**Pre-print:** *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos* (Dir. K.J. Albiez Dohrmann y M.L. Moreno Torres), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2017, pp. 845-901. ISBN: 978-84-9177-622-2.

**GARANTÍA POR DEUDA DE TERCERO UNIDO AL GARANTE POR UNA RELACIÓN DE CONFIANZA O DEPENDENCIA**

María Luisa Palazón Garrido

sumario: I. Punto de partida: la influencia indebida del deudor en la prestación de garantía por deuda ajena en el Derecho comparado y, en especial, en la jurisprudencia anglosajona. 1. Introducción: la doctrina inglesa de la *undue influence*. 2. Aplicación de la doctrina de la *undue influence* en los supuestos de prestación de garantía por tercero ligado al deudor por una relación de confianza o dependencia. 3. El abuso de circunstancias por parte del deudor en la prestación de garantía por deuda ajena en otros sistemas europeos. II. Las posibles vías de solución en el Derecho español a los casos de prestación de garantía por deuda ajena bajo abuso de circunstancias por parte del deudor. 1. Exordio. 2. El abuso de debilidad, confianza o dependencia en el ordenamiento jurídico español. *2.1. La falta de consagración positiva del abuso de debilidad, confianza o dependencia en el sistema español y su tratamiento como vicio de dolo. 2.2. ¿Es posible la ineficacia del contrato de garantía en los casos objeto de estudio por apreciación de dolo vicio? 2.3. En particular: la constitución de hipoteca sobre bienes gananciales o sobre la vivienda familiar habitual en garantía de deudas de uno de los cónyuges, con abuso de confianza, dependencia o debilidad del cónyuge deudor sobre el otro.* 3. El vicio de intimidación como vía de solución al problema. 4. La nulidad del contrato de garantía celebrado bajo abuso de circunstancias por parte del deudor por ilicitud de la causa. 5. La obligación del deudor que abusó de las circunstancias de debilidad, confianza o dependencia de indemnizar los daños causados. III. Excursus: la prevención del abuso de circunstancias y la normativa sobre transparencia. IV. Bibliografía.

**I. Punto de partida: la influencia indebida del deudor en la prestación de garantía por deuda ajena en el derecho comparado y, en especial, en la jurisprudencia anglosajona**

1. Introducción: la doctrina inglesa de la *undue influence*

 El punto de partida de este trabajo lo constituye una interesante jurisprudencia anglosajona respecto a las garantías prestadas por un tercero unido al deudor por una relación de las que entraña riesgo de influencia indebida (*undue influence*). Aunque se dan más variantes, para ilustrar la cuestión, podemos tomar inicialmente como ejemplo tipo el supuesto fáctico de uno de los más importantes precedentes en el Derecho inglés, el caso *Barclays Bank plc v. O’Brien* (1994)[[1]](#footnote-1):

“A” y “B” son marido y mujer. “B”, bajo influencia indebida de “A”, consiente en hipotecar la vivienda familiar a favor del banco “C”, en garantía de un préstamo para la financiación de la empresa privativa de “A”.

 Antes de entrar a analizar la resolución de este grupo de casos, considero necesario exponer brevemente la doctrina de la *undue influence* en el Derecho anglosajón. Dicha doctrina surge para dar solución de ineficacia a aquellas relaciones contractuales en las que la voluntad de uno de los contratantes no se ha formado libremente, y no porque haya incurrido en error, ni haya sido engañado (dolo) o coaccionado (intimidación), sino porque por su especial situación de debilidad, necesidad, dependencia o la relación de confianza que mantiene con la otra parte, le ha impelido a aceptar unas condiciones contractuales que, en otras circunstancias, no habría aceptado[[2]](#footnote-2).

Tradicionalmente, en el Derecho inglés se ha distinguido entre dos tipos de influencia indebida: la efectiva y la presunta. Pero, fue en la citada *Barclays Bank Plc v. O’Brien* cuando Lord Browne-Wilkinson adoptó una clasificación que ya había sido establecida por la corte de apelación en *Bank of Credit and Commerce International SA v. Aboody* (1989)[[3]](#footnote-3), etiquetando la *actual* *undue influence* como *Class 1* y la *presumed undue influence* como *Class 2.*  A su vez, esta última categoría se subdividió entre los supuestos en que la mera existencia de una determinada relación entre las partes permitía presumir la concurrencia de *undue influence (Class 2A)*; y aquellos en los que la presunción exigía la prueba de la presencia de la relación de confianza o dependencia entre las partes *(Class 2B).* Sin embargo, esta clasificación ha sido considerada engañosa por la doctrina y fue objeto de crítica en el caso *Royal Bank of Scotland v. Etridge (No. 2)* (2001)[[4]](#footnote-4)*.* En esta importante sentencia, la Cámara de los Lores reconoció que la costumbre de distinguir entre *actual* y *presumed undue influence* puede inducir a confusión, y llamó la atención sobre la necesidad de la prueba. Dejó así sentado que hay una sola doctrina de la influencia indebida y sólo son distintas las formas de aplicarla: bien mediante prueba directa del abuso; o bien mediante presunciones *iuris tantum* en aquellos casos en que el contrato, por sus condiciones,”reclame una explicación”[[5]](#footnote-5).

En la influencia indebida efectiva [*actual undue influence* (*class 1)*], el demandante debe dar prueba de los actos de presión, control, dominación o abuso de confianza (v.gr. amenazas con terminar una relación sentimental, abuso de una persona ignorante, débil de carácter o vulnerable[[6]](#footnote-6), etc.) y también de la reprobabilidad de la conducta del agente[[7]](#footnote-7); pero desde *CIBC Mortgages v. Pitt* (1994)[[8]](#footnote-8) no es requisito para la ineficacia que el contrato suponga una desventaja manifiesta para la víctima. La clave del vicio reside en la demostración de que el contratante no pudo actuar según su propio criterio[[9]](#footnote-9).

Por cuanto respecta a la influencia indebida presunta –*presumed undue influence–*, sus elementos básicos fueron establecidos en la referida sentencia sobre el caso *Royal Bank of Scotland v. Etridge (No. 2)* y son los siguientes:

a) El primero de los requisitos es la existencia de un vínculo de confianza o dependencia entre las partes.

En algunos supuestos, como se ha dicho, no es preciso demostrar los lazos de confianza o dependencia sino que, existiendo entre las partes una determinada relación, se presumen *iuris et de iure* (*class 2A*). Así ocurre, por ejemplo*,* entre padre e hijo, tutor y pupilo; *trustee* y beneficiario; y abogado y cliente[[10]](#footnote-10). Hay que añadir la relación entre doctor y paciente [*Curtis v. Curtis* (2011)[[11]](#footnote-11)], y con algunas dudas, la de novios [*Re Lloyd’s Bank* (1931)[[12]](#footnote-12); *Zamet v. Hyman* (1961)[[13]](#footnote-13); *Leeder v. Stevens* (2005)[[14]](#footnote-14)], sin que la lista sea cerrada o exhaustiva; pero no rige la presunción en los supuestos de marido y mujer[[15]](#footnote-15). Esta presunción de existencia de confianza o dependencia no admite prueba en contrario, pero no puede fundamentar directamente la ineficacia del contrario, sino que sólo permite establecer de derecho uno de los elementos de la presunción *iuris tantum* de influencia indebida[[16]](#footnote-16).

En los demás casos, el contratante que pretenda el juego de la presunción de influencia indebida debe probar que *de facto* ha depositado su confianza en la otra parte, o tiene con ella una relación de dependencia (*class 2B*). Entre los supuestos jurisprudenciales, podemos citar los casos de marido y mujer [*Barclays Bank v. O’Brien* (1994)[[17]](#footnote-17)]; tío y sobrino [*Tate v. Williamson* (1986)[[18]](#footnote-18)]; banquero y cliente [*Lloyd’s Bank v. Bundy* (1975)[[19]](#footnote-19)]; anciano hombre de negocios y su secretaria [*Re Brocklehurst (deceased)* (1978)[[20]](#footnote-20)], etc.[[21]](#footnote-21)

b) El segundo de los elementos es que el contrato “reclame una explicación” (*“calls for explanation”*), es decir, que no pueda fácilmente explicarse por razón de la relación existente entre los contratantes. Este requisito supone una reformulación que la sentencia *Etridge* realizó del presupuesto tradicional de la “manifiesta desventaja”, pues los tribunales advirtieron que esta regla, si bien quizá adecuada para las relaciones comerciales, resultaba demasiado estrecha para las que no tenían ese componente comercial[[22]](#footnote-22).

 Concurriendo los anteriores elementos, la presunción de *undue influence* opera *iuris tantum*, por lo que puede ser enervada mediante prueba en contrario, que incumbe al contratante en el que se depositó la confianza. En principio, es suficiente para rebatir la presunción cualquier demostración de que la voluntad contractual se formó de manera libre y consciente. Pero en la práctica, la forma de enervarla es casi exclusivamente la prueba de que el contratante ha recibido asesoramiento de persona perita e independiente antes de concluir el contrato[[23]](#footnote-23).

2. Aplicación de la doctrina de la *undue influence* en los supuestos de prestación de garantía por tercero ligado al deudor por una relación de confianza o dependencia

 Con la denominación *“sexually transmitted debt”* se refieren los anglosajones a las situaciones en las que uno de los cónyuges –normalmente el marido– necesita un préstamo para financiar sus actividades comerciales y, al solicitarle el acreedor la prestación de una garantía, esta se constituye con el consentimiento del otro cónyuge –normalmente la esposa– sobre la vivienda familiar, o sobre un inmueble de propiedad privativa de aquella[[24]](#footnote-24). En un amplio conjunto de resoluciones se cuestiona en el Derecho inglés si dicho consentimiento está viciado, por haberse otorgado mediando *undue influence[[25]](#footnote-25)* (o *misrepresentation*[[26]](#footnote-26)) por parte del cónyuge que se beneficia del préstamo garantizado, y cuándo el acreedor –normalmente un banco o sociedad financiera– debe ver afectada su garantía por el vicio.

 En los hechos que dieron lugar a la sentencia *Barclays Bank plc v. O’Brien* (1994), Mr. y Mrs. O’Brien, marido y mujer, constituyeron una hipoteca sobre la vivienda familiar, a fin de asegurar unos descubiertos de la empresa del marido frente al Barclays Bank. El empleado que se ocupó de la gestión de la constitución de la garantía desoyó las instrucciones de asegurarse de que ambos cónyuges eran conscientes de la naturaleza de la operación y de que, en caso de duda, debían consultar a un abogado antes de firmar. La esposa firmó sin leer el documento, confiando en la declaración falsa de su esposo de que la garantía estaba limitada a 60.000 libras y su plazo de duración era tan solo de tres semanas. Cuando el descubierto de la empresa de Mr. O’Brien superó las 154.000 libras, el banco decidió ejecutar la garantía. La esposa demandó la anulación sobre la base de *misrepresentation* por parte de su marido. La demanda fue rechazada en primera instancia y admitida en apelación[[27]](#footnote-27). Recurrido por Barclays el fallo de la segunda instancia, la Cámara de los Lores desestimó el recurso.

 En su sentencia, la Cámara de los Lores rechaza la artificiosa construcción jurisprudencial anterior de considerar al cónyuge deudor como agente de la entidad bancaria, y también la tesis de la Corte de apelación de la existencia de una especial doctrina de equidad para la protección de las esposas[[28]](#footnote-28), fundamentando su decisión sobre la base de la regla de la “*constructive notice”* (conocimiento implícito). Según este principio, cuando la garantía ha sido prestada por un tercero unido al deudor por una relación de las que entraña riesgo sustancial de influencia indebida u otro vicio, y el acreedor conoce la existencia de la relación, si el garante no obtiene ventaja financiera alguna, se presumirá que el acreedor tiene conocimiento implícito de que el consentimiento del garante está viciado, y el contrato será anulable a instancia de este, a menos que el acreedor pruebe que fue informado adecuadamente[[29]](#footnote-29).

 Según Lord Browne-Wilkinson, debe entenderse como regla general que, cuando un conviviente (esté o no casado) preste garantía por las deudas del otro y el acreedor tenga conocimiento de la relación: 1) la garantía sólo será válida y ejecutable si el contratante no ha sido inducido a su celebración por influencia indebida, *misrepresentation* u otro vicio por parte del deudor principal; 2) si el garante ha incurrido en alguno de estos vicios inducidos por el deudor, a menos que el acreedor haya tomado medidas razonables para asegurar que el consentimiento de su contratante era libre y consciente, no podrá ejecutar la garantía, pues se entenderá que tenía conocimiento implícito (“*constructive notice”*) del derecho del garante a anular la garantía; 3) excepto en supuestos de concurrencia de circunstancias excepcionales, un acreedor ha tomado las medidas razonables para evitar la aplicación de la doctrina del conocimiento implícito cuando ha advertido al garante (en reunión a la que no ha acudido el deudor principal) de la extensión de su responsabilidad potencial y de los riesgos que implica la garantía, y le ha aconsejado asesoramiento legal independiente[[30]](#footnote-30).

 Del mismo año 1994 es la sentencia sobre el caso *CIBC Mortgages v. Pitt* que debe leerse con las claves de la anterior, pues fue dictada por los mismos lores que, también aquí, aceptaron de forma unánime el razonamiento de Lord Browne-Wilkinson. La principal diferencia radica en que en el caso *O’Brien* el vicio por el que se impugnaba la garantía era *misrepresentation* –aunque el tribunal se refirió en sus fundamentos a la *undue influence* y otros vicios y sentó doctrina general­–, mientras que en esta sentencia se alegó influencia indebida. Quedó probado en autos que en 1986 el Sr. Pitt quería pedir prestado dinero para invertir en bolsa, y aunque la señora Pitt no estaba convencida de la idea, su sometimiento y dependencia de su cónyuge le llevaron a aceptar. Los señores Pitt solicitaron un préstamo con garantía hipotecaria sobre la vivienda familiar a la mercantil *CIBC Mortgages*, a la que comunicaron que la finalidad del dinero era la adquisición de una residencia vacacional. Mrs. Pitt no fue informada por la financiera de los riesgos y alcance de la operación. El señor Pitt invirtió todo el dinero en la compra de acciones en bolsa, reinvirtiendo de nuevo en el mercado bursátil los beneficios, por lo que Mrs. Pitt no obtuvo provecho alguno. Cuando la bolsa se hundió en 1987, Mr. Pitt no pudo hacer frente a la hipoteca que gravaba la casa familiar. El juzgado estimó que había existido *undue influence*, decisión que fue revocada en segunda instancia con el fundamento de la inexistencia de manifiesta desventaja para la esposa. La Cámara de los Lores negó que este constituyera un requisito de la influencia indebida[[31]](#footnote-31), pero no dio lugar al recurso, pues aunque la compañía financiera era consciente de la naturaleza de la relación que unía a los prestatarios, desconocía la verdadera finalidad del préstamo (que no le había sido revelada). Frente al acreedor, el préstamo se concedía en beneficio de ambos cónyuges (para comprar una segunda residencia), lo que no hacía preciso poner en marcha las cautelas para evitar que el eventual vicio del consentimiento le alcanzara; es decir, no era aplicable en el caso la doctrina del conocimiento implícito*[[32]](#footnote-32)*.

 Estas dos decisiones de la Cámara de los Lores fueron seguidas de una larga cadena de sentencias de la Corte de Apelaciónque aplicaron la regla “*constructive notice”*, *ad exemplum: Massey v. Midland Bank plc* (1995); *Banco Exterior Internacionale v. Mann* (1995); *Barclays Bank plc v. Thomson* (1997) y *Yorkshire Bank plc v. Tinsley*[[33]](#footnote-33). Sin embargo, en 2001, el uso de los términos *“constructive notice”* fue desaconsejado en este contexto por la propia Cámara de los Lores en la importante sentencia *Royal Bank of Scotland v. Etridge (No. 2)*, al ser tildada la doctrina como incomprensible y poco segura por Lord Nicholls, quien acuñó una nueva regla: *“put on inquiry”.* El nuevo criterio obliga al acreedor a tomar medidas adecuadas para procurar un consentimiento libremente formado en todos los casos en que entre deudor y garante exista una relación que no sea de carácter comercial[[34]](#footnote-34), y el garante no obtenga beneficio del contrato. Tales medidas se detallan en la sentencia *Etridge* y se imponen judicialmente a los acreedores como un código de conducta. Para que pueda mantenerse el contrato, la entidad bancaria debe dar prueba suficiente de que insistió al garante para que asistiera a una reunión privada con un representante del banco donde sería informado de la extensión de su responsabilidad y de los riesgos que comportaba el contrato; y también de que se le instó a que se asesorara legalmente de forma independiente[[35]](#footnote-35). Estas medidas se recogían también en el caso *O’Brien*, pero la principal modificación que resulta de *Etridge* es que se llega a la norma de que el acreedor debe en todo caso procurar que el garante reciba asesoramiento por parte de un abogado independiente[[36]](#footnote-36).

 Analicemos más detenidamente este precedente clave en la materia que nos ocupa. El pronunciamiento es consecuencia de ocho recursos de apelación acumulados, en cuya base fáctica los propietarios habían hipotecado la vivienda familiar a favor de un banco. En todos los casos, la hipoteca aseguraba un préstamo cuyo destino era la financiación de la actividad comercial o profesional del marido, y del que la esposa no se beneficiaba directamente. Los contratos de garantía fueron impugnados por las esposas con la alegación de haber sido celebrados bajo influencia indebida del marido.

 Según la doctrina sentada en la sentencia, el test *“put on inquiry*” debe aplicarse al acreedor cuando concurran dos requisitos: i) la relación entre garante y deudor es de carácter no comercial; y ii) la operación es desventajosa para el garante[[37]](#footnote-37).

 i) En cuanto a las relaciones q dan lugar a la aplicación de la doctrina, ya en el caso *O’Brien* se señaló que la misma regla aplicable a los matrimonios lo era también a las parejas no casadas, ya sean heterosexuales u homosexuales, siempre que el acreedor conozca la existencia de la relación[[38]](#footnote-38). *Etridge* aclara ahora que la convivencia no es esencial[[39]](#footnote-39); el test será aplicable también cuando garante y deudor sean padre e hijo[[40]](#footnote-40), o exista entre ellos una relación no sexual basada en la confianza[[41]](#footnote-41).

 Llama la atención que, en la sentencia *Etridge,* sostenga la Cámara de los Lores que el Banco debe cuestionar la operación en todos los casos en que un cónyuge garantice la deuda empresarial o profesional del otro, cuando en numerosas ocasiones ha considerado que la relación entre cónyuges no es de las que permite presumir *iuris et de iure* la existencia de una relación de confianza o dependencia que da lugar a la *presumed undue influence class 2A*[[42]](#footnote-42). En realidad, la regla se enuncia de modo muy amplio e incluye en su ámbito de aplicación, como hemos señalado antes, todos los casos en que la relación entre deudor y garante es de carácter no comercial[[43]](#footnote-43). La ventaja de esta formulación es que inviste al principio de seguridad jurídica, ya que al acreedor le basta comprobar la existencia objetiva de la relación para tomar las medidas de protección del garante, sin que tenga que entrar a valorar el estado de la misma y si existe o no dicha confianza[[44]](#footnote-44).

 El caso *Credit Lyonnais Bank Nederland NV v. Burch* (1997)[[45]](#footnote-45) nos ofrece un ejemplo de influencia indebida en una relación en la que no existía implicación sexual ni tampoco de parentesco. En los hechos, una chica de dieciocho años (Burch) es empleada en una compañía, trabando enseguida amistad con su director, Mr. Pelosi, quien es un hombre de negocios italiano diez años mayor que ella. A la edad de veintiún años Burch adquiere un piso, y cinco años más tarde, a petición de Pelosi, constituye una hipoteca sobre este inmueble en seguridad de un préstamo a favor de la empresa, que estaba atravesando dificultades financieras. La Corte de Apelación apreció que el consentimiento de Burch fue obtenido mediante influencia indebida y que el banco, conociendo que la operación era obviamente desventajosa para ella, no adoptó las medidas suficientes para evitar que se le imputara “conocimiento implícito”, por lo que la garantía fue anulada.

 ii) El segundo de los presupuestos contempla la naturaleza de la operación de garantía, y si de ella deriva algún beneficio para el garante. Deberá cuestionarse la validez de la garantía si la mujer la constituye sobre bienes propios en seguridad de deudas de su marido[[46]](#footnote-46); no lo será, sin embargo, si el préstamo se concede conjuntamente a la pareja, a menos que el acreedor tenga conocimiento de que el dinero se empleará para fines particulares de uno de los cónyuges[[47]](#footnote-47). Menos claros son, a juicio de Lord Nicholls, los casos en que la esposa presta garantía por las deudas de una sociedad cuyas acciones o participaciones pertenecen a ambos cónyuges. Estos supuestos deberán ser examinados caso por caso, pues no pueden equipararse a los préstamos para fines conjuntos, ya que la tenencia de participaciones o incluso el desempeño de cargos en la compañía no son una guía fiable para identificar quién dirige realmente los negocios de la empresa[[48]](#footnote-48).

 Concurriendo ambos presupuestos, si el acreedor quiere evitar que le alcance el eventual vicio del consentimiento provocado por el deudor en el garante, debe adoptar una serie de medidas razonables. Como hemos dicho anteriormente, en *Etridge* se estima que lo más adecuado es que el garante reciba asesoramiento de un abogado[[49]](#footnote-49), quien confirmará al acreedor por escrito que ha explicado al garante personalmente, en ausencia del deudor, y de forma comprensible (en lenguaje no técnico)[[50]](#footnote-50), los siguientes extremos: la naturaleza del contrato que va a celebrar; las consecuencias prácticas que puede tener para su patrimonio, y la seriedad de los riesgos que resultan del negocio. Además, el abogado deberá dejar claro al garante que tiene posibilidad de elegir, pues la decisión de contratar es solo suya, debiendo controlar en lo posible si se trata de una voluntad libre y consciente[[51]](#footnote-51).

 La confirmación escrita del abogado de haber cumplimentado adecuadamente estas advertencias impide que el garante pueda luego alegar frente al acreedor la influencia indebida sufrida por parte del deudor. No obstante, si en el ejercicio de estas funciones informativas y de asesoramiento, el abogado observa que es evidente (*“glaringly obvius”*) que el consentimiento del garante está gravemente viciado, deberá declinar de continuar sus servicios y, en caso de no hacerlo, su escrito no protegerá al acreedor[[52]](#footnote-52).

 Se debe advertir, sin embargo, que el hecho de que las previsiones de la sentencia no se hayan cumplido no determina automáticamente que el contrato pueda ser anulado por influencia indebida. Antes bien, el garante deberá probar el vicio en su relación con el deudor (relación entre “A” y “B”) y una vez hecho esto, la falta de cumplimiento de las medidas razonables determinará que se vea afectada la relación de garantía (relación entre “B” y “C”).

