que tienen hijos fruto de diferentes uniones (precisamente el supuesto que las fuentes romanas explican como fundamento de su introducción). Es verdad que, como apunta el Profesor Verdera, quizá el primer hecho puede estar influido no solo por la sustancial aceptación social de las legítimas, sino por el impuesto sucesorio, que proporciona evidentes incentivos para que las atribuciones hereditarias beneficien a los familiares más próximos del causante y no a los extraños o a los familiares más lejanos. El testador, en esas condiciones, sabe a qué atenerse: si decide instituir a personas extrañas, la carga fiscal que deberán soportar será mayor, lo que le puede disuadir de hacerlo.

Entiende Rafael Verdura que cada sistema legitimario presentará un fundamento y una función propias, y explica que él ha partido para explicarlos de la regulación sucesoria del Código Civil español. No obstante, también reconoce que el tratamiento realizado sobre el mismo ha sido superficial y selectivo, porque finalmente el argumento que considera decisivo *contra la legítima* sería generalizable, con independencia del concreto sistema sucesorio que se contemple. Así lo es porque su toma de posición es clara en contra de toda forma de legítima, lo que hace innecesario conocer los matices de un ordenamiento u otro. A este respecto, por ejemplo, la obra profundiza poco en la mejora y otros medios flexibilizadores de las legítimas, y esta decisión metodológica quizá sea la adecuada si se propugna la absoluta supresión de las legítimas, como es el caso. Aunque ello lleva consigo, para el lector que considera admisibles las legítimas, que la fuerza de convicción de los argumentos favorables a una mayor libertad de testar quede sensiblemente debilitada, porque no pocas veces han sido expresados por quienes están estudiando ordenamientos que carecen de la facultad de mejorar. Por eso, también, si se estimara más conveniente retocar solamente algún aspecto técnico de nuestro régimen jurídico o alguna cuestión de detalle, la función flexibilizadora del sistema legitimario que desempeña la mejora, y las combinaciones sucesorias que propicia, deberían ser ponderadas cuidadosamente.

Pienso no equivocarme si la sustancia del análisis que hace el autor de los argumentos a favor y en contra la legítima arranca de dos preguntas fundamentales: en primer lugar, si las nuevas estructuras político-sociales y familiares se acomodan bien a las legítimas o más bien exigen el ajuste de estas a la realidad de aquellas. En segundo lugar, si las funciones que tradicionalmente asumía la familia respecto de sus miembros no es preferible que sean desarrolladas por mecanismos públicos de protección social, lo cual dejaría sin sentido el recurso a la familia, o al menos invertiría la relación de principal y subsidiaria entre los apoyos familiares y las prestaciones públicas de protección social.

En relación con la primera cuestión, afirma el profesor Verdura que las legítimas en el Código Civil tuvieron una conexión con la ideología de la burguesía y que en línea con ella pretendieron alcanzar una serie de efectos: entre otros, debilitar el poder de la aristocracia terrateniente, forzando la división de su patrimonio; impedir que el causante privara de derechos sucesorios a los miembros de su familia matrimonial, en beneficio de hijos extramatrimoniales o de parejas de hecho; y consolidar una clase social de propietarios que se opusiera a las ideas socialistas. Afirma el autor que estas funciones han perdido totalmente su sentido, son ideas sin sustento social, y que eso implica que las legítimas resultan hoy anacrónicas. Cabría naturalmente observar que algunas de estas acusaciones a la legítima no hacen justicia a su realidad actual; por ejemplo, los hijos extramatrimoniales son tan legitimarios como los matrimoniales desde la entrada en vigor de la Constitución. O, también, que la legítima conyugal decae hoy ante cualquier situación de crisis que ocasione una separación de hecho.

Por otra parte, a mi juicio, quizá hubiese sido más provechoso que la justificación y fundamento de las legítimas se hubiese abordado, aunque fuera sintéticamente, desde su aparición histórica y no solamente desde la Codificación. El autor explica que la necesidad de contextualizar las instituciones y la dificultad de proyectar los factores sociales, económicos y familiares del Antiguo Régimen a las etapas posteriores justifican esa decisión metodológica. Estoy de acuerdo con ello si se tratara de hacer un examen exhaustivo de la evolución histórica de la institución, pero entiendo que no se trataría de

eso, sino de preguntarse porqué, unos sistemas que apreciaron tanto la libertad de testar como fueron el romano y el del Derecho común propiciaron la introducción, el desarrollo y el mantenimiento de las legítimas. Cabría entonces preguntarse en qué medida puede hablarse de fines puramente ideológicos en una institución con una historia tan larga y rica, que le permitió ser aplicada a contextos sociales y familiares relativamente diversos.

En definitiva, es probable que lo que nos enseña la historia de las legítimas, o de los expedientes parecidos de tipo alimenticio, es que surgen en los variados sistemas de libertad de testar, como reacción a los abusos o como medio de subsvenir a necesidades de las personas sobre las que el causante tiene una responsabilidad familiar o afectiva: así ha sucedido, por ejemplo, en el Derecho romano, en los sistemas de libertad de testar que introdujeron a lo largo del siglo XX las *family provisions* y en el Derecho navarro con la regulación del derecho de alimentos en su última reforma. Todos estos datos apuntan en la misma dirección: la necesidad de establecer contrapesos a la libertad de testar. Así nos lo explica hoy con gran claridad la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo: «también la situación de necesidad el fundamento que ha llevado a introducir en materia sucesoria un nuevo capítulo, dentro de las limitaciones a la libertad de disponer, para procurar la protección de los hijos y descendientes con necesidades básicas. Y así, se reconoce legalmente un derecho de alimentos para aquellos que se encuentren en situación legal de reclamarlos tras la muerte del progenitor obligado a su prestación y que comprende a todos ellos, es decir, tanto matrimoniales como no matrimoniales, así como de cualquiera de las sucesivas uniones e, incluso, cuando todos ellos tengan su origen en una única unión, aplicándose así con independencia de nuevas uniones y evitando cualquier discriminación». El propio autor, al manifestarse netamente favorable a la derogación del sistema de legítimas, considera, en la misma línea, que no es razonable que el alimentista vea modificados sus derechos por la muerte del alimentante como sucede actualmente, y que no se puede desdénar que sea preciso introducir en la ley un mecanismo alimenticio con ocasión de la sucesión, si bien no precisa más en qué líneas deberían moverse estos desarrollos normativos. Pero obviamente queda claro que propugna establecer un contrapeso a la libertad de testar de origen legal, pero de apreciación judicial y casuística.

Quizá esta repetida constatación, apreciada en la historia y en la propia actualidad doctrinal, pone en cuestión en qué medida es cierto que la libertad de testar no esté siendo empleada por los testadores, en aquellos sistemas que no reconocen las legítimas, para excluir de su sucesión a sus familiares más próximos o para atribuir la herencia a cazadores de fortunas, pues cabalmente parece que la evolución normativa que presentan muchos sistemas de libertad de testar apunta, precisamente, a lo contrario: la necesidad de establecer cautelas que prevengan ciertos excesos en el uso de la libertad.

La obra explica muy bien, que el sistema de legítimas tiene fundamentalmente la función de prevenir los abusos, aunque estadísticamente sean escasos. Si unimos este dato con otro hecho que el propio autor expone, como es que la mayoría de los testadores sea cual sea el sistema legal al que están sometidos, suelen hacer testamento a favor de sus familiares más próximos, se podría llegar a concluir que las legítimas seguirían siendo interesantes de mantener porque, sin un sacrificio especialmente importante para la mayoría, permiten prevenir los excepcionales excesos, con un mecanismo relativamente simple (mucho más que el de las casuísticas atribuciones alimenticias). Ese