 Obsérvese que las medidas previstas en *Etridge* están, en principio, dirigidas a procurar la protección del garante frente al riesgo de sufrir influencia indebida por parte del deudor, pero al acreedor le basta con acreditar que las ha cumplido, sin que deba investigar si el garante está o no realmente bajo abuso[[53]](#footnote-53). En la práctica, por tanto, tales medidas tienden a poner el contrato a salvo para el acreedor, evitando que le alcance el eventual vicio del consentimiento que puede darse en la relación garante-deudor.

 En definitiva, de la elaborada doctrina de la sentencia *Etridge* resulta una regla bienintencionada que, a efectos prácticos, protege más a la entidad financiera que a la mujer, y que es fácil salvar con un formalismo que, por otro lado, aumenta los costes de la operación. En este sentido, Carrasco Perera critica la solución inglesa, entendiendo que el crédito se encarecerá con tales requisitos y es dudoso que al final la posición de la mujer no acabe siendo peor que la que se intentaba remediar. Amén de que no será raro que sea el propio marido deudor el promotor del impulso para que la mujer impugne la garantía, lo que prueba que la distribución de riesgos y de incentivos es perversa[[54]](#footnote-54).

 La misma crítica merece la regla recogida en el artículo IV.G.- 4:103 DCFR, que, con inspiración en la solución inglesa, regula los deberes de información precontractual para las garantías personales en contratos de consumo[[55]](#footnote-55).

3. El abuso de circunstancias por parte del deudor en la prestación de garantía por deuda ajena en otros sistemas europeos

En la Europa continental no es posible encontrar una doctrina tan desarrollada como la anglosajona sobre el abuso de debilidad, confianza o dependencia. No obstante, en la mayoría de los ordenamientos europeos se contienen normas sobre la cuestión, a excepción de España o Bélgica; e incluso, en algunos sistemas la jurisprudencia se ha ocupado específicamente del abuso de circunstancias en la prestación de garantía por deuda ajena. Así ha ocurrido en Alemania y Francia, donde se ha llegado a soluciones no unívocas entre sí, y que difieren asimismo de la solución inglesa.

Si la solución en el sistema inglés era la anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento, en Alemania, el abuso de circunstancias no creadas por el contratante que suponen una asimetría en la negociación se regula como un límite a la autonomía contractual, dando lugar a la nulidad de pleno derecho del contrato. Así, el § 138 I BGB establece la nulidad del contrato contrario al orden público, concretando en el párrafo segundo que, en particular, es nulo el contrato en el que uno de los contratantes obtiene para sí o para un tercero una ventaja desproporcionada, explotando la situación de necesidad, la inexperiencia, la falta de buen juicio o la débil voluntad de la otra parte.

Este segundo párrafo regula la ineficacia de los comúnmente llamados contratos usurarios o leoninos, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán ha declarado que su aplicación requiere la concurrencia no sólo del elemento objetivo de la acusada desproporción entre las prestaciones recíprocas, sino también que se dé alguna de las circunstancias de abuso que la norma señala, es decir, la presencia del elemento subjetivo de la conducta moralmente reprobable[[56]](#footnote-56). Ello implica que el contratante debe tener conocimiento de la situación de debilidad de la otra parte, e intención de prevalerse en su beneficio[[57]](#footnote-57).

 Pero, dado que el segundo párrafo es sólo una concreción de la cláusula general enunciada en el primero y no su restricción[[58]](#footnote-58), la no concurrencia de las circunstancias subjetivas descritas en él no impide que el contrato pueda ser declarado nulo como contrario a *bonos mores* en aplicación de la cláusula general (*wucherähnlichen Geschäften*)[[59]](#footnote-59). Ello no quiere decir, sin embargo, que en este caso se elimine el elemento subjetivo, sino que la jurisprudencia ha insistido en que la aplicación del § 138 I BGB requiere también un comportamiento inmoral o reprobable (BGH 24 enero 1979[[60]](#footnote-60)), pues otra interpretación significaría la reintroducción en el Derecho alemán de la *laesio enormis*, eliminada por los redactores del Código civil alemán[[61]](#footnote-61)*.* No obstante, este requisito subjetivo ha sido tachado de ficticio[[62]](#footnote-62), porque el Tribunal supremo alemán entiende que puede presumirse de las circunstancias del caso, por ejemplo, de la existencia de una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes[[63]](#footnote-63). Ello supone una petición de principio que desplaza todo el peso de la aplicación de la norma al elemento objetivo.

 Cuando el abuso de circunstancias procede de un tercero, la jurisprudencia alemana ha entendido, paralelamente a lo que se establece en el § 123 II BGB para el dolo[[64]](#footnote-64), que un contrato sólo puede declararse nulo ex § 138 I BGB en las hipótesis en que el contratante conocía o, a tenor de las circunstancias concurrentes, debía haber tenido conocimiento de que la otra parte había perfeccionado el contrato como consecuencia de una actuación *contra bonos mores* del tercero, o bien había actuado en complicidad con aquel.

 El Tribunal Supremo alemán se ha ocupado en un nutrido número de pronunciamientos del abuso de vinculación emocional o de dependencia por el deudor en la prestación de garantías por terceros, y ha asentado unos principios jurisprudenciales con relación a dos supuestos: i) el afianzamiento de las deudas paternas por parte de los hijos adultos, pero con insuficiente capacidad económica o aún económicamente dependientes de sus padres, y ii) la constitución de fianza de un cónyuge o conviviente a favor del acreedor del otro. En ambos casos, dándose unas determinadas circunstancias, el contrato se considera nulo por ser contrario a la moral en aplicación del parágrafo 138 I BGB.

 i) En el caso resuelto por la sentencia del BGH de 24 de febrero de 1994[[65]](#footnote-65), la hija de 21 años de un promotor inmobiliario, cuyos ingresos netos eran de 1.150 DM al mes y no tenía otros activos, prestó fianza a favor de aquel por valor de 100.000 DM para asegurar las deudas actuales y futuras de sus relaciones empresariales. El Tribunal Supremo alemán declaró que el progenitor que, actuando en interés exclusivamente propio, induce a su hijo sin experiencia a proporcionar una garantía muy superior a su capacidad financiera actual y esperable en el momento de la constitución de la garantía, y por deudas resultantes de operaciones en las que los hijos no tienen interés jurídico ni económico alguno, vulneran la obligación de asistencia y respeto debida a los hijos (§ 1618a BGB) y actúan contra la moral (§ 138 I BGB). Con respecto al acreedor, entiende el alto Tribunal alemán que el banco actúa de manera inaceptable, al ser negligente en la evaluación de la solvencia económica del hijo, y trivializar frente a este el riesgo y el alcance del contrato que se celebraba, habida cuenta, además, de que carecía de experiencia y estaba unido al deudor principal por una relación de parentesco, por lo que es responsable de la influencia indebida. En consecuencia, siendo su conducta también reprochable, el efecto es la nulidad del contrato de garantía por la vía del § 138 I BGB. Este razonamiento se reitera en numerosas sentencias posteriores, entre las que pueden citarse las siguientes: BGH 10 de octubre de 1996[[66]](#footnote-66); BGH 17 de abril de 1997[[67]](#footnote-67) y 3 de abril de 2003[[68]](#footnote-68).

 ii) En lo que atiene al segundo de los supuestos, el Tribunal Supremo alemán, en sentencia de 18 de septiembre de 1997[[69]](#footnote-69), quiere dejar claro que el mero hecho de que el cónyuge o conviviente del deudor principal constituya una garantía por deudas de este no determina la inmoralidad del contrato. Antes bien, deben concurrir circunstancias añadidas, como la existencia de una evidente desproporción entre el pasivo garantizado y los recursos económicos del garante; a lo que hay que añadir el hecho de el garante no tenga ningún interés en la actividad profesional o empresarial cuyo pasivo se garantiza, y el contrato de garantía no le reporte ventaja alguna (recuérdese que este requisito es exigido también por la jurisprudencia inglesa). La manifiesta discrepancia entre la cuantía de la obligación garantizada y la capacidad financiera del garante determina que la garantía esté económicamente vacía de sentido para el acreedor, y debe hacerle sospechar que el cónyuge o conviviente se embarcó en la operación movido únicamente por la vinculación emocional con el deudor principal. A juicio del Tribunal Supremo alemán, el banco aprovecha estas situaciones de manera reprobable, por lo que la garantía es nula por aplicación del parágrafo 138 I del Código civil alemán[[70]](#footnote-70) (en la misma línea, BGH 8 de octubre de 1998[[71]](#footnote-71))

 En definitiva, retomando el argumento que se exponía al principio sobre la aplicación analógica del parágrafo 123 II BGB a los supuestos de abuso de circunstancias de tercero, adviértase que, en todos estos casos analizados, la garantía es nula porque la jurisprudencia entiende que, dadas las circunstancias del caso, el banco debía haber conocido que el garante no prestaba la garantía con voluntad libre y consciente, sino que lo empujaba a hacerlo la relación emocional o de dependencia que tenía con el deudor principal, que psicológicamente le llevó a creer que no había otra salida[[72]](#footnote-72).

 Por lo que respecta al sistema francés, antes de la reforma operada por la *Ordonnance* nº 2016-131, de 10 de febrero de 2016, el Código civil regulaba en los artículos 1.109 y siguientes sólo tres vicios del consentimiento: error, violencia y dolo; sin contener alusión alguna a la explotación de la situación de debilidad del otro contratante. Sin embargo, ello no quiere decir que la cuestión le fuera ajena al Derecho galo, pues la jurisprudencia había intentado dar solución a los casos planteados ante los tribunales por la vía de la ampliación de los vicios del consentimiento tradicionales, fundamentalmente el vicio de violencia.

 La idea de la existencia de un vicio de violencia que llamaron “económica” había sido sostenido por la doctrina mayoritaria[[73]](#footnote-73) y, tras algunas vacilaciones, la Corte de casación francesa reconoce definitivamente el concepto en la importante sentencia de 3 abril 2002[[74]](#footnote-74). Esta decisión fue confirmada por sentencias posteriores, entre las que puede citarse la de *Cass. Civ. 2e* 5 octubre 2006[[75]](#footnote-75), pero tanto la Sala civil como la comercial han sido escrupulosas a la hora de apreciar el vicio, por lo que las sentencias estimatorias de la pretensión de ineficacia por esta causa no se cuentan en gran número[[76]](#footnote-76). El fundamento de la ineficacia es la falta de libertad del consentimiento viciado por el miedo, lo que justifica para los tribunales galos el sometimiento del supuesto a las reglas de la violencia, y no a las de la lesión[[77]](#footnote-77).

 El legislador de la reforma del Código civil ha consagrado positivamente esta jurisprudencia, recogiendo el abuso de dependencia como una forma de violencia y no como un vicio independiente. El art. 1.143 CC francés dispone que *“il y a égalmente violence lorsqu’une partie, abusant de l’etat de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu’il n’aurait pas souscrit en l’absence d’une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif”.*

 Como puede observarse, el precepto limita la apreciación del vicio desde el punto de vista subjetivo a las situaciones de abuso de dependencia[[78]](#footnote-78), pero no la circunscribe expresamente a la dependencia económica; por lo que en principio (a falta aún de interpretación jurisprudencial del precepto), pueden incluirse en el supuesto de hecho de la norma todas las hipótesis de dependencia (sentimental, psicológica, ligada a una enfermedad o a la edad de la persona, etc)[[79]](#footnote-79). Desde el punto de vista objetivo, se exige el requisito de la obtención de una “ventaja manifiesta”, que no estaba en el art. 1.143 del *Projet d’ordonnance* publicado en 2015, ausencia que había sido alabada por la doctrina, porque alejaba el *abus de faiblesse* de la institución de la lesión[[80]](#footnote-80).

 La calificación del vicio como violencia determina la aplicabilidad del artículo 1.142 del Código civil francés, que establece que la violencia es una causa de anulación del contrato, haya sido ejercida por una parte o por un tercero ajeno a la relación contractual (en el mismo sentido se expresaba el artículo 1.111 CC francés antes de la reforma de 2016). El mayor reproche jurídico que merece la intimidación y su carácter de ilícito, justifica esta diferencia de tratamiento respecto del dolo de tercero del artículo 1.138 CC francés[[81]](#footnote-81). En consecuencia, en el supuesto que nos ocupa, dándose las condiciones del artículo 1.143 CC fr., el garante podrá anular el contrato de garantía por el abuso ejercido por el deudor, que es tercero ajeno a la relación de garantía, aunque el acreedor ignore que el consentimiento estuvo viciado.

 En este sentido, la sentencia de la Corte de Apelación de Douai de 29 de junio de 2006[[82]](#footnote-82) (8e ch., sección 1), anula un contrato de fianza solidaria prestada por una mujer, miembro de una comunidad religiosa, en seguridad de un préstamo para la adquisición de un inmueble por la comunidad, a pesar de que la entidad crediticia beneficiaria era extraña a las presiones ejercidas por el grupo religioso. Para la Corte de Apelación, habida cuenta las convicciones religiosas de la mujer, el miedo a la condena al ostracismo dentro de la comunidad, a la diabolización de su actitud o a la expulsión, como sanciones a su desobediencia, constituye una violencia moral que provoca en la garante el temor a sufrir un mal suficientemente grave para viciar su voluntad, por haber perdido todo libre arbitrio[[83]](#footnote-83).

**II. Las posibles vías de solución en el derecho español a los casos de prestación de garantía por deuda ajena bajo abuso de circunstancias por parte del deudor**

1. Exordio

Hemos visto en el epígrafe anterior cómo tres sistemas de nuestro entorno europeo han afrontado el problema de la prestación de garantía por deuda de otro, cuando el garante está unido al deudor por fuertes vínculos emocionales y afectivos o de confianza, o se encuentra en una situación de debilidad o de dependencia respecto de este. En cada uno de los ordenamientos estudiados se ha dado solución al problema a través de instituciones distintas y los resultados a los que se llega no son tampoco iguales. Así, mientras que en los sistemas inglés y francés es tratado como vicio del consentimiento (influencia indebida y violencia, respectivamente), cuya consecuencia es la anulabilidad del contrato a instancia del garante; en el sistema alemán el supuesto se configura como un contrato contrario a *bonos mores*, implicando la nulidad de pleno derecho.

 En este epígrafe se abordarán las posibles respuestas en Derecho español, conscientes de que se trata de una cuestión que, aunque no ha dado la cara en la jurisprudencia a la manera de lo que ha ocurrido en los tribunales ingleses o alemanes, no puede negarse su existencia en la práctica. Somos también conscientes de que, aunque el problema es fundamentalmente femenino, no sólo es exclusivo de este género. La práctica notarial suministra ejemplos de progenitores de avanzada edad que, porque así se ven obligados por los lazos afectivos, bien afianzan o bien garantizan con su vivienda familiar el préstamo de su vástago, ya sea para la adquisición por este de un inmueble, ya para sus aspiraciones profesionales o empresariales. Más raros, pero no inimaginables, son los supuestos de empleados que garantizan deudas de su empleador (persona física o jurídica), viéndose constreñidos, por temor al despido o a no poder ascender profesionalmente.

 En la solución a estos supuestos, se hace necesario atender a los problemas de riesgo contractual, que exige tomar en cuenta el interés de la parte que ha padecido la falta de libertad, pero también el del otro contratante y del tráfico. Para ello es preciso partir de la base de que existe en el tráfico económico un margen de presiones tolerado, es decir, ninguna decisión de contratar es absolutamente libre[[84]](#footnote-84). En este sentido, como señala García Vicente, la protección que proporcionan los vicios de la voluntad es un “mínimo” y su objeto no es impedir el aprovechamiento de toda situación de debilidad del prójimo, sino sólo aquellas que, ponderados todos los intereses en juego, resulten inadmisibles[[85]](#footnote-85).

 En el análisis de las respuestas jurídicas al problema se deberán tener en cuenta los principios que rigen el Derecho de contratos y, concretamente, la tutela de la confianza, la estabilidad de los contratos y la responsabilidad negocial[[86]](#footnote-86), y a partir de ahí, se habrá de enjuiciar sobre la justicia de la vinculación contractual. Ello obliga a un análisis caso por caso, pues no se trata tanto de valorar si el consentimiento del garante era o no totalmente libre, como de si es justo o no que quede vinculado y continúe estándolo. Para ello será clave considerar la dignidad de protección que merezca la situación de la otra parte[[87]](#footnote-87).

 No existe en el Derecho español un tratamiento dogmático del problema, por ello mi intención es rodear completamente al enemigo, ensayando todas las posibles vías de solución, de la mano de las propuestas del Derecho comparado: 1) el eventual vicio de abuso de debilidad, confianza o dependencia; 2) el vicio de intimidación, y 3) la nulidad del contrato por ilicitud de causa.

2. El abuso de debilidad, confianza o dependencia en el ordenamiento jurídico español

**2.1. La falta de consagración positiva del abuso de debilidad, confianza o dependencia en el sistema español y su tratamiento como vicio de dolo.**

 El artículo 1.265 del Código civil español dispone que “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”. Establece de esta suerte un elenco limitado de los vicios del consentimiento que permiten anular el contrato en el Derecho español[[88]](#footnote-88). Así pues, España se encuadra dentro del grupo minoritario de sistemas europeos que carecen de regulación positiva general sobre el abuso de circunstancias. Fuera del limitado supuesto del préstamo usurario de la Ley de Azcárate (Ley de 23 de julio de 1908, de Usura, art. 1º[[89]](#footnote-89)), de la Ley 499 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra[[90]](#footnote-90) y del reciente art. 621-45, párrafo 1º del Código civil de Cataluña[[91]](#footnote-91), no existe norma alguna que otorgue a los contratantes un remedio contra la explotación de debilidad, confianza o dependencia[[92]](#footnote-92). Por otro lado, el art. 1.267 IV CC español impide comprender en el vicio de intimidación el llamado “temor reverencial”, esto es, el temor a desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto.

 Sin embargo, la amplitud con que se define el dolo en el art. 1.269 CC español, permite según un sector de la doctrina englobar todos los supuestos en que ha habido mala fe en la conclusión del contrato, ya se hayan utilizado engaños, ya imposiciones o captación de la voluntad[[93]](#footnote-93). Esta ha sido también la puerta por la que la jurisprudencia ha introducido en nuestro ordenamiento la protección de los contratantes en los casos de ausencia de libertad de consentimiento por abuso de situación.

 En efecto, en algunos pronunciamientos (aunque no muy numerosos), el Tribunal Supremo ha considerado dolo el aprovechamiento de circunstancias no provocadas por el contratante, que le colocan en una posición negociadora muy favorable, y de las que se prevale para captar la voluntad de la otra parte y obtener beneficio[[94]](#footnote-94). Si bien es cierto que la jurisprudencia no ha sentado claramente los contornos de esta peculiar forma de dolo, podemos decir que en todas sus resoluciones concurren las siguientes circunstancias fácticas: i) debilidad negociadora de una parte, que es aprovechada maliciosamente por la otra para inducirla a perfeccionar el contrato; y ii) contenido contractual beneficioso para el agente y perjudicial para el otro contratante[[95]](#footnote-95). Es esencial resaltar que ninguna de estas sentencias decreta la ineficacia del contrato por la existencia de asimetría en la negociación, ni tampoco por la lesión; antes bien, si se anula el contrato es porque la mala fe del contratante queda demostrada más allá de las circunstancias personales de la otra parte, que aunque son importantes no son decisivas, pues lo que es necesario es que haya captación de voluntad determinante de un consentimiento gravemente viciado[[96]](#footnote-96).

 Las propuestas de reforma del CC español se han inspirado en los textos de armonización del Derecho contractual, y recogen el abuso de debilidad como un vicio independiente. Establece el art. 1.301 PMCC que “[u]na de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que se ha aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión. A petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico”.

 Como puede observarse, el precepto configura la institución exigiendo el elemento subjetivo del abuso de circunstancias por el contratante (con la consiguiente falta de libertad en el consentimiento contractual del otro), y el elemento objetivo de la obtención por la otra parte de una ventaja excesiva e injusta. Pero, por cuanto respecta al primero, no contempla el abuso de la relación de confianza y además, no se requiere respecto del contratante beneficiado que conozca la situación de debilidad de la víctima, pues cuando habla de “aprovecharse injustamente” no está claro si debe referirse al resultado o a la mala fe del beneficiado. Por otra parte, el elemento objetivo de la ventaja excesiva no se cuantifica, por lo que puede afectar tanto al precio como a otras condiciones del contrato[[97]](#footnote-97).

 Y el art. 527-9 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil regula el vicio, que denomina “ventajismo”, disponiendo que “1. Una de las partes puede anular el contrato que en el momento de su celebración otorga a la otra parte una ventaja excesiva, si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que, con conocimiento de causa, se ha aprovechado en contra de la buena fe de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión. 2. También puede la parte perjudicada pretender el reequilibrio del contrato, sobre la base del precio generalmente practicado en el mercado”[[98]](#footnote-98).

 A pesar de que la denominación, poco afortunada a mi juicio, parece poner el énfasis en el aspecto objetivo de la ventaja económica, se trata de una impresión errónea. De la redacción del precepto se deriva el gran peso que se le concede al requisito subjetivo que, aquí sí claramente, se dirige también al contratante beneficiado, exigiéndose que conozca la situación de la otra parte (“con conocimiento de causa”) y que se aproveche de ella “en contra de la buena fe”. Por lo demás, la norma se asemeja bastante al art. 1.301 PMCC y no recoge tampoco la relación de confianza como situación susceptible de abuso.

**2.2. ¿Es posible la ineficacia del contrato de garantía en los casos objeto de estudio por apreciación de dolo vicio?**

 Debemos partir de la base de que la prestación de garantía por deuda de tercero entraña dos relaciones: en primer lugar, la relación deudor – garante, y en segundo lugar, la relación garante – acreedor. En los supuestos en que el deudor, conociendo las especiales circunstancias que hacen vulnerable al garante, se aproveche de ello (mala fe) y le induzca a la celebración de la garantía, podría apreciarse dolo en el deudor si concurren además los requisitos de que sea determinante o causante y grave (arts. 1.269 y 1.270 CC). No es necesario que el garante haya incurrido en error por la insidia del deudor, por ello a veces se habla para aludir a estas situaciones de abuso de circunstancias de “dolo sin error” o “dolo sin engaño”[[99]](#footnote-99). Y, dado que se trata de dolo, tampoco se exige al garante que despliegue diligencia alguna para escapar del vicio, ya que la conducta dolosa merece de por sí reproche jurídico.

 Sin embargo, la relación entre deudor y garante es *inter alios acta* respecto del contrato de garantía, es decir, el deudor doloso es, en principio, un tercero. ¿Puede el garante afectado por el dolo del deudor anular el contrato de garantía o lo impide el hecho de que el *deceptor* sea un tercero? Es cierto que la voluntad del garante no se ha formado con total libertad y, desde este punto de vista merece protección; pero no lo es menos que si el acreedor es totalmente ajeno al engaño, cobran valor las consideraciones que tienen que ver con el principio de confianza y la estabilidad del tráfico.