es precisamente el rasgo diferencial de las legítimas si se las compara con los sistemas de libertad absoluta de testar, que, sin aportar un beneficio apreciable para la mayoría, que va a seguir testando como ya lo hace, desconocen la posibilidad legal de reprimir abusos especialmente reprobables, y que, cuando introducen mecanismos para atender necesidades familiares, lo hacen con uno que resulta complejo de aplicar, casuístico y que hace mucho más incierta e imprevisible la aplicación de la voluntad del testador. Por eso, aunque el autor recomiende redactar las normas sin fijarse en los supuestos excepcionales ni en los patológicos, entiendo que ese particular consejo no debiera ser atendido: en cuanto más patológicas, excepcionales y escabrosas fueran las hipotéticas desviaciones que pudiera cometer un testador, más justificada estaría una prudente restricción legal de la libertad de testar. Porque no es que el sistema de legítimas parta de la desconfianza hacia los causantes en general, pues estos demuestran sobradamente que se puede confiar en ellos, sino que pretende proteger a determinados familiares de los posibles abusos que se presentan excepcionalmente. Es esta, si se reflexiona, la función general del Derecho privado: servir de dique a la libertad de los particulares cuando esta se excede de lo que es socialmente admisible; actuando de este modo el Derecho permite que la libertad de la mayoría se despliegue con seguridad y con justicia: la libertad queda así ajustada y se desarrolla en armonía con los principios de la comunidad y no se resuelve en el mero individualismo.

Llega el momento de analizar el plano político del Derecho de sucesiones descrito en la presente monografía. Para el autor, en el siglo XIX este sector del sistema civil fue «utilizado como un instrumento para transformar la sociedad», por la razón de que «la herencia influía en el ejercicio del poder político, en la concentración o en la fragmentación de la riqueza, en la igualdad o en la desigualdad de los ciudadanos». En cambio, en la actualidad, no cabe asignar al régimen de las sucesiones «una finalidad de cambio en las estructuras sociales, sino más bien la contraria: de modo preponderante, a través de la herencia (entendida en sentido amplio) se mantienen las estructuras sociales preexistentes». Entiendo, pues, que el autor sigue propugnando como deseable una revisión del derecho sucesorio que lo haga política y socialmente más relevante.

A mi juicio, en principio está claro que la redistribución de la riqueza mediante las legítimas recortará los supuestos de acumulación de la herencia en las mismas manos, al imponer su división con relativa igualdad: pero, si las legítimas estuvieron en condiciones de hacerlo en el siglo XIX, nada impide que lo sigan haciendo hoy, aunque hubieran quedado desligadas de una influencia tan relevante en el ámbito político como entonces. Es verdad que el autor demuestra incontestablemente que en el futuro inmediato crecerán los supuestos de herencias con muy pocos legitimarios, y que ello hará que resulte más improbable que la sucesión determine de manera legalmente necesaria una gran fragmentación del patrimonio hereditario. Ahora bien, tampoco resulta claro, que la libertad de testar propicie la mejor distribución, pues ni garantiza de suyo que en los supuestos en que exista un único legitimario se vaya a emplear en fragmentar la herencia, mientras que cuando existan más legitimarios, ese cambio legal podría impedir la fragmentación que legalmente impone hoy el sistema legitimario. No resulta intuitivo entender, por tanto, que la libertad de testar por sí misma considerada pueda ofrecer resultados apreciables en cuanto a lo que el autor llama «las estructuras sociales». Quedarían, pues, algunas preguntas por hacerse en este ámbito: ¿por qué para el autor la derogación del sistema de legítimas mejoraría las

estructuras sociales? Si, como parece, esa derogación no tiene esa fuerza; entonces, ¿en qué sentido deberían moverse las reformas sucesorias para lograr ese pretendido objetivo? ¿Qué función propugna el autor para el derecho sucesorio en orden a la transformación de estas estructuras sociales?

Estas preguntas están relacionadas con el papel asistencial de las familias que permitirían desarrollar las legítimas y su actual confrontación con el desarrollo de las prestaciones públicas. El profesor Verdura constata que «los mecanismos del estado de bienestar asumen en la actualidad buena parte de las funciones (educativa, asistencial, etc.) que tradicionalmente correspondían a las familias». Y me parece que se inclina por entender preferente esta cobertura pública a la cobertura familiar, lo que acaso no se acaba de compaginar bien con la defensa de la libertad como fundamento de su tesis *contra la legítima*, y tampoco con la supresión del impuesto sucesorio, pues el incremento y mantenimiento de las prestaciones públicas requieren una alta financiación que habrá de concretarse en una mayor carga impositiva. Es verdad que el autor expresamente dice mantenerse como espectador en cuanto al debate fiscal sobre el impuesto sucesorio, pero apunta la conveniencia de que los condicionantes fiscales no influyan en las disposiciones del testador, como lo hacen hoy, y menciona también que el modo más sencillo de hacerlo es la supresión del impuesto de sucesiones.