 El Código civil español no contiene ninguna norma que discipline el dolo de tercero, a pesar de que sí se refiere en el artículo 1.268 al supuesto de empleo de violencia o intimidación por un tercero, dándole relevancia al vicio. Que el dolo viciante debe provenir de un contratante deriva, pues, del tenor literal del art. 1.269 del Código civil (“palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes”) y de la interpretación a contrario del referido art. 1.268 CC[[100]](#footnote-100). Es clásica en la materia la STS de 8 de marzo de 1929, según la cual el dolo “ha de partir de alguno de los contratantes, y no existiendo respecto del dolo precepto análogo al 1.268 del mismo Código que permite atribuir a un tercero no contratante la violencia o intimidación anulatoria de la obligación contenida en el contrato, es forzoso deducir de estos preceptos que el dolo procedente de un tercero que no interviene, directamente por sí ni debidamente representado, en el contrato cuya nulidad se pida por razón del engaño de que fuese víctima quien la reclama, no anula en general el consentimiento prestado mediante el alegado engaño”.

 La razón de la irrelevancia del dolo de tercero se encuentra, según la mejor doctrina, en la nombrada necesidad de protección de la confianza del otro contratante, destinatario de la declaración de voluntad del que lo padece[[101]](#footnote-101), o tal como lo expresa De Castro, en el “respeto a la seguridad del tráfico”[[102]](#footnote-102). Y precisamente por esta razón, se entiende que no debe aplicarse la regla cuando no esté justificada esta protección del otro contratante[[103]](#footnote-103).

 Así, debe apreciarse vicio del consentimiento cuando el autor del dolo es cómplice del contratante o se ha confabulado con él para producir el engaño[[104]](#footnote-104); o conoce la existencia del dolo y se ha aprovechado de él[[105]](#footnote-105). Más dudoso es determinar qué sucede cuando el dolo proviene de tercero y no es conocido por el otro contratante, aunque podría haber sido conocido por este de haber empleado una diligencia normal. Parece que en tal caso no puede hablarse de “aprovechamiento de la maniobra ajena”, por lo que habría de considerarse como dolo de tercero y, en consecuencia, irrelevante[[106]](#footnote-106).

 Sin embargo, el dolo causado por el representante o por el mandatario del contratante entra de lleno en la órbita del art. 1.269 CC, porque estas personas no pueden considerarse propiamente terceros[[107]](#footnote-107).

 Tampoco está justificada la irrelevancia del dolo de tercero en el caso de negocios unilaterales[[108]](#footnote-108), ni en los negocios gratuitos y, más concretamente en las donaciones, pues como advierte Morales Moreno, “el carácter gratuito de la causa y la conexión de esta causa con la voluntad del disponente debe influir en la ponderación del conflicto de intereses”[[109]](#footnote-109).

 En consecuencia, en los casos en que “A”, abusando de la debilidad de “B”, o de la relación de confianza o dependencia que les une, le haya inducido a prestar garantía por deudas suyas a favor del banco “C”, habrá que analizar cuándo “A” debe considerarse tercero en la relación de garantía y cuándo no, es decir, cuándo será aplicable la regla de la irrelevancia del dolo de tercero.

 Según lo expuesto, en caso de que el banco –o en general, el acreedor– sea cómplice o tenga conocimiento de la existencia del abuso en la constitución de la garantía, la regla no será aplicable. Pero, esta situación es tan poco dable en la práctica que no merece más comentario. También será muy raro que se dé el otro límite claro a la irrelevancia del dolo de tercero: que el deudor sea representante o agente del acreedor, y por lo tanto su actuación sea imputable a este.

 Según entienden Díez Picazo y Morales Moreno, el dolo empleado por el posible beneficiario de la estipulación no es irrelevante para el contrato, ya que el beneficiario no es en puridad un tercero[[110]](#footnote-110). ¿Podría extrapolarse esta regla a la garantía por deudas de otro? La respuesta debe ser negativa. La razón por la que en el contrato a favor de tercero tiene relevancia el dolo del beneficiario es que este, aunque propiamente no sea parte en el contrato celebrado entre el estipulante y el promitente, está llamado a integrarse en la relación jurídica que se establece (mediante su aceptación, art. 1.257 II CC), por lo que no debe ser considerado un tercero[[111]](#footnote-111). Sin embargo, la garantía por deuda de tercero no es un contrato a favor de tercero.

 Centrémonos en las dos garantías más habituales, la fianza, como garantía personal, y la hipoteca, como garantía real. Partes del contrato de fianza son, exclusivamente, el fiador y el acreedor. El deudor fiado no es parte en el contrato ni está llamado a integrarse en él. La fianza es válida y produce todos sus efectos aunque el fiado la ignore y aun la contradiga (art. 1.823 II CC). La razón por la que el fiador asume la fianza y las relaciones que mantenga con el fiado son irrelevantes para el acreedor, o dicho de otra manera, no influyen para nada en la obligación fideiusoria: esta es totalmente independiente de la relación que media fiador y deudor[[112]](#footnote-112). Por esta razón, el fiador no puede oponer al acreedor excepciones derivadas de las relaciones entre aquel y el deudor[[113]](#footnote-113), y el dolo del deudor no hace anulable la fianza[[114]](#footnote-114). Por cuanto respecta a la prestación de hipoteca por tercero, constituye un negocio entre el hipotecante y el acreedor, que no requiere la intervención del tercero deudor garantizado[[115]](#footnote-115), ni tampoco la expresión de la causa por la que el tercero sale como garante[[116]](#footnote-116). Y en consecuencia, al igual que sucedía en la fianza, el dolo del deudor no determina la ineficacia de la hipoteca.

 Apuntamos, por último, pero dejamos abierta la cuestión de la posibilidad de que la causa gratuita de la garantía determine la relevancia del dolo de tercero, pues de la gratuidad u onerosidad de la causa en los contratos de garantía nos ocuparemos *infra*[[117]](#footnote-117).

**2.3. En particular: la constitución de hipoteca sobre bienes gananciales o sobre la vivienda familiar habitual en garantía de deudas de uno de los cónyuges, con abuso de confianza, dependencia o debilidad del cónyuge deudor sobre el otro**

 La constitución de hipoteca sobre bienes gananciales (o presuntivamente gananciales) o sobre la vivienda familiar habitual (con independencia del régimen económico que rija las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y de la titularidad del inmueble) debe realizarse por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento –incluso tácito– del otro o, en su defecto, –y solo en el caso de hipotecas constituidas a título oneroso– con autorización judicial (arts. 1.320, 1.375, 1.377 y 1.361 CC y arts. 93 y 94 RH)[[118]](#footnote-118). La falta del consentimiento de uno de los cónyuges en estos supuestos de constitución del gravamen hipotecario tiene como sanción la anulabilidad del contrato, a instancia del cónyuge cuyo consentimiento ha sido omitido (art. 1.322 CC en relación con el art. 1.377 CC, para los bienes gananciales, y con el art. 1.320 I CC, para la vivienda habitual).

 Pues bien, cabe plantearse la posibilidad de que en la constitución de una hipoteca sobre esta clase de bienes en garantía de deudas cuya responsabilidad corresponde a uno de los cónyuges, el consentimiento del no deudor esté mediatizado por el abuso de confianza, dependencia o debilidad, ejercido por el otro cónyuge, con las notas que permiten la apreciación del dolo. En estos casos, como se colige, no es que falte el consentimiento de uno de los cónyuges –base de la aplicación del art. 1.322 CC– sino que uno de los consentimientos necesarios para la constitución de la garantía está viciado de dolo; pero con la peculiaridad de que el vicio no procede del acreedor hipotecario, sino que ha sido ejercido por uno de los componentes de una parte pluripersonal sobre el otro.

 Los tribunales no se han pronunciado expresamente sobre los casos en que una parte contractual está integrada por una pluralidad de personas y uno de los cocontratantes provoca un vicio en la voluntad del otro[[119]](#footnote-119). Y cuando la doctrina ha tratado el tema del dolo en los contratos en los que existe una parte pluripersonal, ha pensado en los casos en que sólo un componente de la parte pluripersonal causa dolo sobre el otro contratante[[120]](#footnote-120), o es uno de los componentes de la parte pluripersonal quien sufre el vicio[[121]](#footnote-121).

 A nuestro juicio, para resolver el problema deben tenerse en cuenta las siguientes premisas:

 a) Que el causante del abuso es parte del contrato, al ser uno de los componentes de una parte pluripersonal.

 b) Que, no obstante lo anterior, el abuso de circunstancias no se proyecta hacia la otra parte del contrato, sino hacia un cocontratante, es decir, hacia quien ocupa la misma posición contractual y con el que, teóricamente, debe existir comunidad de intereses (dolo de un cónyuge sobre el otro).

 c) Que el otro contratante (acreedor hipotecario) es absolutamente ajeno al dolo del cónyuge cocontratante sobre el otro y, en consecuencia, merece protección.

 En este orden de cosas, es preciso ponderar si los intereses tutelados por las normas que ordenan la codisposición para los bienes gananciales y la vivienda familiar habitual justifican el sacrificio del principio de protección de la confianza del otro contratante (destinatario de la declaración de voluntad parcialmente viciada) y de la estabilidad del tráfico.

 La regla de la actuación conjunta en la gestión y disposición de los bienes gananciales (art. 1.375 CC) encuentra su ratio en el principio de igualdad conyugal recogido en la Constitución española (art. 14 CE)[[122]](#footnote-122). Y en el caso de la vivienda familiar habitual, la ratio legis del artículo 1.320 CC estriba en la conservación de la vivienda habitual como núcleo físico en el que se desarrolla la convivencia familiar[[123]](#footnote-123). ¿Debe ceder el principio de confianza y la estabilidad del tráfico ante la protección de estos intereses familiares? A nuestro juicio no.

 Aunque no son aplicables al supuesto, los arts. 1.390 y 1.391 CC, en sede de sociedad de gananciales, permiten extraer algunas reglas que abogan a favor del mantenimiento del contrato. Estos preceptos contemplan el supuesto de actuación por uno solo de los cónyuges que, por su carácter abusivo, dañoso o fraudulento, lesiona los derechos del otro cónyuge o de la sociedad[[124]](#footnote-124). Es opinión común que estas normas presentan los mecanismos de defensa de un cónyuge ante la lesión producida por la actuación de su consorte[[125]](#footnote-125). Pues bien, la sanción de la conducta incorrecta prevista en el precepto es el deber de indemnizar los daños causados (art. 1.390 CC) y el recurso de pedir la extinción de la sociedad (art. 1.393.3º CC). Sólo para el caso de actuación fraudulenta, además del resarcimiento que establece el artículo 1.390 CC, el acto efectuado será rescindible si el adquirente ha procedido de mala fe, esto es, si participó en el *consilium fraudis* (art. 1.391 CC)[[126]](#footnote-126)*.* Así pues, como puede observarse, se prefiere en estas normas la estabilidad del tráfico frente a la protección de la sociedad de gananciales y a los intereses burlados del otro cónyuge, que sólo podrá pedir el resarcimiento. Únicamente en los casos de connivencia del otro contratante, puede el cónyuge perjudicado obtener la ineficacia del contrato.

 En mi opinión, esta debe ser también la solución en el supuesto que nos ocupa. Es decir, deberá aplicarse la regla general de la irrelevancia del dolo de tercero. En consecuencia, para que el cónyuge que ha sufrido el abuso de circunstancias pueda pedir la anulación de la garantía hipotecaria prestada por ambos consortes, será preciso que el acreedor conozca la existencia del abuso de debilidad o confianza y se haya aprovechado de la situación (algo que muy raramente se dará en la práctica o cuya prueba será diabólica). En caso contrario, entiendo que debe primar la tutela de la confianza y la estabilidad de los negocios; y dado que en los vicios del consentimiento no sólo subyace un problema de voluntad, sino también de daños, al cónyuge que ha sufrido el abuso le corresponderá frente a su consorte un derecho de resarcimiento.

3. El vicio de intimidación como vía de solución al problema

 Puede afirmarse que, como vicio del consentimiento, el abuso de debilidad, confianza o dependencia es un híbrido entre el dolo y la intimidación, si bien es cierto que en su configuración se tienen en cuenta consideraciones cercanas a la *laesio enormis.* Tal y como se ha dicho con anterioridad, el legislador de la reforma francesa de 2016, siguiendo una asentada jurisprudencia de la Corte de Casación, ha consagrado positivamente el vicio en el art. 1.143 CC fr. como una forma de violencia (*violence economique*). La cuestión que nos planteamos en este epígrafe es si sería posible, de forma análoga al Derecho francés, buscar la solución en nuestro sistema al supuesto que nos ocupa por la vía de la intimidación, en lugar de por la del dolo. Este cauce permitiría salvar el requisito de la connivencia o el conocimiento del tercero que, ya se ha visto, es necesario para la relevancia del dolo en estos casos.

 La intimidación, regulada en el artículo 1.267 II CC, es un vicio de la voluntad contractual que afecta a la libertad del consentimiento: el contratante que padece el vicio se encuentra en la situación de tener que consentir un contrato que de forma libre y voluntaria no celebraría, para evitar un mal inminente y grave, en su persona o bienes o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. En la violencia y la intimidación nuestro Código civil hace prevalecer el interés de protección del que la soporta sobre el principio de confianza y la estabilidad del tráfico, por razón de la gravedad de la agresión a la libertad de la persona[[127]](#footnote-127). En efecto, el artículo 1.268 del Código civil establece que “la violencia o la intimidación anularán la obligación, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato”. El origen de este tratamiento diferente con respecto al dolo proviene del Derecho romano y lo justificaba García Goyena diciendo que “como el consentimiento para obligarse debe ser perfectamente libre, importa poco la persona que nos priva de libertad”[[128]](#footnote-128). La violencia y la intimidación ejercida por un tercero determinarán la anulabilidad del contrato, incluso cuando el otro contratante no conoce ni puede conocer la situación, ni tampoco obtiene provecho como consecuencia de ella[[129]](#footnote-129). Ello no significa que el interés del que contrata de buena fe quede sin protección, sólo que esta no consistirá en el mantenimiento del contrato, sino en una acción de resarcimiento contra el causante de la amenaza.

 Matiza Carrasco Perera que, aunque es verdad que el Código civil no requiere, para que la impugnación del contrato proceda, la complicidad entre el intimidante y el tercero, ni que el tercero sea un sujeto del que el contratante deba responder, ni finalmente que el contratante haya conocido o podido conocer la conducta ilícita del agente, la regla debe ser aquilatada en combinación con la protección que merece el tercero. Así, a su juicio, si el contratante no es cómplice de la intimidación o no se aprovecha de ella conscientemente *ex post* para su beneficio, la justificación para impugnar el contrato requerirá de razones más consistentes que las exigidas cuando la intimidación proviene de –y la ventaja adviene a– el otro contratante. Es decir, la apreciación de los requisitos será más rigurosa, de forma que la gravedad de la ilicitud de la conducta del tercero y de la falta de libertad de la víctima del vicio, justifiquen la desvinculación del contrato[[130]](#footnote-130).

 Pero, si la configuración del supuesto como intimidación nos permitiría salvar el obstáculo de la irrelevancia de la actuación del tercero que hemos visto para el dolo, la cuestión es: ¿cumple la conducta que analizamos los requisitos que la jurisprudencia exige para la apreciación del vicio de la intimidación? Nótese que en el abuso de debilidad, dependencia o confianza (o ventajismo, como se denomina en el art. 527-9 de la Propuesta de Código civil de la APDC), el agente no crea las circunstancias señaladas, sino que las aprovecha en su beneficio, obteniendo una ventaja injusta a su favor. La acción se tiñe de ilegitimidad, en realidad, por el resultado. De ahí que, junto con el reproche a la conducta del agente (que se prevale o abusa de su posición), se impliquen en esta situación concepciones de justicia conmutativa que la acercan a la lesión (por ello la ley 499 I de la Compilación del Derecho civil de Navarra y el art. 621-45 del CC de Cataluña otorgan como remedio en estos casos la rescisión[[131]](#footnote-131)).

 Puede considerarse como definición jurisprudencial actual de la intimidación la formulada en la STS 27 febrero 1964[[132]](#footnote-132), después reiterada casi literalmente por las SSTS 21 marzo 1970, 31 diciembre 1979, 22 abril 1991, 21 julio 1993, 4 octubre 2002 y 21 octubre 2005[[133]](#footnote-133). Según esta última sentencia: “Para que la intimidación definida en el apartado segundo del art. 1.267 CC pueda provocar los efectos previstos en el art. 1.265 del mismo cuerpo legal y conseguir la invalidación de lo convenido, es preciso que uno de los contratantes o persona que con él se relacione, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral de tal entidad que por la inminencia del daño que pueda producir y el perjuicio que hubiere de originar, influya sobre su ánimo induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses, es decir, consiste en la amenaza racional y fundada de un mal grave, en atención a las circunstancias personales y ambientales, que concurran en el sujeto intimidado y no un temor leve y que entre ella y el consentimiento otorgado, medie un nexo eficiente de causalidad”[[134]](#footnote-134).

 De esta formulación jurisprudencial, infiere la doctrina los siguientes requisitos constitutivos de la intimidación: 1) un contratante presta el consentimiento en un estado de temor racional y fundado; 2) este temor deriva de la amenaza de un mal cualificado; 3) la amenaza ha de ser dolosa o culposa; 4) la amenaza debe tener carácter injusto; y 5) existe nexo causal entre la amenaza y el consentimiento prestado[[135]](#footnote-135). Para valorar la intimidación, el Código civil exige ponderar las circunstancias personales de la persona que la padece (art. 1.267 III CC)[[136]](#footnote-136), pero la jurisprudencia ha aclarado que, además de aquellas, se habrá de atender también a las circunstancias ambientales de quien sufre la coacción. Con cita de numerosa jurisprudencia, García Vicente menciona las siguientes circunstancias de la víctima que deben tomarse en cuenta: su edad avanzada, estado de salud, ideario o posición social; su situación de necesidad vital o supervivencia; su experiencia, o capacidad de resistencia y conocimiento sobre su posición en el tráfico. Dado, además, que la intimidación es un concepto que se construye poniendo en relación a la víctima con quien infunde el temor, la debilidad, desamparo o incultura de esta deben ponderarse a la vista de la superioridad (intelectual, cultural, social o afectiva) de quien intimida (*vid.* STS 21 marzo 1950[[137]](#footnote-137))[[138]](#footnote-138).

 Esta última apreciación permitiría conectar el vicio de intimidación con el problema cuyo estudio nos ocupa, pero no es conveniente sacar conclusiones precipitadas, ya que el correcto análisis implica tener en cuenta los siguientes datos: i) la irrelevancia como vicio del temor reverencial (art. 1.267 IV CC); y ii) el hecho de que, salvo supuestos muy excepcionales, el miedo ambiental no constituya intimidación según la jurisprudencia española.

 Como se ha dicho *supra,* el artículo 1.267 IV del Código civil señala que “el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato”, recogiendo así la figura del “temor reverencial” (*metus reveriantialis*) para negarle efectos viciantes. El temor reverencial es irrelevante porque falta el requisito de la amenaza. No existe en él un temor injustamente provocado, sino que el temor le es imputable al propio intimidado, surge espontáneamente en sus relaciones con determinados sujetos. Dicho de otra manera, su miedo a desagradar deriva de la percepción subjetiva por el timorato de ciertos vínculos, de orden no necesariamente jurídico (también moral o social)[[139]](#footnote-139), que suponen sumisión, respeto, pleitesía o gratitud respecto a otro sujeto, normalmente favorecido en el contrato, pero que no emplea ese vínculo en su ventaja[[140]](#footnote-140). Otra cosa es el aprovechamiento de forma consciente de este temor por quien goza de esa posición de preeminencia o jerarquía, para obtener una utilidad a su favor, lo cual constituiría vicio de dolo, como se ha estudiado en el apartado anterior. Pero en estos casos, hay algo más que el simple temor reverencial[[141]](#footnote-141).

 Con respecto al miedo ambiental, señala Díez Picazo que el hecho de que el artículo 1.267 II del Código civil no exija expresamente que la amenaza intimidatoria proceda de la otra parte contratante (dice, de modo impersonal, que “*se* inspira un temor racional y fundado”), ha planteado en la jurisprudencia el problema de la eficacia anulatoria de los miedos o terrores ambientales, sobre todo en relación con contratos celebrados durante los años de la guerra civil española[[142]](#footnote-142). La STS 4 diciembre 1948[[143]](#footnote-143), declaró que no es preciso para apreciar la intimidación que exista una amenaza expresa en sentido estricto, pues el artículo 1.267 CC “no distingue entre amenaza expresa y tácita, para determinar la nulidad del consentimiento prestado por miedo, cualquiera que sea el procedimiento empleado para inspirarle, ya que la razón debe atender, para calificar la intimidación, más que a la expresión de ciertas palabras, que no siempre revelan intención ni posibilidad de hacer sufrir el mal con que se amenaza, a las circunstancias que hagan temible, por la intención, y posible, por los medios al alcance del que amenaza, la inmediata realización del mal grave constitutivo de la misma”. Sin embargo, a pesar de esta afirmación, el fallo es estimatorio porque se aprecia intimidación imputable a un tercero (comité revolucionario), intimidación que conocía –o debía haber conocido– el otro contratante[[144]](#footnote-144).

 Y es que como señala García Vicente[[145]](#footnote-145), la jurisprudencia perfila la relevancia del terror ambiental contemplando dos parámetros: el primero atiende a la imputación de una amenaza creadora del miedo a un sujeto concreto; y el segundo remite al aprovechamiento de la situación de peligro o temor por una persona a la que resultaba imputable, total o parcialmente, dicha situación[[146]](#footnote-146). En consecuencia, no hay intimidación si el contrato se celebra bajo un temor provocado por las circunstancias ambientales o económicas en que se encuentra el sujeto, ya que falta el requisito de la amenaza, que debe provenir del contratante o de un tercero[[147]](#footnote-147). Y en los casos en que existe aprovechamiento de las circunstancias de miedo ambiental para obtener un provecho injustificado, las decisiones jurisprudenciales, más que a la intimidación, atienden a consideraciones cercanas a la conducta dolosa de quien “se propuso aprovechar, para obtener ventajas injustas, el temor insuperable que racionalmente pensando habría de producir en el espíritu del denunciado” (STS 18 febrero 1944)[[148]](#footnote-148). Volvemos, pues, al vicio del dolo estudiado en el epígrafe anterior.