En mi opinión, pues, no quedan completamente respondidas las preguntas acerca de la función que deba tener el derecho sucesorio en cuanto a la transformación de las actuales estructuras sociales. Sin duda son cuestiones interesantes que merecerían un desarrollo ulterior.

Los aspectos constitucionales de la sucesión legitimaria, que estudia el capítulo segundo, no aportan argumentos decisivos ni en favor ni en contra de las legítimas, lo que no significa que estemos ante un capítulo prescindible; todo lo contrario, a mi juicio es extremadamente interesante de leer. Resulta todo un acierto, por ejemplo, el apartado dedicado al planteamiento constitucional alemán, que incluye una traducción íntegra de los argumentos de la célebre Sentencia de 19 de abril de 2005, llena de ideas estimables sobre el fundamento de las legítimas que mueven a la reflexión, porque lo conectan con su *ratio* histórica, aunque finalmente no sean suficientes para afirmar que la Constitución imponga límites al legislador en la regulación de esta materia. En concreto me refiero a estas ideas entresacadas del texto de la Sentencia traducido cuidadosamente por Verdura:

Primera, «Las características estructurales de la participación de los hijos en la herencia son expresión de una solidaridad familiar que existe entre el testador y sus hijos de manera fundamentalmente indisoluble»;

Segunda, «Es precisamente en los casos de distanciamiento entre el testador y sus hijos, o incluso de ruptura de esta relación, cuando el derecho a la legítima pone límites a la libertad de testamento del testador y a la posibilidad que se le abre de “castigar” a un hijo desheredándolo. Limita la libertad de decisión del testador en cuanto a la medida y el modo en que desea que sus hijos participen en su patrimonio. De este modo, el derecho a la legítima no excluye la desigualdad de trato de los hijos por parte del testador, pero sí relativiza esta posibilidad»;

Tercera, «Esta función del derecho a la legítima, que por un lado limita la libertad y por otro protege a la familia, es especialmente importante si hay hijos del testador de un matrimonio o relación anterior que a menudo no participarían en el patrimonio del testador sin un derecho a la legítima. Esto se aplica en particular a los hijos ilegítimos del padre».

Es verdad que se pueden apreciar limitaciones en estos argumentos, pero en su conjunto contienen ideas bastante apreciables para fundar la conveniencia de mantener las legítimas, aunque mucho menos para entender que ello sea un mandato derivado de la Constitución.

El capítulo tercero ofrece una visión breve de la regulación legitimaria de nuestro Código Civil, que presenta el acierto de referirse a la existencia de desarrollos del Derecho sucesorio al margen de los postulados normativos o como flexibilización de estos: en esa situación estarían las cautelas socinianas, muy utilizadas por los testadores para conseguir que la sucesión se acomode a sus deseos, por ejemplo, de mejorar la situación del cónyuge viudo. Verdadera considera que cabe cuestionarse hasta qué punto se respeta el sentido del art. 813.2 CC en muchos de los casos en que se utiliza la figura, que a su juicio suponen una auténtica corrección del Código Civil, lo cual es otra interesante idea que sería propicia para un desarrollo más extenso. Asimismo, juzga el autor que la reinterpretación de las causas de desheredación por obra de la jurisprudencia, de la que también trata en este capítulo, supone una auténtica alteración de la regulación del Código. *A priori* estaría más de acuerdo con lo segundo que con lo primero, pero no sería pertinente profundizar en ello en este momento, ya que tampoco el autor se extiende sobre este particular.

Finalmente, resulta interesante la explicación que se ofrece de la propuesta de Código Civil de la APDC en las últimas páginas del mismo capítulo.