 Antes de examinar el temor reverencial y el miedo ambiental, ya advertíamos del riesgo de obtener conclusiones precipitadas e intentar subsumir en el vicio de la intimidación los casos de prestación de garantía por deuda ajena bajo abuso de posición del deudor, al amparo de la premisa jurisprudencial de que, para calificar la intimidación, deben ser tenidas en cuenta las circunstancias personales y ambientales de la víctima. Observemos ahora que una gran parte de los casos cuyo estudio nos ocupa caerán bajo la órbita de alguno de estos dos institutos irrelevantes jurídicamente. Con acierto dice Carrasco Perera que en las situaciones familiares, especialmente cuando existe una comunidad de vida, las partes implicadas la valoran lo suficiente como para sacrificar intereses económicos propios, sin que se cierna propiamente una amenaza, pero sí un temor difuso y no explicitado de que la negativa al acto de disposición ponga en riesgo aquella relación[[149]](#footnote-149). Pero esta situación, por sí sola, no colorea de ilegítimo el negocio. Si no existe una amenaza, siquiera tácita, se estaría en el terreno del temor reverencial o del miedo ambiental.

 En presencia de cualquier forma de amenaza, a nuestro juicio, deberá apreciarse intimidación si resulta que el garante prestó su consentimiento bajo temor derivado de esta amenaza y, atendidas las circunstancias presentes en el caso (como la dependencia económica de la mujer, frecuente todavía en algunos matrimonios; o la dependencia psicológica y sentimental…), resulte que prestó la garantía bajo la creencia de no tener otra alternativa razonable[[150]](#footnote-150). Y para la apreciación de intimidación en estos casos no será obstáculo, con el Código en la mano, que el deudor sea un tercero en la relación de garantía, ya que, como hemos visto, la libertad del contratante es un valor que el artículo 1.268 CC estima preferente a la protección del principio de confianza.

 No obstante, a pesar de la letra de la norma, no puede obviarse que el Tribunal Supremo, aunque no lo ha declarado de modo tajante, ha deslizado a modo de *obiter dicta* que la intervención de un tercero suficiente para constituir intimidación debe referirse a un tercero relacionado con el otro contratante (cf. SSTS 27 febrero 1964; 22 abril 1991 y 21 julio 1993[[151]](#footnote-151))[[152]](#footnote-152). En este sentido, Carrasco Perera entiende que si bien puede aparecer como legítimo expandir el terreno de la intimidación a costa del temor reverencial cuando la relación está internalizada entre las partes que ejercen y sufren la presión, no lo está cuando esta expansión habría de pagarse a costa de sacrificar la confianza de un tercero que ha comprometido económicamente sus activos en una operación que, desde su posición, aparece como un intercambio normal de mercado. Y para el concreto caso que analizamos, la prestación de garantías a favor de un acreedor del intimidante, estima que debe marcarse de manera más exigente la diferencia entre intimidación contractual y el simple temor a desagradar, ya que la relación de intercambio se halla externalizada: el acreedor da crédito al intimidante, y no mantiene normalmente ninguna relación directa con el intimidado, y además, aquel recibe algo que desde su posición en la relación subyacente de crédito está plenamente justificado[[153]](#footnote-153).

 A nuestro juicio, sin embargo, en estos casos, la aplicación del artículo 1.268 CC viene además fundamentada por la protección de otros intereses presentes en los supuestos que nos ocupan, y que justificarían el sacrificio del interés del contratante inocente, como el interés de la familia o la protección de la vivienda familiar como elemento de soporte y estabilidad de la familia (en el caso de que sea este el bien sobre el que se ha constituido garantía hipotecaria), etc. Así, en supuestos similares a los tratados en el epígrafe 2.3, de constitución de hipoteca sobre bienes gananciales o sobre la vivienda familiar habitual, en garantía de deudas de uno de los cónyuges, si cabe apreciar amenaza constitutiva de intimidación, entendemos que la solución deberá ser la anulabilidad del contrato. En efecto, a diferencia de lo que ocurría en el dolo, aquí el artículo 1.268 CC permite que la intimidación sufrida por un componente de la parte garante pluripersonal [por causa de la acción del otro (deudor)] afecte al acreedor, cuyo interés debe verse sacrificado ante la vulneración de la libertad del cónyuge víctima de la intimidación, debiendo tenerse en cuenta, además, los referidos principios que, tratándose de esta clase de bienes, entran en juego. Considerando la indivisibilidad del objeto del contrato, no estaríamos ante una anulabilidad parcial, sino total.

 Al hilo del problema en estudio, interesa traer a colación la STS 15 de enero de 2004[[154]](#footnote-154) que, aunque se trata de unos capítulos matrimoniales, posiblemente sea la primera sentencia en la que el Supremo aprecia la invalidez de un negocio por hallarse viciado el consentimiento de uno de los cónyuges a causa de la intimidación ejercida por el otro. En los hechos, la mujer insta la ineficacia de unas capitulaciones matrimoniales, otorgadas constante matrimonio el 26 de marzo de 1988, alegando intimidación por parte de su marido. Lo peculiar del caso es que, tal y como constata la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 12 febrero 2000[[155]](#footnote-155) (recurrida en casación), “la accionante no singulariza la consistencia y especificación temporal del invocado forzamiento de su voluntad negocial y que a la actora incumbía”; pero se considera probado (por testimonios del hijo de los litigantes y de otros familiares), que el demandado tenía totalmente anulada la capacidad de decisión de su esposa, a la que amenazaba con causar daños físicos a su persona y a otros miembros de su familia, así como con suicidarse[[156]](#footnote-156). Del carácter violento del marido da prueba también la existencia de una sentencia del Juzgado de lo Penal de Orense, que lo condena por agredir a su hijo, dándole un golpe en la cabeza con un hacha al levantarse de la mesa tras el almuerzo familiar. En las capitulaciones matrimoniales impugnadas se contenían, según la sentencia de la Audiencia, disposiciones “en notorio quebranto de los intereses de la esposa”, y “estipulaciones insólitas”, sólo explicables como evidencia de la intimidación que sufría. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia de apelación, apreciando la existencia de intimidación. Y respecto a la prescripción de la acción alegada por el marido, el Alto Tribunal hace suyo el fundamento cuarto de la SAP Orense, afirmando que el cómputo comienza con el cese efectivo de la convivencia, porque “acontecida la intimidación en el seno de la convivencia conyugal, esta no cesa hasta que desaparece esa convivencia, a raíz de la separación de los cónyuges”, y el artículo 1.301 CC establece el *dies a quo* para los casos de intimidación o violencia “desde el día en que estas hubiesen cesado”.

 Bayod López, en su comentario a esta sentencia, muestra su preocupación por las afirmaciones generalizantes del Tribunal Supremo en lo que entiende que se trata más de un supuesto de terror ambiental que de un caso de intimidación, dada la situación de violencia doméstica sufrida por la mujer (y su hijo). Es precisamente –a su juicio– el marcado carácter violento del esposo, y las circunstancias sospechosas que rodean al caso –y que son según la Audiencia Provincial, que el abogado del marido es el padre del notario; que en las escrituras se infringe el reglamento notarial, ya que no se valora ningún bien, ni se hacen las advertencias ni reservas legales pertinentes–, las que llevan a la Audiencia (y luego también al Supremo) a calificar el otorgamiento de inválido sobre la base de la intimidación. A raíz de las afirmaciones del Tribunal Supremo, la autora se cuestiona si la violencia doméstica va a constituir en el ámbito familiar una presunción de intimidación contractual o un supuesto de miedo ambiental relevante, al estilo del que tuvo lugar con ocasión de la Guerra Civil[[157]](#footnote-157).

 Y en relación con el cómputo del plazo, se pregunta Bayod si el Tribunal Supremo pretende fijar un *dies a quo* generalizable a todos los casos de violencia doméstica, de modo que el plazo no empezará a correr mientras no exista cese de la convivencia. A lo que cree, esta generalización sería peligrosa, dada la especificidad de los hechos enjuiciados, pues podría abrir la puerta a impugnaciones de cualesquiera contratos celebrados por uno de los cónyuges durante la convivencia común, si demuestra la existencia de intimidación, incluso tras muchos años de la celebración del negocio[[158]](#footnote-158).

 El artificio utilizado por el Tribunal Supremo para el cómputo del plazo a fin de evitar la prescripción, en clara búsqueda de la justicia material en el caso concreto, podría evitarse si nuestro Código civil contemplara la institución de la suspensión de la prescripción, como hacen otros códigos europeos y los textos europeos e internacionales de referencia. En efecto, los diferentes ordenamientos y, especialmente aquellos que han sido objeto de revisión y renovación en los últimos años, tienden a conferir una especial fuerza a la regla expresada con el aforismo latino *“agere non valenti non currit praescriptio”[[159]](#footnote-159)*. Entre las causas de suspensión suele preverse el impedimento fuera de control del titular de la pretensión (arts. 10.8 PU; art. 14.303 PECL; art. 9.3 Principios OHADAC), y especial interés merece el art. III.- 7:303 DCFR que, en su párrafo cuarto, incluye entre los impedimentos susceptibles de suspender la prescripción aquellos de carácter psicológico[[160]](#footnote-160). En los comentarios a dicho precepto, se explica que con la referencia a los impedimentos psicológicos se pretende dar cobertura a casos como los de las víctimas de abuso sexual o de otro tipo en la niñez, que son psicológicamente incapaces de expresar o actuar frente al abuso hasta una fecha muy posterior. Creemos que en esta causa de suspensión del Marco Común Referencia podría encuadrarse también el caso decidido por la sentencia que comentamos.

 Trayendo la doctrina de la sentencia al supuesto en estudio, cabe plantearse si en los casos en que se haya probado la existencia de violencia de género, la garantía prestada por la mujer, víctima de violencia, por una deuda del marido con perjuicio de su patrimonio propio, la vivienda familiar o los bienes gananciales, debe presumirse ineficaz por intimidación.

 En mi opinión, la respuesta aquí también debe ser negativa. Estoy de acuerdo con Bayod en la peligrosidad del planteamiento, y la falta de seguridad jurídica que supondría poner bajo amenaza de ineficacia todos los negocios jurídicos concluidos durante la convivencia violenta. Además, en ausencia de una doctrina jurisprudencial asentada que configure un supuesto de miedo ambiental relevante en los casos de violencia de género, el cónyuge que alegue la intimidación deberá probar –como requisito de la misma– el nexo causal directo entre la amenaza y el concreto contrato de garantía celebrado. Como advierte Morales Moreno, la actuación intimidatoria debe referirse, de modo concreto, a la celebración del contrato en el que se invoca el vicio de la voluntad. La celebración del contrato debe ser la consecuencia de la amenaza[[161]](#footnote-161). Sí es cierto, no obstante, que existiendo violencia de género probada, el hecho de que el contrato celebrado cause al cónyuge un claro perjuicio o lesión puede constituir un indicio de la existencia de intimidación, aunque aquella no sea necesaria para la ineficacia del contrato, como deriva del artículo 1.300 del Código civil, que establece que “los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley”. En este sentido, en la sentencia analizada, el tribunal de apelación (y luego también el Supremo) otorga singular relieve, en materia de prueba del vicio invalidante que afecta a la voluntad de la esposa, a la circunstancia de haber celebrado un negocio jurídico notoriamente perjudicial para sus intereses[[162]](#footnote-162).

 La concurrencia de la intimidación determinará la anulabilidad del contrato de garantía, así como la indemnización de daños y perjuicios causados a la víctima del vicio y que no pueda reparar la anulación (y que se fundamentaría en estos casos en el artículo 1.902 CC), amén de la eventual respuesta penal que pueda acarrear[[163]](#footnote-163)

4. La nulidad del contrato de garantía celebrado bajo abuso de circunstancias por parte del deudor por ilicitud de la causa

De manera análoga a como se ha visto para el Derecho alemán, un sector de la doctrina española ha apuntado la posibilidad de considerar nulos por ilicitud causal (causa inmoral) los contratos en los que una de las partes sufre abuso de circunstancias por parte del otro contratante[[164]](#footnote-164).

 Independientemente de la postura que se mantenga acerca del concepto de causa[[165]](#footnote-165), no se discute su función como elemento de control del ordenamiento jurídico sobre las reglamentaciones jurídico-privadas[[166]](#footnote-166). En este sentido, el artículo 1.275 del Código civil recoge la licitud como un requisito causal del contrato, y dispone que es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral; precepto que debe ser conectado con los artículos 1.255 y 1.261 CC[[167]](#footnote-167). La jurisprudencia ha interpretado la ilicitud de la causa con gran amplitud, y es aplicada en supuestos muy diversos[[168]](#footnote-168). Así lo reconoce expresamente el Alto Tribunal en sentencia de 2 abril 1941[[169]](#footnote-169): “el concepto de causa ilícita, tal como lo desenvuelve y aplica con gran amplitud y flexibilidad la doctrina moderna, permite cobijar no sólo convenciones ilícitas por razón de su objeto o de su motivo, cuando este último pueda y deba ser tomado en consideración por estar integrado en el contenido del contrato, sino también múltiples convenciones que, no encerrando en sí ningún elemento de directa antijuricidad, son ilícitas por el matiz inmoral que reviste la operación en su conjunto”. Como advierte Clavería Gosálbez, cuando el Tribunal Supremo emplea la técnica de la causa ilícita ex artículo 1.275 CC para provocar la nulidad del contrato, unas veces lo ilícito es una de las prestaciones; otras, la operación en su conjunto; otras, en fin, el móvil querido o admitido por las partes[[170]](#footnote-170).

 La ilicitud de la causa se determina en el Código civil por su oposición a la ley o a la moral (comúnmente denominada en este último caso como causa “torpe”). Jurídicamente es ilícita la causa que se opone a las leyes de naturaleza imperativa o vulnera principios inspiradores del ordenamiento. Son también contratos con causa ilegal los contrarios al orden público y los que perjudican o dañan injustificadamente a terceros[[171]](#footnote-171). Por su parte, la moral debe ser entendida como buenas costumbres[[172]](#footnote-172), es decir, como convicciones o estándares sociales imperantes en el momento social en que se celebra el contrato, presididas por el concepto de orden público como límite de dichas convicciones[[173]](#footnote-173). Según De Castro, el estigma de causa opuesta a la moral, o de contraria a las buenas costumbres, será merecido cuando el resultado práctico del negocio lo repugne la conciencia social y ella lo considere indigno de amparo jurídico[[174]](#footnote-174). Estamos ante un concepto jurídico indeterminado incluido en la norma para otorgarle eficacia a lo largo de los años, independientemente de la sociedad y sus transformaciones[[175]](#footnote-175).

 Siguiendo el íter de nuestro análisis, es preciso plantearse si la conducta del deudor de aprovechamiento de las circunstancias de debilidad, confianza o dependencia del garante teñiría de inmoralidad la causa de la garantía. O dicho de otra forma, asumido que el comportamiento del deudor que se prevale de su posición es inmoral, la clave de la cuestión está en si esa inmoralidad presente en las relaciones entre el deudor y el garante tiene relevancia en el contrato de garantía. Estamos, por consiguiente, en el terreno de la peculiaridad de la causa en los contratos de garantía, máxime cuando dicha garantía ha sido prestada por un tercero no deudor, dado que se trata de un negocio que afecta, simultáneamente, a la esfera de varias personas.

 Como se ha visto con anterioridad, la garantía prestada por un tercero entraña unas relaciones, al menos, con tres términos: deudor – garante – acreedor. Ello complica sobremanera cuestiones como la influencia de los móviles determinantes de la dación de la garantía o la del fallo de los presupuestos en los que las partes basaban la constitución de la garantía[[176]](#footnote-176).

 Lacruz Berdejo señala que cuando un tercero interviene como garante, la prestación de la garantía puede venir justificada por la relación entre garante y deudor; por la relación entre garante y acreedor, por ambas o incluso autónomamente, por sí misma, y ello deberá tenerse presente en el juicio sobre la causa de la garantía y el control de su licitud[[177]](#footnote-177).

 En los supuestos de prestación de garantía por el cónyuge o parientes próximos u otras personas unidas al deudor por vínculos de confianza o dependencia, la justificación de la atribución en garantía hay que buscarla siempre en esta relación. Es preciso analizar, en consecuencia, cómo interactúan las referidas relaciones entre sí, y si las vicisitudes de cada una de ellas tienen influencia sobre las demás.

 Pensemos que el deudor, prevaliéndose de la debilidad de su cónyuge, conviene con este (por citar el ejemplo más habitual) que constituya garantía hipotecaria sobre un inmueble de su propiedad privativa (o que ambos la constituirán, en caso de bien ganancial o vivienda habitual), o que preste fianza por una deuda privativa suya (relación deudor – garante). Y, a continuación, en virtud de este acuerdo, el cónyuge presta la garantía a favor del banco acreedor. Pues bien, el carácter de acto de cumplimiento que reviste la prestación de garantía por el cónyuge, no introduce como elemento de su validez y eficacia la relación antecedente entre el deudor y el garante, ajena a la que media entre garante y acreedor. O dicho de otra manera, en el marco de la relación jurídica acreedor – garante no entra la causa de la obligación asumida por el garante frente al deudor, ya que es *res inter alios acta*. Ello tiene como consecuencia que la causa inmoral de aprovechamiento de circunstancias, determinante del pacto entre el deudor y el garante, no anula la constitución de la garantía si el acreedor es ajeno a aquella, al menos si tal constitución no es gratuita en relación al acreedor[[178]](#footnote-178). Y, por cuanto respecta a la tercera relación en lid, la que media entre acreedor y deudor (obligación principal garantizada), influirá de manera decisiva en la relación de garantía sobre la base del principio de accesoriedad.

 De lo dicho resulta que la constitución de la garantía viene afectada, a la vez, por causas de ineficacia procedentes de la relación entre acreedor y deudor y por otras que pueden aquejar a la relación entre garante y acreedor; pero en línea de principio no le afectan las causas provenientes de la relación entre deudor y garante. Y ello no porque exista abstracción de la causa en los contratos de garantía (como en ocasiones ha dicho el Tribunal Supremo), sino por la externidad de dicha relación respecto del acreedor[[179]](#footnote-179).

 Dos son los casos en que el vicio de la causa de la relación entre deudor y garante tendrá relevancia en la relación garante – acreedor. El primero es cuando la causa inmoral sea conocida por el acreedor, porque desaparece la externidad y, además, podría decirse que también hay por su parte aprovechamiento de circunstancias, por lo que la causa de la garantía está igualmente viciada. El segundo es, como apuntaba Lacruz[[180]](#footnote-180), cuando la garantía sea gratuita. No aclara el ilustre civilista cuáles son las razones que fundamentan la relevancia de la ilicitud de la causa de la relación que justifica la atribución de garantía en los supuestos de gratuidad de esta, sin embargo, parece lógico pensar que es así. A mi juicio, el fundamento podría buscarse en que, cuando la garantía se presta de forma gratuita, tiene su causa en “la mera liberalidad del bienhechor” (art. 1.274 CC), es decir, en el *animus* del garante de conceder una ventaja sin recibir nada a cambio (el acreedor obtiene siempre una ventaja de la garantía, ya que aumenta la calidad de su crédito, al poder dirigirse contra otro patrimonio, en la fianza personal, o contra bienes ajenos al deudor mediante un procedimiento de ejecución, con posibilidad de persecución *erga omnes* y preferencia para el cobro del crédito garantizado, en la garantía real). Pues bien, si este *animus* no existe porque el consentimiento del garante no es libre, el contrato de garantía queda sin causa[[181]](#footnote-181). A este argumento basado en la causa, podría sumarse el de la falta de justificación de la protección de un contratante que no realiza ningún sacrificio patrimonial, frente al interés del cónyuge que ha puesto en riesgo su patrimonio bajo abuso de posición, sin recibir nada a cambio; pero este argumento no sería válido si, como defendemos, la garantía es también onerosa cuando el garante recibe contraprestación no del acreedor, sino del deudor. Ahora bien, ¿cuándo debe considerarse gratuito un contrato de garantía?

 Los negocios jurídicos de garantía son neutros, en el sentido de que admiten la forma onerosa y gratuita[[182]](#footnote-182). Mas, a la hora de valorar cuándo la constitución de la garantía por el tercero no deudor es onerosa o gratuita topamos de nuevo con la dificultad de que se trata de un negocio que afecta a la esfera de varias personas. La onerosidad o gratuidad de la garantía no puede hacerse depender del negocio constitutivo de la obligación principal garantizada (en el sentido de que si garantiza un préstamo oneroso debe considerarse onerosa y viceversa), pues aunque el carácter accesorio de las garantías las sujeta al crédito en cuanto a su existencia y subsistencia, ello no implica que deba atribuírseles la misma naturaleza[[183]](#footnote-183). Para calificar la gratuidad u onerosidad de la garantía constituida por el tercero habrá que atender al conjunto de las relaciones imbricadas.

 De manera general, puede afirmarse que la garantía será onerosa si existe una contraprestación a favor del garante, ya provenga esta del acreedor o del deudor, pues su sacrificio de desplazar el riesgo del incumplimiento sobre su patrimonio está compensado con una ventaja patrimonial[[184]](#footnote-184). También será onerosa la garantía si la ventaja patrimonial la obtiene el deudor a cargo del acreedor, por ejemplo, si gracias a la garantía, se le ha concedido el crédito o su renovación, o ha obtenido unas condiciones más favorables[[185]](#footnote-185).

 En el supuesto en estudio, el cónyuge garante no recibirá ninguna contraprestación por parte del deudor, ni tampoco a cargo del banco, así que la atención debe centrarse en la relación entre el acreedor y el deudor, esto es, si el acreedor hace algún tipo de sacrificio a cambio de la ventaja que adquiere. Como hemos dicho, si el acreedor no hubiera concedido el crédito sin la garantía, o lo hubiera concedido en condiciones más desfavorables, la garantía será onerosa. No existe en nuestro ordenamiento un precepto análogo al artículo 2.901 II del Código civil italiano, que a los efectos de la acción revocatoria, presume onerosa la garantía prestada por un tercero contextualmente a la constitución del crédito[[186]](#footnote-186), pero en la realidad de las operaciones actuales (máxime si son operaciones de préstamos y créditos con entidades bancarias, dado su carácter empresarial), no tiene sentido presumir su gratuidad. Ello permitirá que se pueda probar a partir de presunciones que la garantía se contrajo mediante contraprestación al deudor, pues “las reglas del criterio humano” a las que hay que atender para asentar una presunción judicial, según el artículo 386 LEC, se respetan[[187]](#footnote-187). Será entonces el cónyuge garante quien deba desvirtuar la presunción judicial aportando prueba de la gratuidad.

 Respecto a esta cuestión de la gratuidad u onerosidad de la causa, una exigua jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia concursal, calificó la hipoteca constituida en garantía de deuda ajena como acto gratuito, a los efectos de las acciones de reintegración (SSTS 8 marzo 2010; 13 diciembre 2010 y 8 noviembre 2012[[188]](#footnote-188)). Esta doctrina sirvió de base a la STSJ Cataluña de 28 febrero 2011[[189]](#footnote-189) para declarar la ineficacia de la garantía sobre la base del artículo 9 del Código de familia de Cataluña (aplicable por razones temporales), en un caso de hipoteca constituida por el cónyuge de la actora sobre la vivienda habitual en común, en garantía de un préstamo concedido a un hijo nacido de anteriores nupcias[[190]](#footnote-190).

 Actualmente tal tesis ha sido desterrada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, a partir de la sentencia de 30 abril 2014[[191]](#footnote-191), entiende que debe presumirse la onerosidad de las garantías contextuales: “La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero” (FD 6º, nº 5)[[192]](#footnote-192). La doctrina de esta sentencia es seguida por la STS 2 junio 2015[[193]](#footnote-193) y las recientes SSTS 31 marzo y 27 junio 2017[[194]](#footnote-194), por lo que puede decirse que la línea está consolidada.

 En cambio, si la garantía se hubiera concedido después del nacimiento de la obligación, las citadas sentencias de 31 de marzo y 27 de junio de 2017 presumen que la causa es la mera liberalidad, salvo que se acredite que la garantía se prestó a cambio de una contraprestación o ventaja. No obstante, entiendo que esta presunción lo es sólo a los efectos de la aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal, no pudiendo extrapolarse tal doctrina a los casos que nos ocupan.

5. La obligación del deudor que abusó de las circunstancias de debilidad, confianza o dependencia de indemnizar los daños causados

 En los supuestos en que el aprovechamiento de las circunstancias por parte del deudor que induce al tercero a prestar la garantía no tenga relevancia como dolo (dolo de tercero) o intimidación (por constituir temor reverencial o miedo ambiental), o no permita fundamentar la nulidad del contrato por ilicitud de la causa, no obstante quedará abierta al garante, víctima del abuso, la posibilidad de reclamar responsabilidad frente al deudor por los daños que su conducta antijurídica le ha causado.

 Se trata de una responsabilidad extracontractual (art. 1.902 CC) tendente a restablecer el equilibrio patrimonial deshecho por la actuación dolosa, pues como se ha visto a lo largo de este trabajo, el deudor es un tercero ajeno al contrato de garantía. Ello es discutible, sin embargo, en los casos de abuso de posición de un cónyuge sobre otro en los supuestos de prestación conjunta de garantía sobre vivienda o bien ganancial, en cuyo caso podría hablarse de responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*.

**III. EXCURSUS: LA PREVENCIÓN DEL ABUSO DE CIRCUNSTANCIAS Y LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA**

 Para cerrar este trabajo, nos queda preguntarnos si es posible y debe construirse en nuestro ordenamiento una regla al estilo inglés, que obligue al acreedor a un deber cualificado de diligencia e información precontractual cuando las garantías se presten por familiares del deudor o personas unidas a este por vínculos de confianza o dependencia, a fin de evitar la presunción del vicio de abuso de circunstancias o ventajismo.

 Tal presunción, evidentemente, no cabe en el Derecho español, donde el consentimiento se presume libre en cualquier circunstancia, correspondiendo la prueba del vicio a quien lo alega. Por otro lado, tras los abusos que se produjeron en los años previos a la crisis de 2008 en el mercado del crédito hipotecario, el legislador europeo y español ha dictado normas tendentes a su prevención. Así, deberes de transparencia e información en la fase precontractual se imponen a los prestamistas en los créditos inmobiliarios en la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, si bien hay que dejar claro que la Directiva no trata de la garantía, sino del otorgamiento del crédito[[195]](#footnote-195). Y en nuestro ordenamiento se establecen estos deberes, entre otras normas, en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, y la más amplia en su ámbito de aplicación Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; así como en la futura norma de transposición de la referida Directiva 2014/17/UE, cuyo Proyecto se ha publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) en fecha de 17 de noviembre de 2017 (núm. 12-1), con el título de Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

 La preocupación de la doctrina porque las normas reguladoras de la transparencia en los préstamos hipotecarios tomaran en consideración la posición jurídica de los terceros garantes, a fin de imponer a los prestamistas unas obligaciones respecto de los mismos semejantes a las exigidas en relación con el deudor[[196]](#footnote-196), ha recibido respuesta en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En esta norma se extiende la protección, por mandato expreso, a los fiadores o garantes de operaciones crediticias inmobiliarias, siempre que sean personas físicas (artículos 1 y 2.2*,* segundo inciso[[197]](#footnote-197)), supuesto en que entra de pleno el caso en estudio, despejando las dudas que pudieran existir con anterioridad[[198]](#footnote-198). El Proyecto de Ley sigue así la senda marcada por el artículo 261-2, párrafo 2º, del Código de consumo de Cataluña[[199]](#footnote-199), que si bien con carácter restringido a los contratos de préstamo hipotecario, concede a los avalistas y, si procede, a los propietarios hipotecantes, la misma protección que a las personas consumidoras[[200]](#footnote-200). Y en el mismo sentido, la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda, declara ya en su exposición de motivos y con referencia al título preliminar que “se introduce el reconocimiento de la persona que intervenga como garante, en su caso, en el préstamo hipotecario como sujeto protegido por la norma. La experiencia de estos últimos años obliga a remediar el déficit de atención que la normativa que incide sobre esta materia ha mantenido con dicha figura. Si se parte de la premisa de que la persona garante puede llegar a responder del cumplimiento de las obligaciones que del préstamo hipotecario se derivan como consecuencia del incumplimiento de la persona consumidora y usuaria deudora principal, parece razonable que se le facilite información de las condiciones de contratación al mismo nivel que a esta, así como toda aquella específica que le incumba en razón de su posición en el contrato suscrito” (apartado II). Y, posteriormente, al delimitar su ámbito de aplicación en el artículo 2.2, establece que la protección contemplada en la norma se extenderá también a las personas que como garantes intervengan en la operación de préstamo hipotecario suscrito por una persona consumidora o usuaria[[201]](#footnote-201).

 Para Gálvez Criado, la obligación de información precontractual debe tener con respecto al garante la misma extensión que en relación con el prestatario, debiendo facilitarse también a él la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN). Asimismo, todos los terceros garantes deben ser informados clara y suficientemente de la forma y extensión de las obligaciones que habrían de asumir conforme a la garantía que se proyecta otorgar al préstamo hipotecario, es decir, de su posición jurídica y económica en relación al contrato principal (los riesgos del contrato). Adicionalmente, debe quedar muy claro a los garantes personales que estos responden de la deuda asumida con todo su patrimonio, incluida en su caso su vivienda habitual, y que es posible incluso que todo su patrimonio no sea suficiente para cubrir su totalidad, y que aun así, seguirán debiéndola en el futuro[[202]](#footnote-202).

 Estima Albiez Dohrmann que deberá precisarse en cada escenario el grado de transparencia que se debe dispensar a los garantes. Por ejemplo, las RRDGRN de 27 febrero y 10 diciembre 2015[[203]](#footnote-203), consideran que la cláusula de expresión manuscrita del art. 6 de la Ley 1/2013, debe ser exigida al tercero que garantiza el préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda[[204]](#footnote-204). Creemos que es quizás en esta línea donde la jurisprudencia podría afinar, imponiendo un especial deber de cuidado cuando exista una relación familiar, conyugal o de pareja entre deudor y garante (o, por decirlo emulando a Lord Nicholls, cuando la relación no sea comercial). Nótese que por lo que se refiere a la regla inglesa de la conveniencia de asesoramiento legal por abogado independiente, en España esta función la cumplen con solvencia los notarios, en su deber genérico de control de legalidad de todos los actos y negocios que autorizan y sus deberes de control específicos en los préstamos hipotecarios e inmobiliarios (vigente art. 30 de la Orden EHA/2899/2011 y arts. 12.1 y 13 del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario). Pero en ausencia de esta jurisprudencia, no se exige un mayor grado de información y transparencia que el impuesto en caso de un garante estándar. De todas formas, debo mostrar aquí mis dudas acerca de que las cautelas de transparencia pudieran evitar el vicio del que tratamos en este trabajo, porque no se trata de un vicio relativo al conocimiento, que es lo pretendido por los deberes de información, sino que afecta a la libertad, lo que hace difícil detectarlo en notaría.

**IV. BIBLIOGRAFÍA**

Albaladejo García, M., *Derecho civil I,* 19ª ed. (revisada y puesta al día por Díaz-Alabart, S.), Edisofer, 2013, Madrid. Albiez Dohrmann, K.J., “Comentario del artículo 1.275”, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil,* (dir. Pasquau Liaño, M., coord. Albiez Dohrmann, K.J. y López Frías, A.), t. II, 2ª edición, Comares, Granada, 2009, pp. 2378-2385. *Id.,* “Opciones legales para la transposición pendiente de la Directiva 2014/17/UE”, *Revista de Derecho privado,* 2016, 5-6, pp. 3-72. *Id.,* “Algunas reflexiones básicas sobre el ámbito de aplicación de la futura regulación legal de los contratos de crédito inmobiliario”, en prensa, obra consultada por cortesía del autor. Arroyo Amayuelas, E., “La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”, *InDret* 2/2017. Asociación de profesores de derecho civil, *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, Tirant lo Blanch*,* Valencia, 2016. Armbrüster, C.,§ 138, en AA.VV. *Münchener Kommentar zum Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil*, 6ª ed., Verlag C.H. Beck, Munich, 2012. Atiyah, P.S. y Smith, S.A., *Atiyah’s Introduction to the Law of contract,* 6ª ed., Clarendon Press, Oxford, 2005. Bayod López, C., “Comentario a la Sentencia de 15 de enero de 2004 (RJ 2004, 202)”, *CCJC* núm. 66/2004, consultada en Aranzadi Digital *BIB* 2004\1547. Beale, H.G., *Chitty on contracts,* 30ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, Thomson-Reuters, 2008. Beale, H.G., Fauvarque-Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D. y Vogenauer, S., *Cases, materials and text on Contract Law,* Hart Publishing, Oxford, 2010. Bosch Capdevila, E., “Estado de necesidad y consentimiento contractual. ¿Una reinterpretación de los conceptos de violencia e intimidación como vicios del consentimiento a la luz del Derecho contractual europeo y comparado?”, *RCDI,* nº 711, 2009, pp. 57-96. *Id.,* “Libro II. Capítulo 7. Causas de invalidez del contrato”, *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia* (Coord. Vaquer Aloy, A. Bosch Capdevila, E. y Sánchez González ,M.P.) tomo I, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 480-486. Carrasco Perera, A., *Derecho de contratos,* 2ª ed., Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2017. Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y Marín López, M.J., *Tratado de los derechos de garantía. Tomo I. Garantías personales. Introducción a las garantías reales. Hipoteca.* 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015. Cartwright, J., *Contract Law. An introduction to the English Law of contract for the civil lawyer,* 2ª ed., Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregón), 2013. Clavería Gosálbez, L.H., “Comentario del artículo 1.275”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1º B, arts. 1.261-1.280(Dir. Albaladejo, M.y Díaz Alabart, S.), EDERSA, Madrid, 2004, consultado en vLex. De Castro, F., *El negocio jurídico,* Civitas, Madrid, 1997. De Cossío y Corral, A., *El dolo en el Derecho civil,* Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1955. De los Mozos, J.L., “Comentario de los arts. 1.390 y 1.391”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVIII, vol. 2, arts. 1.344 a 1.410 (Dir. Albaladejo, M.y Díaz Alabart, S.), EDERSA, Madrid, 2005, consultado en vLex. Del Olmo García, P., “La renegociación de los contratos bajo amenaza. (Un comentario a la STS 29 de julio de 2013)”, *ADC,* tomo LXVII, 2014, fasc. 1, pp. 313-328. Díez-Picazo y Ponce de León, L., “Par delictum y par causa turpitudinis”, *Academia Sevillana del Notariado,* tomo V,1991, pp. 173-192. *Id., Fundamentos del Derecho civil patrimonial, vol. I. Introducción. Teoría del Derecho,* 6ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007. Dörner, H., § 138, en *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar* (dir. R. Schulze), 6ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2009. Durkeim, E., *Leçons de sociologie,* 3ª ed., PUF, París, 1997. Fehlberg, B., *Sexually transmitted debt. Surety experience and english law,* Clarenton Press, Oxford, 1997. Furstom, M.P., *Cheshire, Fifoot & Furstom’s Law of contract,* 15ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2007. Gálvez Criado, A., “Los terceros garantes en préstamos hipotecarios con consumidores: deberes de información y de evaluación de solvencia”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm. 144/2016, consultado en la BD Aranzadi Digital, BIB 2016/80488. García Pérez, R., “La prescripción en el Derecho europeo”, *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional.* *Tomo II* (Ed. Sánchez Lorenzo, S.), 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 1057-1094. García Vicente, J.R., “La intimidación en los contratos (estudio jurisprudencial)”, *RD Patrimonial,* nº 9, 2002, pp. 117-132. *Id.,* “Comentario del artículo 1.265 del Código civil”, *Comentarios al Código civil* (dir. Bercovitz, R.), tomo VII, Tirant lo blanc, Valencia, 2013, pp. 9093-9100. *Id.,* “Comentario del artículo 1.267 del Código civil”, *Comentarios al Código civil* (dir. Bercovitz, R.), tomo VII, Tirant lo blanc, Valencia, 2013, pp. 9111-9120. *Id.,* “Comentario del artículo 1.268 del Código civil”, *Comentarios al Código civil* (dir. Bercovitz, R.), tomo VII, Tirant lo blanc, Valencia, 2013, p. 9121. *Id.,* “Comentario de los artículos 1274 a 1.277”, *Comentarios al Código civil* (dir. Bercovitz, R.), tomo VII, Tirant lo blanc, Valencia, 2013, pp. 9146-9161. Gil Membrado, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013. Gullón Ballesteros, A., “Onerosidad y gratuidad en la fianza convencional”, *Diario La Ley,* 1989, 3, pp. 789-791, consultado en la BD laleydigital360. LA LEY 18025/2001. Hunter, R., McGlynn, C., Rackley, E., *Feminist Judgements. From theory to practice*, Hart Publishing, Oxford, 2010. Klein, J., “Le consentement”, *Projet d’ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications, La Semaine Juridique, Édition Générale,* suplemento al nº 21, 25 marzo 2015, pp. 14-19. Lacruz Berdejo, J.L., “La causa en los contratos de garantía”, *RDCI,* nº 544, 1981, pp. 709-755 (consultado en vLex). Lacruz Berdejo, J.L., Sancho Rebullida, F.A. *et alii*, *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones. Vol. 1º. Parte General. Teoría general del contrato,* 5ª ed. revisada y puesta al día por Rivero Hernández, F., Dykinson, Madrid, 2011. *Id.,* *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones. Vol. 2º. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito,* 5ª ed. revisada y puesta al día por Rivero Hernández, F., Dykinson, Madrid, 2013. Larenz, K. y Wolf, M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,* 9ª ed., CH Beck, Munich, 2004. Legeais, D., “Le vice de violence morale peut être invoqué par une caution ayant perdu tout libre arbitre”, *Revue de Droit Bancaire et Financier,* marzo-abril 2007, p. 21. López Frías, A.M., “Clases de nulidad parcial del contrato en el Derecho español”, *ADC* tomo XLIII, 1990, fasc. 3, pp. 851-866. Louiseau, G., “La violence”, *Traité de Droit civil. La formation du contrat. Tome 1: Le contrat. Le consentement* (Ghestin, J., Loiseau, G.y Serinet, Y.M.),4ª ed., LGDJ, París, 2013, pp. 1209-1250. Marín López, M.J., “§4. Elementos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato”, en *Tratado de contratos*, t. I, 2ª ed., (dir. Bercovitz, R.), Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 597-746. McKendrick, E., *Contract Law*, Palgrave, Londres, 2015. Morales Moreno, A.M., “Intimidación, ausencia de causa, causa ilícita y culpabilidad de los contratantes (Anotaciones a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1986)”, *ADC* 1988, fasc. 2, pp. 607-618. *Id.,* “Comentario de los artículos 1.267 y 1.268”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1º B, arts. 1.261-1.280(Dir. Albaladejo, M.y Díaz Alabart, S.), EDERSA, Madrid, 2004, consultado en vLex. *Id.,* “Comentario de los artículos 1.269 y 1.270”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1º B, arts. 1.261-1.280(Dir. Albaladejo, M.y Díaz Alabart, S.), EDERSA, Madrid, 2004, consultado en vLex. Palazón Garrido, M.L., “El dolo como vicio del consentimiento”, *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional. Tomo I* (ed. Sánchez Lorenzo, S.), 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 1221-1268. Pasquau Liaño, M., “Comentario de los artículos 1.267 y 1.268”, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil,* (dir. Pasquau Liaño, M., coord. Albiez Dohrmann, K.J. y López Frías, A.), t. II, 2ª edición, Comares, Granada, 2009, pp. 2339-2343. *Id.,* “Comentario de los artículos 1.269 y 1.270”, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil,* (dir. Pasquau Liaño, M., coord. Albiez Dohrmann, K.J. y López Frías, A.), t. II, 2ª edición, Comares, Granada, 2009, pp. 2344-2349. Peel, E., *The Law of contract,* 13ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2011. Rivera Hernández, M., “Comentario del artículo 1.320”, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil,* (dir. Pasquau Liaño, M., coord. Albiez Dohrmann, K.J. y López Frías, A.), t. II, 2ª edición, Comares, Granada, 2009, pp. 2546-2558. *Id.,* “Comentario del artículo 1.375”, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil,* (dir. Pasquau Liaño, M., coord. Albiez Dohrmann, K.J. y López Frías, A.), t. II, 2ª edición, Comares, Granada, 2009, pp. 2759-2762. *Id.,* “Comentario de los artículos 1.390 y 1.391”, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil,* (dir. Pasquau Liaño, M., coord. Albiez Dohrmann, K.J. y López Frías, A.), t. II, 2ª edición, Comares, Granada, 2009, pp. 2792-2795. Rojo Ajuria, L., *El dolo en los contratos,* Madrid, Civitas, 1994. Saborido Sánchez, P., *La causa ilícita: delimitación y efectos,* Tirant lo blanch, Valencia, 2005. Staudinger, J. – Horn, N, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 765 - 778 (Bürgschaft)*, 12ª ed., Sellier – De Gruyter, 1997.

1. [1994] 1 A.C. 180. [↑](#footnote-ref-1)
2. Mediante la *undue influence,* los tribunales de Equidad atendieron a la anulación de contratos celebrados en este tipo de situaciones, ante la insuficiencia del vicio de intimidación (*duress*) del Derecho común (*vid.* Cartwright, J., *Contract Law. An introduction to the English Law of contract for the civil lawyer,* 2ª ed., Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregón), 2013, pp. 185-186). [↑](#footnote-ref-2)
3. [1990] 1 Q.B. 923. [↑](#footnote-ref-3)
4. [2001] UKHL 44; [2002] 2 A.C. 773. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Vid.* Beale, H.G., *Chitty on contracts,* 30ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, Thomson-Reuters, 2008, § 7-059, p. 627; Cartwright, J., *op. cit.*, p. 186; y Peel, E., *The Law of contract,* 13ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2011,§ 10-014, p. 448. [↑](#footnote-ref-5)
6. *Leading case* en la materia es *Williams v. Bayley* (1866) LR 1 HL 200. [↑](#footnote-ref-6)
7. En *Dunbar Bank Plc v. Nadeem* (1998) 3 All E.R. 876, 883-884, el tribunal declaró en este sentido que *“[t]he court of equity is a court of conscience. It sets aside transactions obtained by the exercise of undue influence because such conduct is unconscionable”.*

Señala Beale que debe resultar de los hechos que el otro contratante, al actuar, antepuso su propio interés al de la parte influida (*op. cit.,* § 7-067, p. 632). [↑](#footnote-ref-7)
8. [1994] 1 A.C. 200. [↑](#footnote-ref-8)
9. Beale, H.G., *op. cit.,* § 7-065, p. 630-631. [↑](#footnote-ref-9)
10. *Vid. Royal Bank of Scotland v. Etridge (No. 2)*, párrafo 18: *“[e]xamples of relationships within this special class are parent and child, guardian and ward, trustee and beneficiary, solicitor and client, and medical adviser and patient. In these cases the law presumes, irrebuttably, that one party had influence over the other. The complainant need not prove he actually reposed trust and confidence in the other party. It is sufficient for him to prove the existence of the type of relationship”*. [↑](#footnote-ref-10)
11. [2011] EWCA Civ 1602. [↑](#footnote-ref-11)
12. [1931] 1 Ch 289. [↑](#footnote-ref-12)
13. [1961] 1 W.L.R. 1442, 1445. [↑](#footnote-ref-13)
14. [2005] EWCA Civ 50. [↑](#footnote-ref-14)
15. *Vid.* McKendrick, E., *Contract Law*, Palgrave, Londres, 2015*,* p. 301-302; Peel, E., *op. cit.,* § 10-022, p. 453, y ampliamente, Beale, H.G., *op. cit.,* §§ 7-074 a 7-077, pp. 636-637. [↑](#footnote-ref-15)
16. *Vid.* Beale, H.G., *op. cit.,* § 7-078 y Peel, E., *op. cit.,* § 10-022, p. 454 [↑](#footnote-ref-16)
17. [1994] 1 A.C. 180. [↑](#footnote-ref-17)
18. [1986] LR 2 Ch App 55. [↑](#footnote-ref-18)
19. [1985] QB 326. [↑](#footnote-ref-19)
20. [1978] Ch 14. [↑](#footnote-ref-20)
21. Para un amplio catálogo de ejemplos, *vid.* Beale, H.G., *op. cit.,* § 7-084, p. 641. [↑](#footnote-ref-21)
22. Y ello porque no es extraño que en contratos civiles entre personas unidas por parentesco familiar u otro vínculo de confianza, el balance entre prestación y contraprestación no atienda a parámetros de mercado, y no por ello puede decirse que ha habido abuso, sino que simplemente, en atención al vínculo, la transacción se ha producido en términos favorables para una de las partes. Por ello, el nuevo test, expresado en los toscos términos lingüísticos de *“calling for explanation”*, se adecua más a la esencia de este tipo de casos (*Cf.* Atiyah, P.S. y Smith, S.A., *Atiyah’s Introduction to the Law of contract,* 6ª ed., Clarendon Press, Oxford, 2005*,* p. 286). [↑](#footnote-ref-22)
23. *Vid.* Furstom, M.P., *Cheshire, Fifoot & Furstom’s Law of contract,* 15ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 396; Atiyah, P.S. y Smith, S.A., *op. cit.,* p. 287; Beale, H.G., Fauvarque-Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D. y Vogenauer, S., *Cases, materials and text on Contract Law,* Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 588. [↑](#footnote-ref-23)
24. Un estudio detallado del problema puede verse en Fehlberg, B., *Sexually transmitted debt. Surety experience and english law,* Clarenton Press, Oxford, 1997. [↑](#footnote-ref-24)
25. *Vid. ad ex.* *CIBC Mortgages Plc v. Pitt* [1994] 1 A.C. 200; y Royal Bank of Scotland v. Etridge (No. 2) [2001] UKHL 44, [2002] 2 A.C. 773.