En el extenso capítulo cuarto se ofrecen algunas claves de carácter sociológico y económico de la familia para tratar de valorar la coherencia de las normas relativas a la legítima con esas estructuras tal como hoy se presentan: esperanza de vida, tasa de fecundidad, edad en que se contrae matrimonio, número de matrimonios y de uniones de hecho, hijos matrimoniales y extra-matrimoniales, estructura de los hogares, etc. Un ejemplo de la trascendencia de estos datos demográficos estaría a que todo apunta a que en el futuro serán menos frecuentes las sucesiones en la que los hijos llamados a suceder al causante sean más de dos, o incluso abundarán aquellas en que sea una sola persona la que deba ser necesariamente destinataria de dos tercios de la herencia: ya he comentado antes la trascendencia que el autor otorga a este dato. Por otra parte, será también muy habitual que la sucesión se abra cuando los beneficiarios tienen más de cincuenta años. En otro ámbito, también se destaca que hoy en día «los potenciales causantes se sienten menos vinculados a la necesidad de destinar su patrimonio a sus familiares en la medida que su origen no se encuentra en su familia, sino en su propio esfuerzo y dedicación; y son más conscientes de la importancia de la formación que debe proporcionar a sus descendientes como mecanismo de consolidación social», mientras que cobran más importancia los mecanismos públicos de protección social de las familias sobre el sistema legitimario.

Es posible que, desde el punto de vista del mantenimiento sustancial de las legítimas, que es el mío, algunos de esos datos estadísticos y sociológicos merezcan una reflexión más detenida que otros: quizá la disminución del número de hijos sea el dato que más influencia tiene en el diseño de nuestro sistema, porque disminuye la flexibilidad que representa el uso por el testador del tercio de mejora. Por sí mismos, en cambio, otros factores como la elevación de la esperanza de vida, no creo que alcancen tanta importancia real en cuanto al diseño del sistema normativo, aunque sea evidente que influye en el potencial uso que se pueda hacer del patrimonio hereditario por los herederos. Entiendo que ese hecho no tiene especial trascendencia en cuanto al fundamento de las legítimas, pues se debe tener en cuenta en primer lugar un dato subrayado por el autor: el

espectacular aumento de la esperanza de vida en el arco del último siglo tiene una explicación fundamental, aunque no única, en la disminución de la mortalidad infantil. Pero, en segundo lugar, habría que demostrar que la menor esperanza de vida tomada en consideración por el legislador decimonónico implica necesariamente que la sucesión *mortis causa* que contempló cuando impuso las legítimas fuera siempre o prevalentemente la de personas jóvenes con hijos menores. Puede admitirse, quizá, que esos sean los casos más llamativos e importantes que justifican las legítimas, pero hay muchos testimonios en el propio Código Civil de que el legislador no está ciego para los casos de la sucesión de personas con nietos, o con hijos que ya han superado la minoridad, han contraído matrimonio, han recibido formación superior, etc. Por tanto, en nuestro Código no resulta esencial que existan necesidades alimenticias, o de crianza y educación de los herederos, aunque este pueda ser un elemento más de entre todos los que toma prudencialmente en consideración el legislador para conservar las legítimas.

Por otro lado, las necesidades alimenticias de los descendientes pueden seguir estando presentes hoy en un apreciable número de casos, pues la elevación de la esperanza de vida no logra eliminar el fallecimiento de personas jóvenes: bastaría examinar las estadísticas de fallecimientos por tramos de edad que ofrece el INE para constatar que no son pocos los casos de fallecimiento de personas en edad de tener hijos menores o en periodo de formación. Y, como dice el autor, está todavía por ver el impacto que pueda tener la crisis sanitaria del Covid en todos estos datos demográficos. En cualquier caso, ya sabemos que el Profesor Verdera considera que las legítimas nacen para casos excepcionales, y, se podría añadir que, para ellos, la estadística es una aproximación valiosa, pero no determinante. Casi lo único que implica una disminución estadística de los fallecimientos de personas jóvenes sería que la funcionalidad alimenticia de las legítimas por razón de la edad de los sucesores disminuiría su frecuencia, y que serían menos los más rechazables supuestos de abuso de la libertad de testar, aunque nada de esto desaparecería.

Para el autor, no obstante, la evolución de la familia desde estos planos estudiados en el capítulo apenas ha repercutido en el diseño de la sucesión legitimaria, cuando ésta debía ser una consecuencia de aquélla. Sin embargo, recuerda oportunamente que uno de los datos más llamativos, como es la elevación del porcentaje de hijos no matrimoniales, sí tuvo reflejo en la total equiparación entre los hijos, con independencia de su condición que introdujo la Constitución.