El caso *Etridge* forma parte de lo que un grupo de juristas y académicas inglesas han llamado “sentencias feministas”: *vid*. <https://www.kent.ac.uk/law/fjp/cases/property.html>; *vid.* asimismo, Hunter, R., McGlynn, C., Rackley, E., *Feminist Judgements. From theory to practice*, Hart Publishing, Oxford, 2010. [↑](#footnote-ref-25)
26. *Vid. Kings North Trust Ltd v. Bell* [1961] 1 W.L.R. 119; y *Barclays Bank Plc v. O’Brien* [1994] 1 A.C. 180. [↑](#footnote-ref-26)
27. [1993] Q.B. 109. [↑](#footnote-ref-27)
28. Esta doctrina derivaba de la sentencia del *Privy Council* sobre caso *Turnbull v. Duval* [1902] AC 429. [↑](#footnote-ref-28)
29. En palabras de Lord Browne-Wilkinson: *“…a creditor is put on inquiry when a wife offers to stand surety for her husband’s debts by the combination of two factors: a) the transaction is on its face not to the financial advantage of the wife; and b) there is a substantial risk in transactions of that kind that, in procuring the wife to act as a surety, the husband has committed a legal or equitable wrong, that entitles the wife to set aside the transaction. It follows that, unless the creditor who is put on inquiry takes reasonable steps to satisfy himself that the wife’s agreement to stand surety has been properly obtained, the creditor will have constructive notice of the wife’s rights… [A] creditor will have satisfied these requirements if it insists that the wife attend a private meeting (in the absence of the husband) with a representative of the creditor at which she is told of the extent of her liability as surety, warned of the risk she is running and urged to take independent legal advice”*. [↑](#footnote-ref-29)
30. *“Where one cohabitee has entered into an obligation to stand as surety for the debts of the other cohabitee and the creditor is aware that they are cohabitee: 1) the surety obligation will be valid and enforceable by the creditor unless the suretyship was procured by the undue influence, misrepresentation or other legal wrong of the principal debtor; 2) if there has been undue influence, misrepresentation or other legal wrong by the principal debtor, unless the creditor has taken reasonable steps to satisfy himself that the surety entered into the obligation freely and in knowledge of the true facts, the creditor will be unable to enforce the surety obligation because he will be fixed with constructive notice of the surety’s right to set aside the transaction; 3) unless there are special exceptional circumstances, a creditor will have taken such reasonable steps to avoid being fixed with constructive notice if the creditor warns the surety (at a meeting not attended by the principal debtor) of the amount of her potential liability and of risks involved and advises the surety to take independent legal advice…”*

Sobre este pronunciamiento y la doctrina de *“constructive notice”*, *vid.* Beale, H.G., *op. cit.,* pp. 652-653, par. 7-106 a 7-108; Furstom, M.P., *op. cit.,* pp. 399-400, y Beale, H.G., Fauvarque-Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D. y Vogenauer, S., *op. cit.,* pp. 600-603. [↑](#footnote-ref-30)
31. *Vid. supra* epígrafe I.1 [↑](#footnote-ref-31)
32. *Vid.* Furstom, M.P., *op. cit.,* pp. 400-401. [↑](#footnote-ref-32)
33. Respectivamente, [1995] 1 All ER 929; [1995] 1 All ER 936; [1997] 4 All ER 816; [2004] EWCA Civ 816, [2004] 3 All ER 463. Un repaso de estos pronunciamientos que siguieron a *O’Brien* puede verse en Fehlberg, B., *op. cit.,* p. 59 y ss. [↑](#footnote-ref-33)
34. [2001] UKHL 44, 87. [↑](#footnote-ref-34)
35. [2001] UKHL 44, 50. [↑](#footnote-ref-35)
36. Furstom, M.P., *op. cit.,* p. 402. [↑](#footnote-ref-36)
37. *Vid.* por todos, Beale, H.G., *op. cit.,* pp. 654-655, par. 7-111 a 7-113; y Peel, E., *op. cit.,* p. 462, par. 10-039 a 10-040. [↑](#footnote-ref-37)
38. *“…The ‘tenderness’ shown by the law to married women is not based on the marriage ceremony but reflects the underlying risk of one cohabitee exploiting the emotional involvement and trust of the other. Now that unmarried cohabitation, whether heterosexual or homosexual, is widespread in our society, the law should recognize this. Legal wives are not the only group which are now exposed to the emotional pressure of cohabitation…”* [↑](#footnote-ref-38)
39. [2001] UKHL 44, 47. [↑](#footnote-ref-39)
40. Un supuesto influencia indebida en una relación paterno-filial es el caso *Avon Finance Co v. Bridger* (1979) [1985] 2 All ER 281. En el caso, unos ancianos progenitores garantizaron con hipoteca sobre su casa familiar un préstamo para su hijo. La Corte de Apelación entendió que el hijo había incurrido en dolo e influencia indebida, y el vicio debía afectar a la entidad financiera, debiendo considerarse al hijo como agente de esta, pues la financiera no había tratado directamente con los garantes, ni los había informado para asegurar su criterio independiente.

Nótese que la sentencia aplica la doctrina de considerar al deudor como agente del acreedor, que más tarde será abandonada en la sentencia *Barclays Bank plc v. O’Brien* (1994). [↑](#footnote-ref-40)
41. [2001] UKHL 44, 82, Lord Nicholls: *“…Sexual relationships are no more than one type of relationship in which an individual may acquire influence over another individual. The O'Brien decision cannot sensibly be regarded as confined to sexual relationships, although these are likely to be its main field of application at present. What is appropriate for sexual relationships ought, in principle, to be appropriate also for other relationships where trust and confidence are likely to exist”.* [↑](#footnote-ref-41)
42. En este sentido, Atiyah, P.S. y Smith, S.A., *op. cit.,* p. 292. [↑](#footnote-ref-42)
43. [2001] UKHL 44, 87, Lord Nicholls: *“…the only practical way forward is to regard banks as 'put on inquiry' in every case where the relationship between the surety and the debtor is non-commercial”.* [↑](#footnote-ref-43)
44. *Vid.* Peel, E., *op. cit.,* p. 464, par. 10-040. [↑](#footnote-ref-44)
45. [1997] 1 All ER 144. [↑](#footnote-ref-45)
46. [2001] UKHL 44, 44. [↑](#footnote-ref-46)
47. [2001] UKHL 44, 48, Lord Nicholls: *“As to the type of transactions where a bank is put on inquiry, the case where a wife becomes surety for her husband's debts is, in this context, a straightforward case. The bank is put on inquiry. On the other side of the line is the case where money is being advanced, or has been advanced, to husband and wife jointly. In such a case the bank is not put on inquiry, unless the bank is aware the loan is being made for the husband's purposes, as distinct from their joint purposes. That was decided in CIBC Mortgages Plc v Pitt”*. [↑](#footnote-ref-47)
48. [2001] UKHL 44, 49, Lord Nicholls: *“Less clear cut is the case where the wife becomes surety for the debts of a company whose shares are held by her and her husband. Her shareholding may be nominal, or she may have a minority shareholding or an equal shareholding with her husband. In my view the bank is put on inquiry in such cases, even when the wife is a director or secretary of the company. Such cases cannot be equated with joint loans. The shareholding interests, and the identity of the directors, are not a reliable guide to the identity of the persons who actually have the conduct of the company's business”.* [↑](#footnote-ref-48)
49. El banco deberá consultar directamente con el garante sobre sus preferencias acerca del abogado que actuará, advirtiéndole que una vez obtenga la confirmación escrita de que le han sido explicados todos los extremos, no podrá discutir la obligatoriedad del contrato celebrado. Si el abogado ya presta sus servicios al deudor y al garante conjuntamente, el banco deberá preguntarle si prefiere otro abogado [2001] UKHL 44, 79. *Vid.* Beale, H.G., *op. cit.,* pp. 657-658, par. 7-118. [↑](#footnote-ref-49)
50. [2001] UKHL 44, 66. [↑](#footnote-ref-50)
51. [2001] UKHL 44, 65, Lord Nicholls: *“…Typically, the advice a solicitor can be expected to give should cover the following matters as the core minimum. (1) He will need to explain the nature of the documents and the practical consequences these will have for the wife if she signs them. She could lose her home if her husband's business does not prosper. Her home may be her only substantial asset, as well as the family's home. She could be made bankrupt. (2) He will need to point out the seriousness of the risks involved. The wife should be told the purpose of the proposed new facility, the amount and principal terms of the new facility, and that the bank might increase the amount of the facility, or change its terms, or grant a new facility, without reference to her. She should be told the amount of her liability under her guarantee. The solicitor should discuss the wife's financial means, including her understanding of the value of the property being charged. The solicitor should discuss whether the wife or her husband has any other assets out of which repayment could be made if the husband's business should fail. These matters are relevant to the seriousness of the risks involved. (3) The solicitor will need to state clearly that the wife has a choice. The decision is hers and hers alone. Explanation of the choice facing the wife will call for some discussion of the present financial position, including the amount of the husband's present indebtedness, and the amount of his current overdraft facility. (4) The solicitor should check whether the wife wishes to proceed. She should be asked whether she is content that the solicitor should write to the bank confirming he has explained to her the nature of the documents and the practical implications they may have for her, or whether, for instance, she would prefer him to negotiate with the bank on the terms of the transaction. Matters for negotiation could include the sequence in which the various securities will be called upon or a specific or lower limit to her liabilities. The solicitor should not give any confirmation to the bank without the wife's authority”*. [↑](#footnote-ref-51)
52. [2001] UKHL 44, 62. [↑](#footnote-ref-52)
53. [2001] UKHL 44, 53. [↑](#footnote-ref-53)
54. *Vid. Derecho de contratos,* 2ª ed., Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2017,9/16, pp. 371-372. [↑](#footnote-ref-54)
55. Artículo IV. G. – 4:103: *Creditor’s pre-contractual duties*

*“(1) Before a security is granted, the creditor has a duty to explain to the intending security provider: (a) the general effect of the intended security; and (b) the special risks to which the security provider may according to the information accessible to the creditor be exposed in view of the financial situation of the debtor.*

 *(2) If the creditor knows or has reason to know that due to a relationship of trust and confidence between the debtor and the security provider there is a significant risk that the security provider is not acting freely or with adequate information, the creditor has a duty to ascertain that the security provider has received independent advice.*

*(3) If the information or independent advice required by the preceding paragraphs is not given at least five days before the security provider signs the offer of security or the contract creating the security, the offer can be revoked or the contract avoided by the security provider within a reasonable time after receipt of the information or the independent advice. For this purpose five days is regarded as a reasonable time un- less the circumstances suggest otherwise.*

*(4) If contrary to paragraph (1) or (2) no information or independent ad- vice is given, the offer can be revoked or the contract avoided by the security provider at any time.*

*(5) If the security provider revokes the offer or avoids the contract according to the preceding paragraphs, the return of benefits received by the parties is governed by Book VII (Unjustified Enrichment)”.* [↑](#footnote-ref-55)
56. BGH LM § 154 Nr. 1, *NJW* 1951, 397; LM (Ba) Nr. 2; BGHZ 80,153; WM 1982, 849; RGZ 93, 27, 29; OGH SZ 42/2.

*Vid.* asimismo, Armbrüster, C.,§ 138, en AA.VV. *Münchener Kommentar zum Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil*, 6ª ed., Verlag C.H. Beck, Munich, 2012*,* parágrafos 141 y 142,p. 1508; Beale, H.G., Fauvarque-Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D. y Vogenauer, S., *op. cit.,* p. 567 y 576; y Dörner, H., § 138, en *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar* (dir. R. Schulze), 6ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2009, parágrafos 15 y 16, p. 130. [↑](#footnote-ref-56)
57. *Vid.* BGH 8 julio 1982, *NJW* 1982.2767, 2768. *Vid.* también Larenz, K.y Wolf, M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,* 9ª ed., CH Beck, Munich, 2004, § 41, par. 64, p. 750. [↑](#footnote-ref-57)
58. Armbrüster, C., *op. cit.,* par. 142, p. 1508. [↑](#footnote-ref-58)
59. *Vid.* Armbrüster, C., *op. et loc. cit.;* Dörner, H., *op. cit.,* par. 16, p. 130; y Beale, H.G., Fauvarque-Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D. y Vogenauer, S., *op. cit.,* p. 577. [↑](#footnote-ref-59)
60. *NJW* 1979, 758. [↑](#footnote-ref-60)
61. Son palabras de la sentencia del BGH 12 marzo 1981, *BGHZ* 80, 153. [↑](#footnote-ref-61)
62. *Vid.* Armbrüster,C., *op. cit.,* par, 129 y ss, pp. 1505-1506. [↑](#footnote-ref-62)
63. BGH WM 1696, 1255, 1257; BGH, *NJW* 1979; 758; BGHZ 80,153, [↑](#footnote-ref-63)
64. Según el § 123 BGB, si el dolo procede de tercero, el contrato puede ser anulado si la otra parte contratante conocía el engaño o debía haberlo conocido. [↑](#footnote-ref-64)
65. *NJW* 1994, 1341-1344. [↑](#footnote-ref-65)
66. *NJW* 1997, 52-54. [↑](#footnote-ref-66)
67. *NJW* RR 1997, 1199. [↑](#footnote-ref-67)
68. *JurionRS* 2003, 16465. [↑](#footnote-ref-68)
69. *NJW* 1997, 3372-3374. [↑](#footnote-ref-69)
70. *Vid.* especialmente los fundamentos jurídicos 13 y 14 de la sentencia. [↑](#footnote-ref-70)
71. *NJW* 1999, 58-60. [↑](#footnote-ref-71)
72. *Vid.* Staudinger, J. – Horn, N., *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 765 - 778 (Bürgschaft)*, 12ª ed., Sellier – De Gruyter, 1997, § 765, núms. 162-175.

Se hacen eco también de esta doctrina Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y Marín López, M.J., *Tratado de los derechos de garantía. Tomo I. Garantías personales. Introducción a las garantías reales. Hipoteca.* 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 150. [↑](#footnote-ref-72)
73. *Vid.* el debate doctrinal en Loiseau, G., “La violence”, *Traité de Droit civil. La formation du contrat. Tome 1: Le contrat. Le consentement* (Ghestin, J., Loiseau, G. y Serinet, Y.M.),4ª ed.,LGDJ, París, 2013*,* § 1507-1508,pp. 1241-1243; asimismo, Bosch Capdevila, E., “Estado de necesidad y consentimiento contractual. ¿Una reinterpretación de los conceptos de violencia e intimidación como vicios del consentimiento a la luz del Derecho contractual europeo y comparado?, *RCDI,* nº 711, 2009, p. 82, nota al pie nº 56. [↑](#footnote-ref-73)
74. Nº 00-12.932: *JurisData* nº 2002-013787. [↑](#footnote-ref-74)
75. *D.* 2007, p. 2215, con nota de G. Raoul-Cormeil. No publicada en el *Bulletin.* [↑](#footnote-ref-75)
76. *Vid.* Loiseau, G., *op. cit.,* § 1511,pp. 1246-1248 [↑](#footnote-ref-76)
77. Loiseau, G., *op. cit.,* § 1510, p. 1246. [↑](#footnote-ref-77)
78. El Proyecto de Ordenanza de Reforma del año 2015, sin embargo, incluía también el *“abuse de l’état de nécessité”*. Esta referencia al estado de necesidad había sido criticado por la doctrina por su amplitud e imprecisión, fuente potencial de un alto grado de inseguridad jurídica (*vid.* Klein, J., “Le consentement”, *Projet d’ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications, La Semaine Juridique, Édition Générale,* suplemento al nº 21, 25 marzo 2015, p. 18). [↑](#footnote-ref-78)
79. *Vid. Rapport JO 11 févr. 2016.* [↑](#footnote-ref-79)
80. *Vid.* Klein, J., *op. et loc. cit.* [↑](#footnote-ref-80)
81. El artículo 1.138 CC fr. exige para que el dolo de tercero vicie el contrato que este sea representante, gestor de negocios, agente o dependiente del contratante que obtiene la ventaja, o bien esté en connivencia con él. [↑](#footnote-ref-81)
82. CA Douai, 8e ch., sec. 1, nº 05/00784, *Juris-Data* nº 2006-321046*.* *Vid.* nota de Legeais, D., “Le vice de violence morale peut être invoqué par une caution ayant perdu tout libre arbitre”, *Revue de Droit Bancaire et Financier,* marzo-abril 2007, p. 21. [↑](#footnote-ref-82)
83. *“…Attendu qu’en égard aux convictions religieuses de Mme Ameels, qui motivaient son engagement dans la vie communautaire de la Communauté la source, la menace de l’éviction, sanction de la désobéissance, ainsi que la diabolisation de cette attitude, constitue une violence morale de nature à provoquer la crainte d’un mal suffisamment considérable pour vicier sa volonté de cautionner. […] Qu’il résulte en effet de l’enquête que les communautaires avaient perdu tout libre arbitre et que Mme Ameels, selon Mme Bultel, Breda ‘était victime d’une véritable lobotomisation’ et selon M. Muchery, prête catholique qui reconnaît toutefois ne pas avoir eu connaissance du cautionnement litigieux, celle-ci subissait une autorité tellement pesante qu’elle ne pouvait pas se soustraire aux demandes qui lui étaint faites…”*. [↑](#footnote-ref-83)
84. El sociólogo francés Émile Durkheim afirma que el libre consentimiento exigido por el Código civil no se da jamás en la práctica, ya que “los contratos no son nunca conformes a nuestros deseos, y quien dice contrato, dice sacrificios acordados para evitar otros más graves” (*Leçons de sociologie,* 3ª ed., PUF, París, 1997, p. 232).

En este mismo sentido, Carrasco Perera señala que “económicamente, siempre se consiente bajo restricciones, ante la perspectiva de bienes escasos, de la necesidad de sacrificar opciones secundarias y la «amenaza» de estados alternativos o la presión de la necesidad” (*op. cit.,* p. 366). [↑](#footnote-ref-84)
85. *Vid.* “Comentario del artículo 1.265 del Código civil”, *Comentarios al Código civil* (dir. Bercovitz, R.), tomo VII, Tirant lo blanc, Valencia, 2013, pp. 9093-9094; y del mismo autor, “La intimidación en los contratos (estudio jurisprudencial)”, *RD Patrimonial,* nº 9, 2002, p. 117. [↑](#footnote-ref-85)
86. *Vid.* García Vicente, J.R. , “Comentario del artículo 1.265…” *cit.*, p. 9094. [↑](#footnote-ref-86)
87. En este sentido, *vid.* Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, vol. I. Introducción. Teoría del Derecho,* 6ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 186. [↑](#footnote-ref-87)
88. *Vid.* Díez-Picazo, L., *Fundamentos… cit.,* p. 185. [↑](#footnote-ref-88)
89. “Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”. [↑](#footnote-ref-89)
90. “Quien haya sufrido lesión enorme, a causa de un contrato oneroso que hubiere aceptado por apremiante necesidad o inexperiencia, podrá pedir la rescisión del mismo. Se entenderá por lesión enorme el perjuicio de más de la mitad del valor de la prestación, estimada al tiempo del contrato. Si el perjuicio excediere de los dos tercios de aquel valor, la lesión se entenderá enormísima”. [↑](#footnote-ref-90)
91. Artículo 621-45. Ventaja injusta: “1. El contrato de compraventa y los otros de carácter oneroso pueden rescindirse si, en el momento de la conclusión del contrato, una de las partes dependía de la otra o mantenía con ella una relación especial de confianza, estaba en una situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, era incapaz de prever las consecuencias de sus actos, manifiestamente ignorante o manifiestamente carente de experiencia, y la otra parte conocía o debía conocer esta situación, se aprovechó de ello y obtuvo un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta”.

No obstante, se ha de tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha declarado la suspensión de la vigencia y aplicación del artículo 3 de la Ley 3/2017 del Libro VI del Código civil de Cataluña, en cuanto a los arts. 621-1 a 621-54, 621-56 y 621-57; del artículo 4, en cuanto a los arts. 622-21 a 622-42 y del artículo 9, en cuanto a la disposición transitoria primera, desde el 22 de mayo de 2017, para las partes en el proceso y desde el 14 de junio de 2017, para los demás, por providencia del TC de 14 de junio de 2017, que admite a trámite el recurso de inconstitucionalidad 2557/2017 [BOE núm. 141, de 14 de junio de 2017, p. 48892]. [↑](#footnote-ref-91)
92. En el Derecho marítimo encontramos una aplicación específica del supuesto en el art. 8 de la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, sobre auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimos, que establece: “[t]odo convenio de auxilio y de salvamento estipulado en el momento y bajo el influjo del peligro podrá ser, a petición de una de las partes, modificado por el Tribunal Marítimo Central, si se estima que las condiciones estipuladas no son equitativas. En todos los casos en que se pruebe que el consentimiento de una de las partes ha sido viciado por dolo o engaño, o, cuando la remuneración esté, por exceso o por defecto, fuera de proporción con el servicio prestado, el convenio podrá ser anulado o modificado por el Tribunal a requerimiento de la parte interesada”. [↑](#footnote-ref-92)
93. En tal sentido se pronunció tempranamente De Castro (*El negocio jurídico,* Civitas, Madrid, 1997, § 198, p. 150), para quien ello permite considerar anulables contratos en los que una de las partes provoca o aprovecha una situación de temor o de falta de libertad sin las notas del art. 1.267 CC. Asimismo, Morales Moreno entiende que “en la descripción del supuesto del art. 1.269 no aparece como requisito necesario el de la inducción al error, sino el de la captación ilícita de la voluntad. Esto permite ampliar el campo de aplicación de dolo, abarcando casos en que hay abuso de situación” [“Comentario de los artículos 1.269 y 1.270”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1º B, arts. 1.261-1.280(Dir.. Albaladejo, M y Díaz Alabart, S.), EDERSA, Madrid, 2004, consultado en vLex]. Y en la misma línea se pronuncia Díez Picazo [*Fundamentos del Derecho civil patrimonial…*, p. 204]; y Marín López [“§4. Elementos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato”, en *Tratado de contratos*, t. I, 2ª ed., (dir. Bercovitz, R.), Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 635].