Los capítulos quinto, sexto y séptimo muestran algunos modelos de sistemas legitimarios: el de los derechos civiles autonómicos, entre los que destaca el interesante tratamiento del fracasado anteproyecto de ley valenciana de sucesiones, y el de Francia, Italia, Alemania, Inglaterra y Estados Unidos. En cuanto al caso valenciano, la lectura detenida del texto del anteproyecto y su pertinente y profunda explicación permite constatar la dificultad que tiene legislar en esta materia y hace plantearse muy en serio si los tiempos están maduros para emprender una reforma del Derecho de sucesiones que mejore sustancialmente el que tenemos. El autor explica que la precipitación de una decisión política anticipó la gestación del proyecto y perjudicó su coherencia; peligros, no obstante, que siguen presentes en la actualidad, y que son difíciles de evitar. Constituyen, a mi juicio, buenos argumentos para ser especialmente prudente a la hora de proponer reformas radicales.

El extenso capítulo octavo, a mi juicio uno de los mejores de la obra, se centra en el análisis de los fundamentos de la legítima, dando un repaso a los argumentos que sobre ellos se han ofrecido por autores de muy diversos sistemas

jurídicos: la familia, la solidaridad intergeneracional, la respuesta a situaciones de necesidad o la protección de ciertos colectivos, entre otros. Una característica de esta parte de la monografía que la hace especialmente recomendable es que se examinan con detenimiento y rigor los argumentos y los contraargumentos que unas y otras explicaciones presentan, sin que siquiera realice el autor, como en otros capítulos, un apartado específico de conclusiones, lo que entiendo que debe interpretarse no solo como un índice de la dificultad de resumir un capítulo tan denso y lleno de ideas sugerentes, sino también, quizá, como un deseo de no formular ideas demasiado sintéticas que pudieran ser utilizadas como eslóganes fáciles que evitaran que el lector pensara por su cuenta. Por otra parte, resulta también muy interesante que se constata en este capítulo la buena salud que el sistema de legítimas tiene en la percepción ciudadana.

Es preciso comentar aquí, precisamente en relación con los argumentos contra la legítima, que la obra comienza con un impactante epígrafe de García Goyena «[L]o que se debe exclusivamente a la ley no se agradece al hombre, y no quedaba estímulo para merecer por el cariño y solicitud lo que en ningún caso podía ser arrancado». Al leerlo me pregunté, y creo que es pregunta relevante en la economía de la obra: ¿Es esta la clave de explicación del vigoroso pronunciamiento de Rafel Verdera *contra la legítima*? Es posible que sí, aunque no estoy seguro que este argumento le merezca una adhesión muy entusiasta, pues entiendo que para él más bien brillan otros como principales. Lo que creo que resulta enriquecedor, en cualquier caso, es completar y contextualizar la cita: procede de las *Concordancias*, de su apéndice número 10, y su contexto es el de los debates acerca de cómo mejorar la posición jurídica del viudo en la sucesión. En concreto, la afirmación acabada de citar está realizada en relación con el usufructo viudal universal de Navarra y Aragón. Acto seguido a esas palabras, añade el jurista navarro para justificarse: «Aunque nacido en una provincia de Fueros y obligado por mi primer destino a defender sus leyes, jamás he podido conciliar la absoluta libertad del padre para desheredar a un hijo inocente con la imposibilidad del marido para privar del usufructo a una mujer que hubiera sido el baldón o amargura de toda su vida: lo mismo digo de la mujer respecto de su marido tirano o disipado». Por tanto, la convicción de García Goyena me parece ser, más que un argumento para la absoluta libertad de testar propugnada por Verdera, una idea que permite fundamentar un sistema de compromiso entre las legítimas y la libertad de testar, como era el recogido en el Proyecto de 1851 y en nuestro Código.