Para otro sector doctrinal, los casos de abuso de posición no tienen cabida en el concepto de dolo. Así, para Rojo Ajuria la solución a estos supuestos debe buscarse en el art. 7 CC (*El dolo en los contratos,* Civitas, Madrid, 1994, p. 253). Y Carrasco Perera considera que con la interpretación amplia se cae en el “riesgo de mezclar en un *totum convolotum* el dolo, la intimidación contractual y la justicia contractual contraria a la buena fe, que deben mantenerse como remedios separados” [*op. cit.,* p. 329]. Además, se muestra contrario a la implantación de una norma que tipifique el vicio en nuestro ordenamiento jurídico, argumentando la profunda contradicción interna que supondría en un sistema que no admite la rescisión por lesión, y que “vacía de contenido instituciones más seguras de control de contenido, como la causa ilícita o el control de orden público (arts. 1.255 y 1.275 CC)” (*op. cit.,* p. 375). Contrario a esta opinión de Carrasco se muestra García Vicente (“La intimidación…” *cit.,* p. 118), a quien le parece acuciante introducir una regla legal expresa a la vista del Derecho contractual europeo (art. 4:109 PECL, y II.- 7:207 DCFR) y también del Derecho contractual del comercio internacional (art. 3.2.7 PU).

Por su parte, Bosch Capdevila propone una reinterpretación el concepto “violencia” empleado en el art. 1.267 CC para incluir los casos en los que el sujeto no provoca la situación de necesidad o debilidad (“fuerza irresistible”), pero sí la explota injustamente en su beneficio [*vid.* “Libro II. Capítulo 7. Causas de invalidez del contrato”, *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia* (Coord. Vaquer Aloy, A. Bosch Capdevila, E. y Sánchez González, M.P.) tomo I, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 495-496; y “Estado de necesidad…”, *cit.,* pp. 66-73 y 90-95]. [↑](#footnote-ref-93)
94. *Vid.* entre otras, las SSTS 23 febrero 1934 (*RJ* 1934\278); 6 noviembre 1948 (*RJ* 1948\1264); 25 noviembre 1967 (*RJ* 1967\3766); 20 diciembre 1967 (*RJ* 1967\5173); 15 julio 1987 (*RJ* 1987\5494); 27 febrero 1989 (*RJ* 1989\1403), 21 julio 1995 (*RJ* 1995\5596); y 28 de septiembre de 2011 (*RJ* 2011\6586). Respecto de esta última *vid.* el comentario de Minero Alejandre, G., *CCJC* num. 89/2012, BIB 2012\1104, consultado en Aranzadi Digital. [↑](#footnote-ref-94)
95. *Cf.* Pasquau Liaño, M., “Comentario de los artículos 1.269 y 1.270”, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil,* (dir. Pasquau Liaño, M., coord. Albiez Dohrmann, K.J. y López Frías, A.), t. II, 2ª edición, Comares, Granada, 2009, p. 2347. [↑](#footnote-ref-95)
96. En la STS 15 julio 1987, se discutía la validez de dos contratos de compraventa de inmuebles. La vendedora era una mujer extranjera, de avanzada edad, viuda, que vivía sola y carente de ambiente y afecto familiares, consagrando su vida e inquietudes al cuidado y atención de los animales. Estas circunstancias de soledad y aislamiento fueron aprovechadas por los compradores, que “se ganaron plena y absolutamente su confianza, convirtiéndose en personajes imprescindibles y cotidianos en la vida de aquella, asumiendo y compartiendo con ella el cuidado y atención de los animales”. Llegaron así a convencerle de la conveniencia de que les transmitiera la propiedad de un piso en Madrid y una extensa finca en Almería por un precio muy inferior al de mercado. El Tribunal Supremo consideró que en el caso concreto concurrían los presupuestos a los que el art. 1.269 CC subordina la anulación del contrato.

En la S. 27 febrero 1989, el Tribunal Supremo apreció dolo en un contrato por el que una señora de débil voluntad cedía a su prima hermana bienes de su propiedad, constitutivos de la mitad indivisa de su patrimonio, a cambio de percibir de por vida una pensión de 70.000 pesetas anuales. Según el alto tribunal hubo “captación ilícita de voluntad de una persona enferma, tímida y aislada que termina prefiriendo favorecer a parientes más lejanos en detrimento de los próximos, sin un fundamento claro”, “dentro de un clima de insistencia (cerco moral) que en conjunto, responden a la idea de maquinación insidiosa”.

Por último, en la STS 28 septiembre 2011 se estima la pretensión de anulación por dolo de unas donaciones otorgadas por una señora en beneficio de su hijo y sus nietos, “bajo un estado emocional provocado por la situación deliberadamente creada por el demandado para arrancar dicho consentimiento de forma irreflexiva”. “[E]l hijo de la actora… fue quien acudió a la notaría aportando la documentación necesaria para la preparación de las escrituras de donación y precisando cuáles eran los bienes inmuebles que habían de ser objeto de las mismas, todo ello sin contar con la voluntad y el consentimiento de su madre,… que convencida de que se trataba de la donación a su hijo de un solo inmueble…, se ve sorprendida cuando, ya en la notaría, se encuentra con la presencia de sus nietos y con el hecho de que las escrituras que habían sido preparadas se referían a otros inmuebles y habían de otorgarse no sólo a favor de su hijo sino también de sus nietos; situación de sorpresa que, ante la presión que imponían las circunstancias configuradas conscientemente por el demandado D. Remigio con tal finalidad, le llevó a prestar en el acto un consentimiento que evidentemente estaba viciado”. [↑](#footnote-ref-96)
97. *Vid.* Bosch Capdevila, E., “Libro II. Capítulo 7…” *cit.,* p. 496. [↑](#footnote-ref-97)
98. Asociación de profesores de derecho civil, *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, Tirant lo Blanch*,* Valencia, 2016, p. 156. [↑](#footnote-ref-98)
99. *Vid.* Palazón Garrido, M.L., “El dolo como vicio del consentimiento”, *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional. Tomo I* (ed. Sánchez Lorenzo, S.), 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 1225. [↑](#footnote-ref-99)
100. *Cf.* De Castro y Bravo, F., *op. cit.,* § 205, p. 154. [↑](#footnote-ref-100)
101. *Vid.* Morales Moreno, A.M., “Comentario de los artículos 1.269 y 1.270”… *cit.* [↑](#footnote-ref-101)
102. *Vid. op. et loc. cit*. [↑](#footnote-ref-102)
103. Morales Moreno, A.M., “Comentario de los artículos 1.269 y 1.270”… *cit.* [↑](#footnote-ref-103)
104. *Vid.* por todos,Morales Moreno, A.M. *op. et loc. cit.* yDíez Picazo, L., *Fundamentos… cit.,* p. 206. [↑](#footnote-ref-104)
105. *Vid.* Morales Moreno, A.M., “Comentario de los artículos 1.269 y 1.270”… *cit.* yL. Díez Picazo, *op. et loc. últ. cit*. En la misma, línea estima De Cossío que “cabe preguntarse si este silencio del contratante, conocedor del dolo, en el momento de contratar, no supone por sí solo una participación en el dolo, y una maniobra dolosa propiamente dicha, lo que se conoce con el nombre de dolo omisivo” (*El dolo en el Derecho civil,* Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1955, p. 342). [↑](#footnote-ref-105)
106. De esta opinión es De Cossío, quien entiende que “ninguna norma exige que se desenvuelva una diligencia protectora de los intereses que están en oposición de los suyos” (*op. cit.,* p. 343). Y, en la misma línea, Rojo Ajuria (*op. cit.,* pp. 115 y 116) y Marín López (*op. cit.,* p. 641); en contra, Morales Moreno, “Comentario de los artículos 1.269 y 1.270”… *cit.* [↑](#footnote-ref-106)
107. *Vid.* Díez Picazo, L. *Fundamentos… cit.* p. 206 y Morales Moreno, A.M., “Comentario de los artículos 1.269 y 1.270”… *cit.* [↑](#footnote-ref-107)
108. De Castro y Bravo*,* F., *op. cit.*, p. 154. [↑](#footnote-ref-108)
109. *Vid.* “Comentario de los artículos 1.269 y 1.270”… *cit.* [↑](#footnote-ref-109)
110. *Vid.* Díez Picazo, L., *Fundamentos… cit.,* p. 206; y Morales Moreno, A.M., “Comentario de los artículos 1.269 y 1.270”… *cit.* [↑](#footnote-ref-110)
111. *Cf.* Morales Moreno, A.M., *op. últ. cit.* [↑](#footnote-ref-111)
112. *Vid.* Lacruz Berdejo, J.L., Sancho Rebullida, F.A. *et alii*, *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones. Vol. 2º. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito,* 5ª ed. revisada y puesta al día por Rivero Hernández, F., Dykinson, Madrid, 2013, p. 324. [↑](#footnote-ref-112)
113. Lacruz Berdejo, J.L., Sancho Rebullida, F.A. et alii, Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones. Vol. 2º… cit., p. 329. [↑](#footnote-ref-113)
114. *Vid.* Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y Marín López, M.J., *op. cit.,* p. 143; y Morales Moreno, A.M., “Comentario de los artículos 1.269 y 1.270”… [↑](#footnote-ref-114)
115. RRDGRN 26 mayo 1986 (*RJ* 1986\3044), 20 septiembre 1989 (*RJ* 1989\6406) y 14 julio 1998 (*RJ* 1998\5968). [↑](#footnote-ref-115)
116. *Vid.* Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y Marín López, M.J., *op. cit.,* p. 721. [↑](#footnote-ref-116)
117. *Vid.* epígrafe II.4. [↑](#footnote-ref-117)
118. *Vid.* Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y Marín López, M.J., *op. cit.,* p. 689. Respecto de la hipoteca de la vivienda habitual, *vid.* Gil Membrado, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013, pp. 39 y ss. [↑](#footnote-ref-118)
119. En el supuesto resuelto por la STS 22 diciembre 1995 (*RJ* 1995\9431) la esposa alegó vicio de intimidación por parte de su marido en la celebración de un préstamo conjunto a ambos en el que los padres del esposo eran los prestamistas; sin embargo, no se entró en la cuestión por problemas de prueba. [↑](#footnote-ref-119)
120. *Vid.* De cossío y Corral, A., *op. cit.,* pp. 345 y 346; Morales Moreno, A.M., “Comentario de los artículos 1.269 y 1.270”… *cit.*

Para estos supuestos, estima Morales Moreno que a) no puede hablarse en este caso de un dolo de tercero (carácter de parte, conexión de intereses); b) que el negocio es anulable en su totalidad, siempre que no sea suficiente para satisfacer el interés del contratante defraudado la anulación parcial; c) que el contratante que actúa dolosamente debe indemnizar tanto a los contratantes que ocupan su misma posición como al que ha padecido el dolo *(ibidem)*. [↑](#footnote-ref-120)
121. *Vid.* López Frías, A.M., “Clases de nulidad parcial del contrato en el Derecho español”, *ADC* tomo XLIII, 1990, fasc. 3, p. 865. En tales casos la autora entiende posible admitir la anulabilidad parcial del contrato. [↑](#footnote-ref-121)
122. *Vid.* Rivera Hernández, M., “Comentario del artículo 1.375”, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil,* (dir. Pasquau Liaño, M., coord. Albiez Dohrmann, K.J. y López Frías, A.), t. II, 2ª edición, Comares, Granada, 2009, p. 2759. [↑](#footnote-ref-122)
123. Rivera Hernández, M., “Comentario del artículo 1.320”, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil,* (dir. Pasquau Liaño, M., coord. Albiez Dohrmann, K.J. y López Frías, A.), t. II, 2ª edición, Comares, Granada, 2009, p. 2547. [↑](#footnote-ref-123)
124. La doctrina entiende que los preceptos también son aplicables cuando uno de los cónyuges obra con el consentimiento del otro, *vid.* De Los Mozos, J.L.,“Comentario de los arts. 1.390 y 1.391”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVIII, vol. 2, arts. 1.344 a 1.410 (Dir. Albaladejo, M.y Díaz Alabart, S.), EDERSA, Madrid, 2005, consultado en vLex. [↑](#footnote-ref-124)
125. *Vid.* Rivera Hernández, M., “Comentario de los artículos 1.390 y 1.391”, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil,* (dir. Pasquau Liaño, M., coord. Albiez Dohrmann, K.J. y López Frías, A.), t. II, 2ª edición, Comares, Granada, 2009, p. 2793. [↑](#footnote-ref-125)
126. *Vid.* De los Mozos, J.L. , *op. cit.* La rescisión a la que se refiere el art. 1.391 CC es la de los artículos 1.290 y siguientes del Código civil, aunque tenga algún matiz especial por el contexto en que se produce. [↑](#footnote-ref-126)
127. *Vid.* Morales Moreno, A.M., “Comentario de los artículos 1.267 y 1.268”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1º B, arts. 1.261-1.280(Dir. Albaladejo, M.y Díaz Alabart, S.), EDERSA, Madrid, 2004, consultado en vLex; García Vicente, J.R., “Comentario del artículo 1.268 del Código civil”, *Comentarios al Código civil* (dir. Bercovitz, R.), tomo VII, Tirant lo blanc, Valencia, 2013, p. 9121; Marín López, M.J., *op. cit.,* p. 629. [↑](#footnote-ref-127)
128. *Vid.* De Castro, F., *op. cit.,* § 185, p. 142.

Para Rivero Hernández, sin embargo, lo adecuado sería un tratamiento unitario, si se tiene en cuenta que tanto la intimidación como el dolo impiden, mediante una provocación externa, la recta formación del consentimiento y son actos maliciosos de carácter ilícito (Lacruz Berdejo, J.L., Sancho Rebullida, F.A. *et alii*, *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones. Vol. 1º. Parte General. Teoría general del contrato,* 5ª ed. revisada y puesta al día por Rivero Hernández, F., Dykinson, Madrid, 2011,p. 373). [↑](#footnote-ref-128)
129. *Vid.* Morales Moreno, A.M., “Comentario de los artículos 1.267 y 1.268”… *cit.* Reconoce el autor, no obstante, que la violencia y la intimidación de tercero tienen escasa relevancia en la práctica, e incluso el Tribunal Supremo, en ocasiones, se ha manifestado en contra de que provoque la nulidad (*ibidem*).

Advierte también Morales Moreno que “la intimidación de tercero debe estar dirigida a provocar la celebración del contrato que se pretende anular. No estamos en este caso si no existe esa conexión causal; si el contrato se celebra para evitar los efectos de una amenaza que no se dirige a forzar su celebración, pero que se trata de evitar por medio de él. El contrato no se celebra por intimidación, sino en un estado de peligro (real o putativo) creado por la amenaza de tercero” (*ibidem*). [↑](#footnote-ref-129)
130. *Vid. op. cit.*, p. 370. [↑](#footnote-ref-130)
131. *Vid.* notas al pie números 90 y 91. [↑](#footnote-ref-131)
132. *RJ* 1964\1153. [↑](#footnote-ref-132)
133. Respectivamente, *RJ* 1970\1582; *RJ*  1979\4499; *RJ* 1991\3014; *RJ* 1993\6102 y *RJ* 2005\8548. Cita esta jurisprudencia y otra anterior Pasquau Liaño, M., “Comentario de los artículos 1.267 y 1.268”, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil,* (dir. Pasquau Liaño, M., coord. Albiez Dohrmann, K.J. y López Frías, A.), t. II, 2ª edición, Comares, Granada, 2009, pp. 2340-2341. [↑](#footnote-ref-133)
134. En la jurisprudencia menor, la SAP Barcelona (secc. 15ª) 22 enero 2004 (*AC* 2004\701) refleja con acierto la doctrina sobre la intimidación: “La intimidación o *vis compulsiva*, tradicionalmente muy cercana a la violencia o *vis ablativa*, de la que en algunas etapas no se distinguió (Digesto, 4.2.1: *sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quod quinque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur*), constituye vicio del consentimiento (artículo 1.267 CC) porque se coloca a una de las partes del contrato ante la necesidad de elegir entre dos posibilidades, de las cuales una es un mal tan grave que resulta inelegible, por lo que no queda, en realidad, al intimidado posibilidad de querer la alternativa. En definitiva, no cabe hablar de voluntad, sino necesidad. La intimidación, como vicio, no se configura conforme a las teorías declaracionistas y de protección de la confianza, en cuanto que con la posibilidad de anular el contrato se protege al intimidado precisamente por no haber tenido voluntad de contratar. Pero tampoco se configura según las estrictas teorías voluntaristas, dado que, en beneficio de la seguridad del tráfico, se exige que el temor tenga determinadas condiciones objetivas, por más que se tomen en cuenta también las circunstancias de la persona que la sufre (artículo 1.267 III CC). Entre otros requisitos, es necesario que el temor haya sido infundido o inspirado, ya sea por la otra parte del contrato, ya por un tercero. No basta, por ello, con la sospecha del contratante de que se pueda infundir en el futuro (Digesto IV.II.9: *metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi eius*) ni con el temor originado por la propia situación de quien lo padece. A su vez, para determinar la influencia producida por el temor, que siempre debe ser racional y fundado, en la voluntad de quien afirma haberlo sufrido, se hace necesario atender, como se ha dicho, a las circunstancias personales del mismo (edad, condición: artículo 1.267 CC), esto es, a un modelo determinado de contratante (Digesto IV.II.6: *metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat*). El mal, que ha de ser inminente y grave, debe recaer en la persona o bienes de quien lo sufre o en la persona y bienes de su cónyuge, descendientes y ascendientes (artículo 1.267 CC). Y, aunque ese círculo pueda ser ampliado, los límites de la ampliación no pueden superar el ámbito en el que el vicio del consentimiento resulta la consecuencia lógica y, además, razonable y fundada. Por último, aunque el Código civil expresamente no lo exija, la intimidación debe ser antijurídica. Lo ha puesto de manifiesto reiterada jurisprudencia que excluye la existencia del vicio cuando se ejercita de modo correcto y no abusivo un derecho […]. Lo cual es lógico, ya que el sistema pone en manos de los contratantes un conjunto de medios coactivos para la defensa de sus derechos (D. 50.17.55: *non videtur vim facere qui suo iure utitur*) y el empleo de presiones para hacerla efectiva se considera usual en la vida de los negocios”. [↑](#footnote-ref-134)
135. *Vid.* por todos, Marín López, M.J., *op. cit.,* p. 623. Indica Pasquau Liaño que, desde la STS 18 noviembre 1944 (*RJ* 1944\1266), se introduce en las definiciones de intimidación la exigencia de que la coacción moral determine la voluntad de la víctima en sentido contrario a sus intereses. Pero, más que de un requisito, en puridad se trata de un dato que juega a modo de indicio de la existencia de intimidación *(vid.* “Comentario de los artículos 1.267 y 1.268”*… cit.,* p. 2340). [↑](#footnote-ref-135)
136. Dice Albaladejo que no estamos, sin embargo, ante un critero subjetivo (según el cual se apreciaría incluso el *metus vanis hominis*), sino ante un criterio objetivo relativo, que permite apreciar las circunstancias para tener en cuenta si el tipo medio de sujeto en cuyo caso se reuniesen, resultaría o no intimidado [*vid.* Albaladejo García, M., *Derecho civil I,* 19ª ed. (revisada y puesta al día por Díaz-Alabart, S.), Edisofer, 2013, Madrid. p. 419]. [↑](#footnote-ref-136)
137. *RJ* 1950\709: “… y si a veces la persona amenazada es por su carácter, sexo, condición, edad o profesión capaz de resistir la amenaza, venga de quien viniere, en otras estas mismas circunstancias al recaer sobre personas débiles, incultas, inexpertas o desamparadas hacen presumible la eficacia de la coacción, máxime si quienes la ejercen aparecen en su calidad y condiciones en situación de llevarla a cabo con ventaja, por lo cual la apreciación de esta modalidad de fuerza intimidativa no puede constituirse a modo de criterio general […] [Q]uienes formulaban la amenaza eran su padre que por serlo y en el ejercicio de su autoridad, había de pesar en el ánimo de la hija, y su tío carnal que por su profesión gozaba de reconocida competencia […], frente a la amenazada que aunque acabara de entrar en la mayoría de edad al fin era mujer y desamparada, por la confesada hostilidad de su madre y hermanos…” [↑](#footnote-ref-137)
138. *Vid.* “La intimidación en los contratos…” *cit.*, pp. 121-122 y “Comentario del artículo 1.267 del Código civil”, *Comentarios al Código civil* (dir. Bercovitz, R.), tomo VII, Tirant lo blanc, Valencia, 2013, pp. 9114-9115. *Vid.* en la misma línea, Lacruz Berdejo, J.L., Sancho Rebullida, F.A. *et alii*, *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones. Vol. 1º… cit.,* p. 371. [↑](#footnote-ref-138)
139. Para Díez Picazo sólo un deber jurídico de sumisión y respeto debe ser tenido en cuenta. Este deber jurídico –entiende– puede existir por razones familiares, como los deberes de respeto nacidos de la patria potestad entre padre e hijo, adoptante y adoptado, o los nacidos de la tutela entre el pupilo y el tutor. Pero puede nacer también de la existencia de una relación jerárquica, laboral o de otro tipo (*vid. Fundamentos… cit.,* p. 198). [↑](#footnote-ref-139)
140. *Vid.* García Vicente, J.R., “La intimidación en los contratos…” *cit.*, p. 122 y “Comentario del artículo 1.267 del Código civil”… p. 9120; y Morales Moreno, A.M., “Comentario de los artículos 1.267 y 1.268”… *cit.*

En el supuesto resuelto por la SAP Málaga de 20 abril 1999 (*AC* 1999\7004) el empleado de una entidad bancaria alegó haber sufrido dolo e intimidación en la suscripción de un paquete de acciones de la empleadora, sobre la base de haber realizado el contrato bajo la amenaza velada y el temor a ser despedido si no accedía a las pretensiones de la contraparte. El tribunal rechazó la pretensión por la no concurrencia del requisito de la gravedad en la intimidación, pudiendo, además, –según afirma la sentencia– encajarse el argumento defendido por el apelante más bien en el denominado temor reverencial.

Un caso similar es el decidido por la SAP Málaga de 13 de julio de 2005 (*AC* 2005\1633), donde se alegó que la suscripción de unas pólizas para la adquisición de acciones de la entidad empleadora por un trabajador se debió a dolo y al temor de que ello pudiera afectar negativamente a su promoción profesional o a la continuidad en la empresa. La Audiencia Provincial de Málaga declaró no haber lugar al recurso por no poder apreciarse dolo (debido a la falta de prueba), ni intimidación, al no existir coacción o fuerza moral de la entidad que, por inminencia del daño que pudiera producirle y el perjuicio que le originaría, influyera en su ánimo.

Igualmente, en la SAP Madrid 10 julio 1999 (*RGD,* núms. 664-665, 2000, pp. 1139-1147), se alegó por el recurrente que “si suscribió los contratos de crédito y adquisición de acciones fue debido a que por parte de la entidad bancaria se procedió a infundir fundadas sospechas a los empleados encaminadas a hacerles creer que la buena marcha de su carrera profesional dependía de la existencia de las operaciones relatadas”, lo que fue desestimado por insuficiencia probatoria (FD. 13º). [↑](#footnote-ref-140)
141. En este sentido, Morales Moreno, A.M., “Comentario de los artículos 1.267 y 1.268”… *cit.* [↑](#footnote-ref-141)
142. *Vid. Fundamentos*… p. 197.

En muchos de los supuestos se alega el terror ambiental al amparo del artículo 2 de la Ley 5 de noviembre de 1940, de anulabilidad de los contratos celebrados en la zona roja, para cuya aplicación creó el Tribunal Especial de Contratación en Zona Roja (TECZR). El precepto establecía: “Serán también anulables, con arreglo a las normas de esta ley, aquellos contratos que, otorgados en la zona y durante la dominación roja, se demostrase que por la violencia o la intimidación de que fue víctima uno de los contratantes, la coacción que se ejerciera sobre su persona o la de sus familiares, el dolo concurrente en el otro contratante u otras circunstancias suficientes a anular, según las disposiciones del Código civil, la libertad del consentimiento, deben estimarse carentes de las condiciones de validez”. Si se impugnaba al amparo de esta ley excepcional, no cabía ejercicio de las acciones comunes (art. 26 I), lo que explica que haya sentencias del TS y del TECZR que se pronuncien sobre la eficacia anulatoria del terror ambiental durante la guerra civil. En las sentencias de aquella época, la determinación de los casos en que se aprecia coacción ambiental está sujeta a una significativa arbietrariedad y sesgo político (*cf.* García Vicente, J.R., “La intimidación en los contratos…” *cit.,* pp. 124 y 125). [↑](#footnote-ref-142)
143. *RJ* 1948\1431. [↑](#footnote-ref-143)
144. En el supuesto de hecho, se impugna un contrato de crédito con garantías pignoraticias en razón del mal que sufría el deudor en un contrato distinto de este (el Comité Revolucionario le había impuesto el pago de ciertas sumas bajo amenazas contra su vida y libertad), mal que –según la sentencia– era conocido o debió serlo, por el Banco de España. [↑](#footnote-ref-144)
145. *Vid.* “La intimidación en los contratos…” *cit.*, p. 124 y ss, con amplia cita de jurisprudencia. [↑](#footnote-ref-145)
146. *Vid.* Pasquau Liaño, M., “Comentario de los artículos 1.267 y 1.268”… *cit.*, p. 2343, SSTS 5 abril 1993 (*RJ* 1993\2791); 5 octubre 1995 (*RJ* 1995\7021) o 4 octubre 2002 (*RJ* 2002\9797). [↑](#footnote-ref-146)
147. Así, no se apreció vicio de intimidación en la STS 30 abril 1947 (*RJ* 1947\608): “tal intimidación, si lo fuera, no procedió del otro contratante o persona en relación con él, ni actuó de modo directo sobre el contrato que se trata de invalidar”; ni en la STS 28 octubre de 1947 (*RJ* 1947\1209), aunque reconoce el Alto Tribunal que el demandado estaba bajo “el ambiente de terror imperante en la zona roja –1936–“ y “atemorizado”. Más recientemente, se niega también que exista intimidación por falta de amenaza en STS 16 enero 1987 (*RJ* 1987\300), STS 22 abril 1991 (*RJ* 1991\3014); STS 16 julio 1991 (*RJ* 1991\5391) y STS 12 junio 2008 (*RJ* 2008\4689). (*Vid.* la selección de jurisprudencia en Pasquau Liaño, M., “Comentario de los artículos 1.267 y 1.268”… *cit.*, p. 2342-2343). En la citada STS 16 julio 1991 dice el alto Tribunal que “no puede confundirse el apremio de una situación determinada, que suele tener su causa en los propios interesados, con los actos coactivos, que como imposiciones, son ajenos y exteriores, y atacan frontalmente la libertad de los afectados”. [↑](#footnote-ref-147)
148. *Vid.* De castro, F., *op. cit.,* § 183, p. 142. En el mismo sentido, Morales Moreno, A.M., “Comentario de los artículos 1.267 y 1.268”… *cit*. Y así también Pasquau Liaño (“Comentario de los artículos 1.267 y 1.268”… *cit.*, p. 2343), en su comentario a la STS 5 octubre 1995 (citada en la nota nº 144), afirma que a pesar de que el Supremo aprecia “coacción moral”, se acerca en su razonamiento al vicio del dolo, al decir “… para conseguir percepciones indemnizatorias a base de dar un artero giro y actuar con clara deslealtad contractual […], y para ello se valió y utilizó con descarado provecho propio las condiciones que se habían pactado en la venta [con el tercero], con lo cual la vendedora se vio constreñida y forzada a aceptar las condiciones impuestas”. [↑](#footnote-ref-148)
149. *Vid. op. cit*. p. 369. [↑](#footnote-ref-149)
150. Esta expresión de que el contratante “no tiene más alternativa razonable que consentir”, es la utilizada por los sistemas anglosajones y también por los textos de *soft law*, y –según señala Del Olmo–es equivalente al requisito que nuestro Código civil enuncia con la idea de que el mal amenazado sea “inminente y grave” [*vid.* Del Olmo García, P., “La renegociación de los contratos bajo amenaza. (Un comentario a la STS 29 de julio de 2013)”, *ADC,* tomo LXVII, 2014, fasc. 1, pp. 320 y ss.]. La expresión es utilizada también por García Vicente, J.R., “Comentario del artículo 1.267 del Código civil”… *cit.*, pp. 9113, 9116, entre otras. [↑](#footnote-ref-150)
151. Respectivamente, *RJ* 1964\1153; 1991\3014; y 1993\6102. [↑](#footnote-ref-151)
152. *Vid.* Carrasco Perera, A., *op. cit.,* p. 370, nota al pie nº 25. Se hacen eco también de esta jurisprudencia Morales Moreno, A.M. ,“Comentario de los artículos 1.267 y 1.268”… *cit.*, y De Castro, F., *op. cit.,* § 185, pp. 142-143, si bien este último estima que estas decisiones (se refiere a las SSTS 30 abril 1947 y 27 febrero 1964, que la cita) no deben entenderse como desconocedoras del mandato legislativo, sino conforme al caso decidido, que se refería a una alegación de terror ambiental (campaña de difamación política), donde el aprovechamiento de la situación no debe ser considerado intimidación, sino en su caso dolo, atendible únicamente cuando proceda de uno de los contratantes (art. 1.269 CC). [↑](#footnote-ref-152)
153. *Vid. op. cit.*, pp. 370-371. [↑](#footnote-ref-153)
154. *RJ* 2004\202, comentada por Bayod López, C. en *CCJC* núm. 66/2004, consultada en la BD Aranzadi Digital *BIB* 2004\1547. [↑](#footnote-ref-154)
155. *AC* 2000\158. [↑](#footnote-ref-155)
156. “… así como los testimonios de hermanos y otros familiares de la actora, cuyas declaraciones cobran una especial significación si nos atenemos al hecho de que el hijo y un hermano de la actora convivían con los litigantes en el domicilio familiar del Pazo de Eiroás, expresando que el demandado tenía totalmente anulada la capacidad de decisión de su esposa, a la que amenazaba constantemente, o que el dicente veía acobardada a su hermana e influenciada por su marido, que la amenazaba continuamente con matar a su familia y suicidarse, etc.”. [↑](#footnote-ref-156)
157. *Vid. op. cit.* [↑](#footnote-ref-157)
158. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-158)
159. Sobre el tema, *vid.* García Pérez, R., “La prescripción en el Derecho europeo”, *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional.* *Tomo II* (Ed. Sánchez Lorenzo, S.), 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 1076-1082. [↑](#footnote-ref-159)
160. Artículo III. – 7:303: *Suspension in case of impediment beyond creditor’s control*

*“(1) The running of the period of prescription is suspended as long as the*

*creditor is prevented from pursuing proceedings to assert the right by an impediment which is beyond the creditor’s control and which the creditor could not reasonably have been expected to avoid or over- come.*

*(2) Paragraph (1) applies only if the impediment arises, or subsists, within the last six months of the prescription period.*

*(3) Where the duration or nature of the impediment is such that it would be unreasonable to expect the creditor to take proceedings to assert the right within the part of the period of prescription which has still to run after the suspension comes to an end, the period of prescription does not expire before six months have passed after the time when the im- pediment was removed.*

*(4) In this Article an impediment includes a psychological impediment”.* [↑](#footnote-ref-160)
161. *Vid.* “Comentario de los artículos 1.267 y 1.268”… *cit.* [↑](#footnote-ref-161)
162. *Vid.* SAP Orense 12 febrero 2000, FD 2º: “Lo que antecede debe ponerse en relación con la doctrina de que en materia de la prueba sobre intimidación ostentan un singular relieve las pruebas indirectas, como son la realización de negocios jurídicos notoriamente perjudiciales para el patrimonio del supuesto sujeto pasivo de la intimidación, como así efectivamente acaece con las capitulaciones matrimoniales estipuladas en notorio quebranto de los intereses de la esposa…”

La existencia de lesión fue también determinante en la apreciación de intimidación en la citada STS 18 febrero 1944, en la que el argumento de la presencia de “coacción difusa del medio ambiente “determinante de la obediencia desleal y medrosa”, es bastante débil comparado con el de la ventaja injustificada conseguida por el otro contratante. Por el contrario, en la STS 30 abril 1947, fue razón para la desestimación de la intimidación el hecho de que el otro contratante no parece que haya obtenido ventaja de la situación. Y en la misma línea, se expresa la STS 28 octubre 1947 (el precio no es desproporcionado o injusto).

En todo caso, no está de más recordar, como así lo hace García Vicente, que atajar los desequilibrios contractuales no es el objeto de protección de las normas sobre vicios de la voluntad, sino el proceso mismo de formación de las decisiones contractuales. En los vicios del consentimiento se debate la justicia del procedimiento de decisión, no la justicia de su resultado (*vid.* “La intimidación en los contratos”… *cit.,* p. 123 y “Comentario del artículo 1.265 del Código civil”… *cit.,* p. 9099). [↑](#footnote-ref-162)
163. *Vid.* García Vicente, J.R.,“La intimidación en los contratos”… *cit.,* pp. 122 a 124 y “Comentario del artículo 1.265 del Código civil”… *cit.,* pp. 9098-9099. [↑](#footnote-ref-163)
164. Así, De Castro, F., *op. cit.,* § 184, p. 142;García Vicente, J.R.,“La intimidación en los contratos”… *cit.,* p. 125 y “Comentario del artículo 1.265 del Código civil”… *cit.,* p. 9097; también Carrasco Perera, A., *op. cit.,* p. 375 y Marín López, M.J., *op. cit.,* p. 630. [↑](#footnote-ref-164)
165. Puede verse un resumen de las posturas doctrinas acerca de la naturaleza jurídica de la causa en Saborido Sánchez, P., *La causa ilícita: delimitación y efectos,* Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 92-97. [↑](#footnote-ref-165)
166. *Cf.* Saborido Sánchez, P., *op. cit.,* p. 98 y ss. En la misma línea, *vid.* García Vicente, J.R., “Comentario de los artículos 1274 a 1.277”, *Comentarios al Código civil* (dir. Bercovitz, R.), tomo VII, Tirant lo blanc, Valencia, 2013, p. 9153. [↑](#footnote-ref-166)
167. SSTS 27 noviembre 1984 (*RJ* 1984\5665) y 3 enero 1991 (*RJ* 1991\105). *Vid.* la selección de jurisprudencia en Albiez Dohrmann, K.J., “Comentario del artículo 1.275”, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil,* (dir. Pasquau Liaño, M., coord. Albiez Dohrmann, K.J. y López Frías, A.), t. II, 2ª edición, Comares, Granada, 2009, pp. 2381. [↑](#footnote-ref-167)
168. *Vid.* Albiez Dohrmann, K.J., “Comentario del artículo 1.275”*… cit.* p. 2381 y 2383. [↑](#footnote-ref-168)
169. *RJ* 1941\493 [↑](#footnote-ref-169)
170. *Vid.* “Comentario del artículo 1.275”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1º B, arts. 1.261-1.280(Dir. Albaladejo, M.y Díaz Alabart, S.), EDERSA, Madrid, 2004, consultado en vLex. [↑](#footnote-ref-170)
171. *Vid.* Marín López, M.J., *op. cit.,* pp. 676-677; Clavería Gosálbez, L.H., *op. cit.* [↑](#footnote-ref-171)
172. Señala De Castro (*op. cit.,* § 305 p. 246) que fueron razones de estilo las que motivaron que se prefiriera en el artículo 1.275 CC el término “moral”, pero sin cambiar con ello el sentido propio de las disposiciones que le sirvieron de antecedente, o sea, el de “buenas costumbres”, empleado repetidamente en otros artículos del Código (arts. 792, 1.116, 1.271). [↑](#footnote-ref-172)
173. *Vid.* Saborido Sánchez, P., *op. cit.,* p. 145. [↑](#footnote-ref-173)
174. *Vid. op. cit.,* § 305 p. 246. [↑](#footnote-ref-174)
175. *Vid.* Saborido Sánchez, P., *op. et loc. cit.*

Díez Picazo, refiriéndose al art. 1.306 CC indicaba que el concepto de moralidad, referido a las convicciones éticas sobre las relaciones sociales de una comunidad, contiene cierto relativismo, que hace depender el juicio sobre la inmoralidad de la causa de la época en que se realiza (“Par delictum y par causa turpitudinis”, *Academia Sevillana del Notariado,* tomo V,1991, p. 188). Y Clavería Gosálbez habla, a su vez, de “la moral social vigente en la comunidad de que se trate en el momento en que se celebre el contrato” *(op. cit.*). [↑](#footnote-ref-175)
176. *Vid.* Lacruz Berdejo, J.L., “La causa en los contratos de garantía”, *RDCI,* nº 544, 1981, pp. 709-755 (consultado en vLex). [↑](#footnote-ref-176)
177. *Vid. op. cit.* [↑](#footnote-ref-177)
178. *Vid.* Lacruz Berdejo, J.L., *op. cit.* [↑](#footnote-ref-178)
179. *Vid.* Lacruz Berdejo, J.L., *op. cit.* y Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y Marín López, M.J., *op. cit.,* p. 174. [↑](#footnote-ref-179)
180. *Vid. op. cit.* [↑](#footnote-ref-180)
181. *Vid.* en este sentido, pero con relación al vicio de intimidación, De Castro, F., *op. cit.,* § 178, pp. 138-139 y Morales Moreno, A.M., “Intimidación, ausencia de causa, causa ilícita y culpabilidad de los contratantes (Anotaciones a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1986)”, *ADC* 1988, fasc. 2, pp. 612-613: “La intimidación puede determinar la ausencia de «*animus donandi*», lo que hará que la donación carezca de causa. Puede decirse que el vicio del consentimiento envuelve un efecto superior a él mismo, la carencia de un elemento esencial del negocio jurídico, y a hay que estar a esta consecuencia. Lo que ocurre en la intimidación puede ocurrir con otros vicios del consentimiento, incluido el error.” [↑](#footnote-ref-181)
182. El artículo 1.823 I CC prevé esta dicotomía respecto de la fianza. [↑](#footnote-ref-182)
183. *Vid.* Gullón Ballesteros, A., “Onerosidad y gratuidad en la fianza convencional”, *Diario La Ley,* 1989, 3, pp. 789-791. Consultado en la BD laleydigital360. LA LEY 18025/2001. [↑](#footnote-ref-183)
184. *Vid.* Gullón Ballesteros, A., *op. cit.* y en el mismo sentido, Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y Marín López, M.J., *op. cit.,* pp. 176-177. Lacruz, por el contrario, sostiene que el hecho de que el deudor o cualquier otra persona distinta del acreedor hubiera retribuido al prestador de la garantía, no es suficiente para calificar esta como onerosa, pues de la gratuidad y onerosidad debe juzgarse en relación al concedente y al acreedor (*vid. op. cit.)*. [↑](#footnote-ref-184)
185. *Vid.* Gullón Ballesteros, A., *op. cit*.; Lacruz Berdejo, J.L., *op. cit.* y Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y Marín López, M.J., *op. cit.,* p. 177. En estos casos, el acreedor da un equivalente a cambio del beneficio que recibe, por lo que el negocio no puede considerarse gratuito, con independencia de que el beneficiario no sea el garante, sino el deudor. Como afirma Gullón, “el art. 1.274 del Código Civil es lo suficientemente expresivo al respecto, pues al describir la onerosidad del contrato no requiere que el destinatario de la prestación o promesa de alguna cosa o servicio sea la otra parte contratante”. [↑](#footnote-ref-185)
186. *“Agli effetti della presente norma, le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito”*. [↑](#footnote-ref-186)
187. *Vid.* Gullón Ballesteros, A., *op. cit.* El autor entiende que las consideraciones que atienden a la realidad práctica económica del tráfico no permiten conducir al establecimiento de una presunción legal de onerosidad de la fianza, en tanto que el Código Civil no lo hace y aquellas presunciones han de establecerse necesariamente por precepto legal; pero sí servirán para fundamentar una presunción judicial. [↑](#footnote-ref-187)
188. Respectivamente, *RJ* 2010\1457; *RJ* 2011\140 y *RJ* 2013\901. Esta línea jurisprudencial tuvo repercusión en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, *vid. ad ex.* SAP Asturias 15 marzo 2012 (*AC* 2012\770); SAP Tarragona 12 diciembre 2012 (*JUR* 2013\34454). [↑](#footnote-ref-188)
189. *RJ* 2011\3123. [↑](#footnote-ref-189)
190. La calificación como acto gratuito de la garantía evitaba la aplicación del párrafo tercero del art. 9 CF que contemplaba el mantenimiento del acto de disposición en presencia de un adquirente de buena fe y a título oneroso cuando el titular hubiere manifestado que el inmueble no tenía la condición de vivienda familiar, aunque sea manifestación inexacta, como ocurría en el supuesto de hecho. [↑](#footnote-ref-190)
191. *RJ* 2014\2907. [↑](#footnote-ref-191)
192. La sentencia cuenta con dos votos particulares; en el primero de ellos, el magistrado Salas Carceller discrepa de la opinión de la sala, exponiendo: “Entiendo que no cabe afirmar que por tal circunstancia haya que atribuir por sí carácter oneroso a la hipoteca constituida sobre bien propio para garantizar el cumplimiento de una deuda ajena, pues el titular del bien gravado no ha recibido por ello -como ha ocurrido en el presente caso- beneficio patrimonial alguno. […] En definitiva, considero que en el caso resulta fundamental la distinción de dos conceptos separados: a) la causa del negocio jurídico de constitución de hipoteca para garantía de una obligación ajena, sin efectiva contraprestación, que ha de considerarse como gratuita a los efectos previstos en el artículo 71.2 de la Ley Concursal; y b) los motivos que llevan a gravar el bien propio en el caso concreto, que quedan fuera del concepto de la causa y que, en absoluto, pueden ser esgrimidos en perjuicio de los acreedores del concursado”. [↑](#footnote-ref-192)
193. *RJ* 2015\2501. [↑](#footnote-ref-193)
194. *RJ* 2017\2366 y *RJ* 2017\3037. Y en la jurisprudencia menor, *vid.* SAP Vizcaya 22 junio 2016 (*AC* 2016\1417). [↑](#footnote-ref-194)
195. *Vid.* Albiez Dohrmann, K.J., “Opciones legales para la transposición pendiente de la Directiva 2014/17/UE”, *Revista de Derecho privado,* 2016, 5-6, p. 7. [↑](#footnote-ref-195)
196. *Vid.* por todos, Gálvez Criado, A., “Los terceros garantes en préstamos hipotecarios con consumidores: deberes de información y de evaluación de solvencia”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm. 144/2016, consultado en la BD Aranzadi Digital, BIB 2016/80488.

Según el autor, la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, resulta aplicable a clientes y potenciales clientes personas físicas, lo que permitiría sin duda incluir a los garantes. Sin embargo, descendiendo a normas concretas, por su redacción, el capítulo II del Título III (arts. 19 y ss.), está pensando exclusivamente en los prestatarios, lo cual es muy claro en todas las cuestiones tratadas en dicho capítulo, desde la Ficha de Información Precontractual (FIPRE), la Ficha de Información Personalizada (FIPER), la oferta vinculante o la información sobre cláusulas, tipos de interés u otros aspectos. Y por cuanto respecta a la Directiva, afirma Gálvez Criado que, si bien los términos en que están redactados el art. 4 núm. 17 y el art. 18 de la Directiva (evaluación de la solvencia, aspecto central del crédito responsable) permitirían incluir tanto a los prestatarios como a los terceros garantes, siempre que tengan la condición de consumidores, de la redacción general de la norma comunitaria se desprende que el término “consumidor” es utilizado como sinónimo de “prestatario”, lo que deja al garante no deudor fuera del ámbito de aplicación de la Directiva (*vid. op. cit.*).

Y para Arroyo Amayuelas, el hecho de que, como hemos dicho, la Directiva no se ocupe de las especificidades y efectos de la garantía, sino del otorgamiento del crédito, sería un argumento para defender que sus normas no son aplicables al tercero hipotecante no deudor, que no contrata el crédito (definido en el art. 4.3) y sólo garantiza el contraído por el consumidor (*vid*. “La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”, *InDret* 2/2017, p. 17). [↑](#footnote-ref-196)
197. “La obligación de comparecencia prevista en el artículo 13 y las normas de protección al prestatario previstas en la presente Ley se extenderán a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo”. [↑](#footnote-ref-197)
198. *Vid.* Albiez Dohrmann, K.J., “Algunas reflexiones básicas sobre el ámbito de aplicación de la futura regulación legal de los contratos de crédito inmobiliario”, en prensa, obra consultada por cortesía del autor. [↑](#footnote-ref-198)
199. Redactado por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo.

Y en el art. 123-10.2 del Código de consumo, redactado por la misma norma, se deja también clara constancia de que las obligaciones de información de los notarios en el caso de los créditos y préstamos hipotecarios sobre la vivienda se extienden también a los avalistas y a los terceros hipotecarios [↑](#footnote-ref-199)
200. Gálvez Criado encuentra criticable, no obstante, “que no se hayan concretado específicos deberes de información y evaluación respecto a los garantes porque, a pesar de la generalidad de los términos utilizados en la redacción («personas consumidoras», «operaciones de crédito»), lo cierto es que en la mente del legislador aparece el prestamista como destinatario casi único de tales normas” (*vid. op. cit.*) [↑](#footnote-ref-200)
201. Esta norma, a diferencia de la catalana, sí va concretando a lo largo de su articulado la extensión de la protección dirigida a los garantes (*cf.* arts. 6, 10.7, 13 y 14). (*Vid.* Gálvez Criado, A., *op. cit.*). [↑](#footnote-ref-201)
202. *Cf. op. cit*. [↑](#footnote-ref-202)
203. Respectivamente, BOE de 23 noviembre 2015 (Ref. BOE-A-2015-12629) y BOE 28 diciembre 2015 (Ref. BOE-A-2015-14180). [↑](#footnote-ref-203)
204. *Vid. op. cit*. [↑](#footnote-ref-204)