A mi parecer, este ejemplo explica muy bien algo que explica el autor: que los argumentos acerca de la legítima tienen cierto carácter reversible. La libertad es un principio muy convincente, compartido por muchos, incluso por los que propugnan, como García Goyena, el mantenimiento de las legítimas. Pero se trata de analizar qué límites a esa libertad resultan más razonables y en lo que discrepamos los autores tantas veces es en la elección de los medios más funcionales para ello.

El capítulo noveno, enormemente interesante también, se ocupa de subrayar las múltiples fórmulas que tiene a su disposición el legislador para diseñar el sistema legitimario (si asume su existencia). Es importante, según el autor, superar una visión simplificada de las legítimas que solo se fije en la determinación de quiénes son los legitimarios y en las cuantías de las cuotas: el margen de maniobra de que dispone el legislador es mucho más amplio y complejo, pues permite una intervención en muchas otras facetas de la regulación. De hecho, él va a proponer que los límites a la ensanchada libertad de testar que defiende provengan del sistema de los alimentos legales.

El capítulo décimo trata de ofrecer unas bases de reforma del sistema de legítimas siguiendo cuatro modelos muy generales, que el autor denomina: modelo sustancialmente conservador, que significaría el mantenimiento del actual sistema de legítimas del Código Civil español; modelo prudentemente reformador, que consistiría en su flexibilización; modelo profundamente reformador, que llevaría consigo caracterizar de un modo dispositivo y no imperativo el sistema vigente; y, finalmente, un modelo radicalmente rupturista, que implicaría la derogación del sistema de legítimas. Sobre cada uno de estos modelos se ofrecen reflexiones y argumentos, también algunos que se mueven en contra de las convicciones del autor, que ha optado claramente por el último modelo, si bien contrapesado por la eventual concesión de alimentos.

Así, sobre el mantenimiento del sistema actual se afirma que: «este enfoque encaja claramente con el argumento derivado de las convicciones sociales en orden a la aceptación del sistema actual: si una mayoría social se manifiesta conforme con ese sistema y se tienen en cuenta los costes de la inserción de cualquier cambio, lo prudente es no alterar el régimen vigente». Argumento, como se ve, bastante sólido, en contra de la opinión del autor, que no lo esconde, sino que se formula con bastante claridad.

En cuanto a la flexibilización de las legítimas, segundo modelo, afirma el Profesor Verdura que acaso suceda que, teniendo en cuenta la falta de acuerdo y la variedad de las posibles soluciones, esto constituya un freno para la adopción de alguna decisión concreta.

Si se caracterizara como dispositivo el sistema vigente, tercer modelo, el autor piensa que se produciría «un cambio profundo en el régimen legitimario», respetando a su vez «las convicciones sociales mayoritarias», pues este sistema «facilita la exclusión de ciertos legitimarios, pero impone al testador la carga de manifestarse en ese sentido». No obstante, entiende que esta tercera opción no es tan sencilla porque requiere además sopesar otros tres elementos del sistema como son «la liquidación del régimen económico-matrimonial y la articulación de los alimentos para dar respuesta a concretas situaciones de necesidad», así como una revisión del derecho testamentario para valorar «cuáles son las formas y los requisitos que puede adoptar aquella voluntad».

El capítulo undécimo, y final, es una aproximación a las reglas tributarias que gravan las sucesiones, y cómo pueden influir en el sistema legitimario: se recapitulan en él, y en algunos casos se desarrollan, ideas que ya han permeado el texto de la obra.

Al final de esta reseña ya es apreciable que son muchas las diferencias que me separan de las conclusiones de este libro y de algunos de sus argumentos fundamentales; a la vez, estoy convencido de su calidad científica y de su factura primorosa. Su lectura resulta imprescindible para quien quiera acercarse al debate actual sobre las legítimas con todos los datos en la mano: en los últimos tiempos han sido publicados diversos trabajos muy críticos con el sistema de legítimas, pero, a mi juicio, este los recapitula y supera en fuerza de convicción; en este sentido supone un acabado alegato *contra la legítima* que no puede ser ignorado en lo sucesivo, pues proporcionará infinidad de argumentos a quienes no la consideren la mejor solución. No es de extrañar, teniendo en cuenta las cualidades como jurista que atesora su autor, manifestadas en una obra científica muy amplia y sólida, y que se pueden admirar una vez más en esta.

Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Sevilla

